

ANGELO DONDI

**COMPARAZIONE E RIFORME
DELLA GIUSTIZIA CIVILE**

UNA RACCOLTA DI SCRITTI

A CURA DI
VINCENZO ANSANELLI
PAOLO COMOGGIO

ANGELO DONDI

**COMPARAZIONE E RIFORME
DELLA GIUSTIZIA CIVILE**

UNA RACCOLTA DI SCRITTI

A CURA DI
VINCENZO ANSANELLI
PAOLO COMOGLIO



è il marchio editoriale dell'Università di Genova



© 2024 GUP

I contenuti del presente volume sono pubblicati con la licenza
Creative commons 4.0 International Attribution-NonCommercial-ShareAlike.



Alcuni diritti sono riservati

ISBN 978-88-3618-257-2
e-ISBN (pdf) 978-88-3618-258-9

Pubblicato a febbraio 2024

Realizzazione Editoriale
GENOVA UNIVERSITY PRESS
Via Balbi 5, 16126 Genova
Tel. 010 20951558
e-mail: gup@unige.it
<https://gup.unige.it>



Stampato rispettando l'ambiente da
www.tipografiaecologicakc.it
Tel. 010 877886

Due o tre cose che so di me*

Le tradizioni sono tali perché pesano su di noi e ci inducono a fare cose che non avremmo mai pensato in anni più giovanili della nostra vita. Così è per questa raccolta; certo una delle tante raccolte di scritti di chi come me ha fatto questo percorso. Ma le cose, forse in ragione proprio delle tradizioni di cui si diceva, poi accadono e ci si trova non si sa come a pensare che forse mettere insieme, raccogliendo i propri scritti sparsi, possa anche avere un senso. Un senso anzitutto di riordinare, semplificando attraverso una collocazione unica i tentativi di affrontare gli argomenti che ci hanno interessato lungo la vita professionale. Questo, certo, ma anche raccogliere può avere un senso per ribadire e sottoporre nuovamente al lettore problemi che si ritiene siano ancora aperti e sui quali, per converso, personalmente si sa di non volere (o potere) più ritornare. In fondo, raccolte di questo tipo credo – parlo per me, ma forse è una considerazione questa che si può estendere ad altri se non a tutti – rappresentino anche se non soprattutto chiusure, a intendere definizioni di campo da lasciare a chi vorrà leggere, se non propriamente interessarsi. E aggiungo che non si tratta di una circostanza particolarmente triste, ma anzi una sorta di attività inevitabile prima di un trasloco, uscendo da qualcosa. Chi scrive esce da un mestiere che ha concepito sempre come artigianale, in quanto tale concreto e implicitamente onesto, lasciando le poche cose e rendendosi conto dei loro estremi limiti.

Come tutti, credo.

Angelo Dondi

* Confessare di essere stato un cinefilo per tutta la vita, oltre che un grande appassionato di *bossa nova*, è una cosa che credo a questo punto si possa fare. È della mia passione per il cinema che questo titolo denuncia (*Deux ou trois choses que je sais d'elle*, Jean-Luc Godard, 1967, ovviamente).

INDICE

PARTE I

Prefazione	11
<i>di Vincenzo Ansanelli e Paolo Comoglio</i>	

SEZIONE I ETICA LEGALE E ABUSO DEL PROCESSO

1. Aspetti dell' <i>attorney client privilege</i> tra <i>evidence</i> e <i>legal ethics</i>	19
2. Spunti in tema di <i>legal ethics</i> come etica della difesa in giudizio	37
3. Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti	49
4. Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile	65
5. Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France	81
6. A Short Historical Sketch of the Legal Professions	95
<i>Geoffrey C. Hazard Sr. e Angelo Dondi</i>	
7. Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits	125
<i>Geoffrey C. Hazard Jr. e Angelo Dondi</i>	
8. Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile	137
9. Realtà evolutiva della professione legale. Sfide della globalizzazione, 'glocalizzazione' e adeguatezza degli <i>standard</i> professionali	145
10. Segreti ed etica dell'avvocatura. Rilievi minimi in tema di <i>law of lawyering</i> e <i>attorney-client privilege</i>	155
11. Abuso del processo (diritto processuale civile)	169
12. Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction – The U.S. and Italian Models Compared	183
13. Problèmes d'éthique professionnelle dans la <i>class action</i> à l'italienne	193
14. Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali. Un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità	201
15. Processo civile, <i>new technologies</i> e implicazioni etico-professionali	217
16. Qualche cenno all'abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano	231
17. Law of Lawyering in the Face of New and Permanent Values of Legal Ethics	241
18. Buona pratica della difesa in giudizio come <i>law of lawyering</i> – Un breve riepilogo	247

SEZIONE II

INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO E STRATEGIE DIFENSIVE

19. Funzione <i>remedial</i> delle <i>injunctive class actions</i>	263
20. La fase introduttiva	275
21. Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)	307
22. On Some Drawbacks in the Italian Road to Class Actions	319
23. <i>Case law</i> e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti	329
24. Minime e molto impressionistiche considerazioni su avvocato d'affari, <i>business lawyer</i> e incertezze del momento presente	339
25. Iniziative istruttorie di giudice e parti nel processo civile in prospettiva europea	349
26. Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano	359
27. The Makeshift Italian Class Action: Some Hints	377
28. Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura	387

PARTE II

SEZIONE III

COMPLESSITÀ E PROVE

29. L'evoluzione della <i>bearsay rule</i> nel processo civile angloamericano – I	399
30. L'evoluzione della <i>bearsay rule</i> nel processo civile angloamericano – II	421
31. L' <i>astreinte</i> endoprocessuale	435
32. Il ruolo del giudice e il <i>discovery</i> nel processo amministrativo statunitense	457
33. Paradigmi processuali ed <i>expert witness testimony</i> nel diritto statunitense	485
34. Prova testimoniale nel processo civile	509
35. Problemi di utilizzazione delle 'conoscenze esperte' come <i>expert witness testimony</i> nell'ordinamento statunitense	549
36. Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato	571
37. Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale	585
38. Comparazione e diritto delle prove in Alessandro Giuliani. Lo sguardo originale di un grande teorico del diritto	599
39. Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale	607
40. Conocimiento científico en el proceso civil. Un enfoque probatorio <i>Angelo Dondi y Vincenzo Ansanelli</i>	619

SEZIONE IV

COMPARAZIONE

41. Una pagina di Pekelis rivisitata	635
42. Richard A. Posner, <i>The federal courts. Crisis and reform</i>	665
43. Tecniche di esecuzione nell'esperienza statunitense	671

44. Brevi considerazioni sulla federalizzazione delle normative processuali alla luce della vicenda statunitense	687
45. Taruffo comparatista – Uno sguardo originale ai problemi del processo civile	697
46. Attentions et inattentions entre deux cultures du procès civil. Regards à la France du côté italien	721
47. Vittorio Denti, un gran intelectual y su atención hacia las otras culturas. Comparación y perspectiva de las reformas procesales	737
48. Some Rambling Impressions on Historical Modernity's Heritage and Challenges of the Future in Civil Procedure	749

SEZIONE V INSEGNAMENTO E RIFORME

49. Etica sociale e processo civile	759
50. Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile	767
51. Giustizia civile e problemi del giusto processo <i>Angelo Dondi e Vincenzo Ansanelli</i>	777
52. Crise récente de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès	787
53. Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme <i>Angelo Dondi e Vincenzo Ansanelli</i>	801
54. In tema di riforme e garanzie del processo civile – Questioni rilevanti in prospettiva europea <i>Angelo Dondi e Paolo Comoglio</i>	811
55. Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale	827
56. Considerazioni minime in tema di metodologie delle riforme processuali	843
57. Problemi metodologici in tema di docenza processuale	855
58. Una visión partidista de los acontecimientos de la <i>scuola italiana</i> del derecho procesal civil en la segunda mitad del siglo XX	867
59. Il maestro americano. In memoria di Geoffrey C. Hazard Junior 1929-2018	877
60. Post-università – Da luogo di elaborazione scientifica a mero <i>provider</i> <i>Angelo Dondi e Jordi Nieva-Fenoll</i>	883
61. Alcune difficili (ma anche evidenti) verità intorno a <i>La semplice verità</i> di Michele Taruffo	895
62. Enseignement du droit procédural et maïeutique scientifique dans la décadence de l'Université – Moindres considérations du côté italien	901
63. Alguna impresión tardía e incierta sobre la evolución actual del derecho procesal en Italia	909

Prefazione

di Vincenzo Ansanelli e Paolo Comoglio

Presentare una raccolta di scritti è un compito insidioso perché vuol dire delineare prima di tutto l'Autore e la sua personalità intellettuale; lo è ancor di più, ovviamente, se la presentazione riguarda gli scritti del proprio Maestro e se il Maestro la leggerà e inevitabilmente... la valuterà. Ma proprio la scelta di affidare a noi la presentazione dei suoi scritti rappresenta un esempio emblematico di quanto Angelo Dondi sia originale e, per certi aspetti, non convenzionale. L'originalità, tuttavia, rappresenta solo la più evidente delle caratteristiche distintive della sua personalità.

Curiosità, cultura, comparazione. In quest'ordine o diversamente combinati, questi possono dirsi costituire a tutti gli effetti i tratti costanti della vasta e variegata produzione scientifica di Angelo Dondi. Per certi versi, anzi, si può dire che la comparazione rappresenti il tratto distintivo della sua intera personalità. Potremmo quasi affermare che Angelo Dondi non fa semplicemente comparazione, ma la vive; in effetti, il vivere comparando sembra rappresentare un tratto saliente del suo stesso modo d'essere. Una comparazione fatta di contaminazioni, intensità e imprescindibili improvvisazioni, proprio come uno dei grandi jazzisti che ama da sempre. Il tutto con eleganza, *verve*, correttezza e cortesia, caratteristiche che compongono il profilo umano di una personalità sempre dirompente e originale.

Proprio nella combinatoria di tali tratti e propensioni affondano le radici, i lavori e gli insegnamenti del nostro Maestro. Specie gli insegnamenti hanno riguardato (e, siamo certi, per lungo tempo continueranno a riguardare) davvero molto altro rispetto alla sola cultura del processo; potremmo dire il modo dello 'stare al mondo' nel suo complesso, la sensibilità verso la letteratura, l'arte, l'architettura e il bello nelle sue variegate manifestazioni. Ma anche l'attenzione verso l'umanità in tutte le sue forme e, in particolare, un profondo senso di rispetto per il ruolo pubblico che siamo chiamati a ricoprire all'interno dell'istituzione universitaria.

Questo tratto distintivo della personalità e, in generale, dell'etica del nostro Maestro (per usare una parola da lui amata e costantemente vissuta) è parso chiaro sin dagli anni del nostro dottorato, in cui le prime e più insidiose domande che ci ha rivolto, spesso improvvisamente mentre camminavamo per strada, riguardavano letteratura, cinema e storia dell'arte. Per quanto le risposte siano state (e continuino a essere) gravemente lacunose da parte nostra, con una fiducia (speriamo non troppo mal riposta) ci ha sempre considerati «degni» (per citarlo testualmente) di un dialogo alla pari con lui. Sempre autorevole, ma mai autoritario nei nostri confronti. Un vero Maestro *primus inter pares*.

È forse quasi superfluo aggiungere come sia a dir poco non agevole, per varie ragioni, il compito che ci siamo assunti, con l'intento di raccogliere e in qualche misura sistemare quelli che un tempo si sarebbero definiti i suoi 'scritti minori'; lavori accolti in riviste nazionali ed internazionali nel corso di quasi un cinquantennio, dal contenuto decisamente eclettico e che abbiamo tentato di ricondurre – in maniera certamente opinabile – in categorie e nozioni davvero caratterizzanti la produzione scientifica di Angelo Dondi: etica legale e abuso del processo (Parte I), introduzione del giudizio e strategie difensive (Parte

II), complessità e prove (Parte III), comparazione (Parte IV), insegnamento e riforme (Parte V).

Ma proprio in queste differenti linee di ricerca è possibile individuare un unico e costante approccio all'attività scientifica. Volendo parafrasare liberamente le parole di Vinicius de Moraes in *Samba da Benção*, un samba non a caso molto amato dal nostro Maestro, per Angelo Dondi la ricerca scientifica (ma forse, e più in generale, proprio lo stare al mondo) non può essere solo osservazione per così dire oggettiva ed estetica, ma deve essere passione e intensità; insomma deve avere anche qualcosa di triste, qualcosa per cui si deve piangere e qualcosa per cui si sente nostalgia.

Questo, ovviamente, rende ancor più difficile la scrittura di queste poche considerazioni. Come è comprensibile, per i suoi due allievi parlare del Maestro e al Maestro genera un misto di emozioni forti che, tuttavia, per una sorta di connaturata ritrosia che ci accomuna, abbiamo tentato di mettere da parte, nel tentativo di rispettare gli insegnamenti ricevuti e offrire al lettore una doverosa informazione sul contenuto di questa raccolta e una sua possibile chiave di lettura.

I maestri, appunto. Della Scuola di Pavia Angelo Dondi è oggi il principale esponente e ne ha, lungo circa un cinquantennio di attività, con costanza e tenacia, tramandato e diffuso la tradizione e la peculiare per quanto nota impostazione metodologica. È, del resto, a tutti nota la circostanza dell'essere Angelo Dondi il primo allievo di Michele Taruffo e, quasi altrettanto nota, la forte influenza e l'*imprimatur* degli insegnamenti di Vittorio Denti sul percorso, culturale prima ancora che scientifico, dei suoi allievi pavesi¹.

A tale riguardo sono davvero limpidamente esemplificative le parole utilizzate da Vincenzo Varano nella recensione della prima opera monografica di Angelo Dondi (*Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Cedam, Padova, 1985), che «si inserisce a pieno titolo in quel ricco filone di studi condotti dalla scuola di Pavia, sotto impulso e la guida di Vittorio Denti, la cui “caratteristica saliente è l'importanza assegnata alla comparazione giuridica come strumento e metodo di studio dei fenomeni processuali” [...]. In particolare, l'utilizzazione che Dondi fa del metodo comparativo, in sintonia con gli orientamenti della Scuola cui appartiene, è chiaramente e prevalentemente a fini di politica del diritto, è mossa cioè dall'intento di proporre la riforma dell'ordinamento italiano»². In questa monografia sono già presenti temi centrali e in qualche misura ulteriori rispetto al profilo specifico dell'effettiva acquisizione processuale di strumenti probatori ritenuti ammissibili e rilevanti: il problema dei rapporti fra il ruolo del giudice e delle parti nella gestione della dinamica processuale, del funzionamento del *discovery*, a fronte della proliferazione di fenomeni di abuso del processo e della conseguente necessità di imporre alle parti comportamenti eticamente orientati. Temi, specie questi ultimi, che verranno successivamente sviluppati nella seconda opera monografica, più specificamente

¹ All'opera di Vittorio Denti Angelo Dondi ha dedicato lo scritto *Vittorio Denti, un grande intellettuale e la sua attenzione verso le altre culture – Comparación y perspectiva de las reformas procesales*, in *Justicia* 2020, 29 ss. Alla figura del suo Maestro è invece dedicato *Taruffo comparatista – Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 485 ss.

² Cfr. V. VARANO, *Recensione ad A. DONDI, Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 519. Il virgolettato all'interno della citazione, in questo modo presente nella *Recensione*, riprende una citazione di E. ALLORIO, *Gli indirizzi recenti della scienza del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 7.

centrata – sempre nella prospettiva di una serrata comparazione con l’ordinamento statunitense – sulla fase introduttiva della controversia e sulla relativa elaborazione di tattiche e strategie difensive a opera dell’avvocatura (*Introduzione della causa e strategie di difesa – Il modello statunitense*, Cedam, Padova, 1991).

Il periodo pavese – collocabile grossomodo fra la fine degli anni Settanta e l’inizio degli anni Novanta del XX secolo – segna già in maniera decisiva l’individuazione di quelli che saranno poi i temi che, con davvero inusitata vivacità, Angelo Dondi affronterà nell’arco della sua carriera. Si può dire che tale periodo abbia segnato la sua complessiva personalità, come emerge molto chiaramente dai racconti che fa di quegli anni. Non si tratta, però, di semplice rispetto verso i propri Maestri, ma di vera e propria *saudade* – nel senso più estensivo che questa parola pressoché intraducibile ha – non solo per le persone, ma anche per il clima sociale e culturale di quegli anni, intensamente incarnato dai suoi Maestri.

Proprio a quel periodo, però, risale un evento certamente segnante la successiva produzione. Il riferimento è all’incontro con gli Stati Uniti d’America e con la relativa cultura giuridica. Perché è qui che si realizza il secondo incontro che influenzerà profondamente la sua produzione scientifica, quello con «Il maestro americano», Geoffrey C. Hazard³. Ed è da tale collaborazione che, agli inizi del XXI secolo, scaturirà una delle opere di maggiore diffusione a livello mondiale in tema di etica legale e *law of lawyering* (Hazard-Dondi, *Legal Ethics – A Comparative Perspective*, Stanford University Press, 2004)⁴.

Anzi, il ‘voler fare l’americano’ a tutti i costi, benché ‘nato in Italy’ (come scherzosamente... ma non troppo... fattogli notare a margine di un concorso universitario da un’accademia ancora molto diffidente verso una cultura giuridica sino ad allora poco frequentata), ha determinato una significativa svolta nella stessa scuola Pavese. È a tutti noto quanto proficua sia stata la collaborazione fra Michele Taruffo e Geoffrey C. Hazard. Molto meno noto, invece, è il fatto che sia stato proprio Angelo Dondi a far conoscere i suoi due Maestri e, in qualche misura, a dare origine a questa intensa collaborazione accademica.

Al di là della Scuola, l’incontro con la cultura giuridica statunitense e, più in generale, con il clima culturale dei *campus* americani (primo fra tutti quello di Yale) influenzano soprattutto – e in modo estremamente significativo – la produzione scientifica del nostro Maestro e ne indirizzano i filoni di ricerca.

Ad esempio, proprio nella prospettiva di segnalare all’avvocatura la necessità di elaborare strategie difensive non abusive o comunque di leale collaborazione con il giudiziario nella gestione del conflitto, Angelo Dondi ha mostrato di percepire appieno – e ha contribuito a rendere manifesta – l’assoluta centralità della fase di introduzione della controversia. Attraverso scritti appositamente dedicati agli atti introduttivi, è stata evidenziata con chiarezza l’essenzialità della modalizzazione strutturale e funzionale degli stessi e i correlativi riflessi sul modo di essere di un determinato modello processuale. Ciò essenzialmente al fine di garantire l’innalzamento degli *standard* di efficienza delle modalità di risoluzione giudiziale dei conflitti. Anche a tale riguardo, davvero significativa

³ *Il maestro americano. In memoria di Geoffrey C. Hazard Junior. 1928-2018* è appunto il titolo del ricordo dedicatogli da Angelo Dondi in occasione della scomparsa, apparso in *Riv. dir. proc.* 2018, 548 ss.

⁴ Il volume è apparso anche in edizione italiana, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, con traduzione di E. LUCERTINI, Bologna 2005. Solo a segnalare il rilievo dell’opera, la stessa è stata tradotta anche in lingua cinese e indi.

è stata l'attenzione alla vicenda registratasi in ambito statunitense, segnalando l'adozione da parte del legislatore federale di una *philosophy* di intervento improntata al progressivo passaggio da una nozione meramente *notice* dell'atto introduttivo/*pleading* ad atti introduttivi caratterizzati – specie in controversie qualificate da un livello significativo di complessità – da un alto tasso di fattualizzazione⁵. Un ambito che è stato sondato anche in quei casi in cui la complessità della controversia risultava sostanzialmente riconducibile a ragioni di estensione soggettiva del conflitto, in particolare nelle forme della *class action*⁶.

L'analisi delle implicazioni insite nell'idea di complessità processuale risulta, del resto, un tratto davvero ritornante delle opere di Angelo Dondi, tanto da potergli attribuire in un certo senso il ruolo di *gatekeeper* di tale nozione nell'ordinamento italiano. In tale contesto l'istanza di fondo appare quella di adeguare il processo civile alla complessità dell'età contemporanea; e ciò anche attraverso l'abbandono di schemi dogmatici tradizionali e storicamente moderni (o vetero-moderni), in favore di una visione più funzionale e 'post-moderna' dei principi e delle categorie giuridiche del processo. Si tratta di un'attenzione alla nozione di complessità risalente ben oltre l'ultimo decennio (nella quale la stessa sembra invece essere divenuta per così dire molto di moda), come risulta dalle due iniziali monografie di Angelo Dondi. E nelle opere successive viene rimarcata, con estrema profondità, la necessità di adeguare il modello processuale al passaggio da un'epoca moderna in senso storico alla complessità tipica dell'epoca post-moderna⁷.

Si tratta di una necessità di adeguamento che si estende in particolare al diritto probatorio. In tale ambito la premessa di fondo può farsi consistere nella necessaria consapevolezza che una seria riforma del processo civile non possa essere realizzata in assenza di incisivi interventi sullo strumentario probatorio. La sostanziale arretratezza dell'ordinamento italiano sotto tale profilo appare ad Angelo Dondi emblematicizzata dalla disciplina concernente le modalità di utilizzazione delle conoscenze esperte (espressione anch'essa sostanzialmente coniata dall'Autore per il lettore italiano sulla scorta delle previsioni contenute nella *Rule 702* delle *Federal Rules of Evidence* statunitensi). La mancata attenzione del legislatore italiano per i profili epistemologici connessi all'utilizzazione dei saperi spe-

⁵ Si vedano, a titolo di esempio, i contributi quali *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.; *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss.; *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 434 ss.; con specifico riguardo all'ordinamento italiano si veda invece *La fase introduttiva*, in M. TARUFFO (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, Torino 1993, 207 ss.; *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 927; con riferimento all'elaborazione di strategie difensive da parte di un'avvocatura particolarmente strutturata, si v. l'interessante saggio *Minime e molto impressionistiche considerazioni su avvocato d'affari, 'business lawyer' e incertezze del momento presente*, in *Pol. dir.* 2010, 309 ss.

⁶ Ci si limita a riguardo a rinviare a due lavori dal respiro internazionale, quali *On Some Drawbacks in the Italian Road to Class Actions*, in 12 *ZZP Int.* 2007, 13 ss.; *The Makeshift Italian Class Action: Some Hints*, in 7 *IJPL* 2017, 5.

⁷ Emblematica, in prospettiva comparata, appare la raccolta degli scritti curata dall'A. e raccolti nell'antologia *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, nella quale si rinviene il suo contributo *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, 3 ss.; più di recente *Proceso civil, herencia de la modernidad histórica y desafíos del futuro – Algunas impresiones peregrinas*, in *Justicia* 2019, 33; *Some Rambling Impressions on Historical Modernity's Heritage and Challenges of the Future in Civil Procedure*, in *ZZP Int.* 2018, 23, 69 ss.

cialistici all'interno del processo civile viene palesata anche attraverso la sua traduzione per l'Italia della (poi) famosa sentenza emessa dalla Corte Suprema nel caso *Daubert* (e del puntuale resoconto dei successivi *leading case*)⁸.

La cultura, le culture circostanti, le loro intrinseche correlazioni con i modelli processuali, le evoluzioni in atto e le riforme: a questi temi è dedicata un'opera di cui Angelo Dondi è stato ideatore e principale fautore. In *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata* (poi tradotto in spagnolo e portoghese)⁹ vengono limpidamente tracciate le principali tendenze evolutive in atto nei principali ordinamenti in chiave di ammodernamento dei relativi modelli processuali: «non una fotografia statica di alcuni aspetti di alcuni ordinamenti, bensì un complesso quadro in movimento, nel quale si possono seguire trasformazioni e linee di tendenza dell'amministrazione della giustizia civile nei vari modelli processuali». E, in questa prospettiva dinamica, il fattore di maggiore interesse è l'attenzione verso le riforme del processo civile, «se si ammette, come insegnava il comune Maestro Vittorio Denti, che uno degli scopi dell'analisi comparatistica – e forse lo scopo più importante – consiste nell'acquisire le conoscenze occorrenti per introdurre riforme adeguate nel proprio paese»¹⁰. Questo metodo, quest'attenzione davvero peculiare per gli aspetti giuridici e metagiuridici di realtà in costante trasformazione risulta, *si parva licet componere magnis*, l'insegnamento più grande – intimamente collegato a un doveroso impegno a continuare su questa strada – del nostro Maestro Angelo Dondi. Un metodo sempre accompagnato dalla ferma convinzione, volendo citare ancora una volta Vinicius de Moraes, che «a tristeza tem sempre uma esperança»; uno sguardo al diritto (e al mondo) sempre critico, talvolta pessimista, ma mai rassegnato.

⁸ Il riferimento è, in particolare, a *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 261 ss.; *Problemi di utilizzazione delle 'conoscenze esperte' come expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 1133-116; *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi in Onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2006, 1, 843 ss.; *Conocimiento científico en el proceso civil – Un enfoque probatorio* (con Vincenzo Ansanelli), in J. PICÓ Y JUNOY (dir.), C. DE MIRANDA VÁZQUEZ (coord.), *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona 2017, 319 ss.

⁹ A DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano 2015 (II ed., Milano 2018); e in edizione spagnola *Procesos civiles en evolución – Una perspectiva comparada*, Barcelona 2017; e portoghese *Processo civil comparado – Uma perspectiva evolutiva*, São Paulo 2017.

¹⁰ Queste le parole di M. TARUFFO, *Prefazione*, ad A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., XIII.

SEZIONE I
ETICA LEGALE E ABUSO DEL PROCESSO

1. ASPETTI DELL'ATTORNEY CLIENT PRIVILEGE TRA EVIDENCE E LEGAL ETHICS*

SOMMARIO: 1. L'*attorney-client privilege* come immagine dei rapporti 'interni' ed 'esterni' tra avvocato e cliente nel processo civile. – 2. Suo collegamento e incidenza sulla gestione della difesa – Analoghe finalità, presenti nella *work-product doctrine*. – 3. Il *corporate attorney-client privilege*, dal *control group test* alla decisione del caso *Upjohn*. – 4. Ulteriori finalità strategiche del *privilege* nella *civil litigation*.

1. L'*attorney-client privilege* come immagine dei rapporti 'interni' ed 'esterni' tra avvocato e cliente nel processo civile

La tendenza a incasellare 'istituti' del modello statunitense all'interno di schemi di riferimento rigidi può comportare per il comparatista l'errato apprezzamento del loro valore e della loro funzione all'interno di tale modello di giustizia. Questo rischio sembra particolarmente presente riguardo all'*attorney-client privilege*, che – come *privilege* – certo si collega istituzionalmente all'interno dell'area della *law of evidence*; ma che – sul piano, per così dire, operativo – svolge anche un ruolo fondamentale, per la definizione dei rapporti tra avvocato e cliente, con varie e rilevanti implicazioni in un'area come quella del *legal ethics* (o del *law of lawyering*) concernenti in generale le modalità di gestione della difesa.

Se questa è la *philosophy* di fondo alla base di tali rapporti, sembra inevitabile il richiamo a un istituto che tradizionalmente si colloca al centro di tale visione, ossia l'*attorney-client privilege*¹. Su questa linea si può dire che nell'*attorney-client privilege* si concentrano gli elementi caratteristici di fondo della visione che, tradizionalmente, il modello *adversary* accoglie del rapporto professionale tra avvocato e cliente; e in particolare del ribaltamento di questo tipo di rapporto all'«esterno», nel processo². Nella sua accezione più

* Questo scritto è stato pubblicato in *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Padova 1994, II, 115-142, e riproduce con variazioni di dettaglio la seconda parte del IV capitolo della monografia *Introduzione della causa e strategie di difesa. I – Il modello statunitense*, Padova 1991.

¹ Per alcune indicazioni di base sul *privilege*, si veda, ad es. J.H. WIGMORE, *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*³, Boston 1940, VIII, 546 ss. (§ 2290 ss.); C.T. MCCORMICK, *Handbook on the Law of Evidence*, St. Paul Minn. 1954, 181 ss.; G.C. LILLY, *An Introduction to the Law of Evidence*², St. Paul Minn. 1987, 394 ss.; C.W. WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, St. Paul Minn. 1986, 250 ss.; G.C. HAZARD, *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Calif. L. Rev.* 1978, 1061 ss.; M.E. FRANKEL, *The Search For Truth Continued: More Disclosure, Less Privilege*, in 54 *U. Colo. L. Rev.* 1982, 51 ss.; A. ALSCHULER, *The Preservation of a Clients Confidences: One Value Among Many or a Categorical Imperative?*, in 52 *U. Colo. L. Rev.* 1981, 349 ss.; di rilievo in quanto messa in discussione risalente della logica fondante il *privilege* in questione, v. M. RADIN, *The Privilege of Confidential Communications between Lawyer and Client*, in 16 *Calif. L. Rev.* 1928, 487, spec. 431 ss.

² Per un'analisi di questa concezione, che ha costituito da tempo una sorta di epitome della finalità tradizionalmente attribuita al *privilege*, cfr. soprattutto, e ancora, J.H. WIGMORE, *op. cit.*, spec. 550-561; per una valutazione critica dell'approccio wigmoreiano, specie per quanto concerne il radicale rifiuto – proprio su questo come su altri versanti cruciali del *law of evidence* – delle istanze

tipica e ricorrente, il significato di base dell'*attorney-client privilege* è, in effetti, quello di attribuire segretezza alle comunicazioni intervenute tra una parte e il suo difensore; e di trasformare questa *confidentiality* in *privilege*, consentendo in definitiva al difensore di rifiutarsi (o, come da successiva evoluzione, alla parte di impedire a questi) di testimoniare in merito ad esse³. La sostanziale specularità di questo *privilege* rispetto a una concezione rigidamente *adversarial* del processo, e dei rapporti reciproci tra i soggetti di esso, appare, del resto abbastanza prevedibilmente, da connettere alla portata che si attribuisce al *privilege*; al rapporto di *confidentiality* ad esso sottostante; nonché, di conseguenza, a certe sue caratteristiche di funzionamento ed efficacia. E ciò anche – come si dirà – in relazione al riconoscimento di intrinseche peculiarità ad alcune categorie di controversie⁴.

È, infatti, chiaro che quella fornita sopra rappresenta solo una definizione di massima di questo tipo di *privilege*. Al riguardo è stata costante l'opera di elaborazione e di definizione, nel senso della giustificazione e del ripensamento del significato dell'*attorney and client relationship* presente nel *privilege*, come pure sul piano dei problemi posti – ma, come si dirà, non risolti – riguardo alla questione della delimitazione dell'area della sua possibile applicazione⁵.

Nato come strumento di generica tutela, attraverso l'affidabilità dell'avvocato nell'ottica del cliente, anche di una concezione del processo civile come controversia eminentemente privata, nella quale al difensore non spetta virtualmente nessun obbligo di collaborazione con avversari e giudice, l'*attorney-client privilege* subisce nel tempo il confronto con la progressiva incidenza che esercitano sulla visione del modello di processo valori

benthamiane, cfr. W.L. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London 1985, spec. 160-165, 99 ss. (in merito appunto all'influenza avuta da Wigmore sull'adozione del *privilege* in questione degli Stati Uniti); ID., *Rethinking Evidence – Exploratory Essays*, Cambridge, Mass. 1990, 335 ss.; in merito alle concezioni tradizionali sull'*a.c. privilege*, e alla loro evoluzione, oltre a G.C. HAZARD, *op. loc. ult. cit.*, cfr., ad es., i tradizionali E.M. MORGAN, J.M. MAGUIRE, *Looking Backward and Forward at Evidence*, in 50 *Harv. L. Rev.* 1937, 909 ss. (per una visione generale del dibattito sulle riforme del *law of evidence*); C.T. McCORMICK, *The Scope Of Privilege in the Law of Evidence*, in 16 *Tex. L. Rev.* 1938, 447 ss.; per analisi più recenti di questa problematica, invece, v., ad es., Note, *The Attorney-Client Privilege: Fixed Rules, Balancing and Constitutional Entitlement*, in 91 *Harv. L. Rev.* 1977, 464 ss.; *Developments in the Law-Privileged Communications*, in 98 *ivi*, 1985, 1472 ss. (n. 54), 1502 ss.; S.A. SALTZBURG, *Communications Falling Within the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Iowa L. Rev.* 1981, spec. 815 ss.; con ampiezza, inoltre, R. LEMPert, S.A. SALTZBURG, *A Modern Approach to Evidence Text, Problems, Transcript and Cases*, St. Paul Minn. 1977, spec. 616 ss., 640 ss.

³ Sull'appartenenza del *privilege* prima al difensore e poi al cliente, cfr., ancora, G.C. HAZARD, *op. ult. cit.*; ma, anche, MORGAN, *Basic Problems of Evidence* (ABA pubbl.), Philadelphia 1962, 115; ID., *the Codification of Evidence*, in *David Dudley Field Centenary Essays*, New York 1949, 171; C.T. McCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, St. Paul Minn. 1954; C.W. WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, St. Paul Minn. 1986, 242 ss.

⁴ Per la circostanza rilevata nel testo è da dire che l'attenzione della dottrina risulta piuttosto risalente, con particolare riferimento al funzionamento del *privilege* in *complex litigations* o in controversie commerciali; per tutti, cfr. D. SIMON, *The Attorney-Client Privilege as Applied to Corporations*, in 65 *Yale L.J.* 1956, 953 ss.

⁵ Cfr., ancora, Note, *The Attorney-Client Privilege: Fixed Rules, Balancing, and Constitutional Entitlement*, cit., spec. 469 ss.; M.E. FRANKEL, *op. loc. ult. cit.*; G.C. LILLY, *An Introduction to the Law of Evidence*, cit., 397 ss.

opposti – o, comunque, ulteriori e diversi – rispetto a questa sua originaria funzione di *secrecy*. Non sembra legittimo affermare che da questo confronto derivi una trasformazione del *privilege* in questione. Quantomeno è incerto che si realizzi il suo adeguamento ad una visione più articolata del sistema di giustizia civile, tale da comportare forme di contemperamento delle *confidentiality* da esso tutelata con altri valori: come, in particolare, l'effettivo assolvimento da parte dell'avvocato della funzione di *officer of the court* da sempre teoricamente attribuitagli, nonché l'attenzione per i vari aspetti nei quali si è venuta via via manifestando, come un valore degno appunto di tutela, il rispetto da parte del difensore di un criterio di *candor* nello svolgimento della sua attività⁶.

Nei limiti di questo breve studio, appare rilevante sottolineare che un *privilege* come l'*attorney-client* non sembra avere tuttora perduto il suo originario carattere di elemento-chiave del modello statunitense di processo civile, ma piuttosto avere solo subito ridefinizioni e delimitazioni di dettaglio quanto alla sua area di operatività. In buona sostanza, sembra possibile parlare di una permanenza e di un rafforzamento che, del resto, risultano avere trovato fondamento in una ulteriore ratio giustificativa del *privilege*, sorta di corollario della *confidentiality* garantita all'avvocato sotto forma di segretezza delle informazioni pervenutegli dal cliente. Ci si riferisce con ciò alla sua riconosciuta indispensabilità ai fini del buon funzionamento del sistema, come garanzia di affidabilità della classe forense presso il pubblico e come garanzia del mantenimento al modello di processo delle sue fondamentali caratteristiche di *adversariness*⁷. Pur con molta cautela, sembra possibile sostenere che questo fenomeno, svoltosi in un vasto arco di tempo e molto irregolarmente, abbia accentuato le essenziali caratteristiche di meccanismo strategico di difesa già intrinsecamente proprie del *privilege*.

⁶ Per una recente disamina di questi problemi in collegamento con il problema dell'evoluzione dell'*a. c. privilege*, cfr. G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, *The Law and Ethics of Lawyering*, Westbury-New York 1990, 185 ss.; W.D. POPKIN, *Client-Lawyer Confidentiality*, in 59 *Tex. L. Rev.* 1981, 755 ss.; A. ALSCHULER, *The Preservation of a Client's Confidences: One Value Among Many or a Categorical Imperative?*, cit., 349 ss.; Note, *Balancing Competing Discovery Interests in the Context of the Attorney-Client Relationship: A Trilemma*, in 56 *S. Col. L. Rev.* 1983, 1115 ss.; in relazione alla cennata funzione di *officer of the court* dell'avvocato statunitense, v., ad es., R.J. MARTINEAU, *The Attorney as an Officer of the Court: Time to Take the Gown off the Bar*, in 35 *S. C. L. Rev.* 1984, 541-552; E.R. GAETKE, *Lawyers as Officers of the Court*, in 42 *Vand. L. Rev.* 1989, 44-48, 83-89.

⁷ Si tratta di una finalità attribuita al *privilege* già alla fine del secolo scorso; come dal famoso *dictum* nel caso *Hunt v. Blackburn*, 128 U.S., 1888, spec. 470 (ove all'*a. c. privilege* viene garantito pieno diritto di cittadinanza nel sistema: «*In order to promote freedom of consultation of legal advisers by clients, the apprehension of compelled disclosure by the legal advisers must be removed*»; in questo senso, cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, spec. 555-557; per un'analisi di questa *ratio* giustificativa, e la sua visione già in prospettiva storica, negli anni '30, v. C.T. MCCORMICK, *The Scope of Privilege in the Law of Evidence*, cit., spec. 454 ss.; inoltre, D. LOUISELL, *Confidentiality, Conformity, and Confusion: Privilege in Federal Court Today*, in 31 *Tal. L. Rev.* 1956, spec. 110 ss. Appare peraltro da rilevare che l'autore che in materia più significativa, alla fine degli anni '30, ha operato nel senso di una radicale riforma della *Law of Evidence*, ossia Edmund M. Morgan, si esprime nettamente in maniera critica circa il mantenimento di questo *privilege*, e sulla validità dei suoi supporti teorici e delle sue giustificazioni tecniche, cfr., ad es., E.M. MORGAN, *The Codification of Evidence*, cit., spec. 171-172 (ove si rileva che, dato il «*damage done in individual cases by the suppression of available relevant data from the solare... would it jeopardize the entire code [il Model Code of Evidence, v., infra] to include a provision abolishing a privilege so brightly prized by the profession?*»).

Fornisce una parziale e indiretta dimostrazione di ciò la vicenda legislativa che concerne l'*attorney-client privilege* all'interno della principale fonte normativa tradizionalmente destinata a disciplinarlo, ossia le *Federal Rules of Evidence*⁸. Appare, infatti, in sé significativa l'assenza in questa normativa di una specifica disciplina del *privilege* in questione, e ciò in ragione del mancato *enactment* della norma, la *Rule 503*, destinata a questa funzione⁹. Anche se motivato con una serie di articolate giustificazioni a prevalente carattere tecnico, non è difficile rintracciare la ragione di fondo di questa *vacatio legis* nel tendenziale rifiuto di fornire a questo *privilege* una disciplina specifica, in quanto tale virtualmente indirizzata, più e oltre che a sanzionarne la mera presenza nel sistema, a definirne i confini e le modalità di funzionamento¹⁰.

La disciplina di questo *privilege* a livello federale sembra, infatti, rispondere proprio alla logica inversa. In assenza di uno specifico inquadramento, per quello che viene generalmente considerato 'il' *privilege* per antonomasia l'unico riferimento consiste nella normativa generale sui *privileges* della *Federal Rule 501*; norma, come tale, non indirizzata a specificare limiti e finalità, ma – insieme agli altri *privileges*, e apparentemente allo stesso livello – solo a legittimarne la presenza nel sistema¹¹. È in ciò che sembra possibile ravvisare la *vacatio* di cui si è detto, specie rispetto a quella disciplina dettagliata in numerosi *standards* del funzionamento dell'*attorney-client* invece prevista nella proposta *Rule 503*. Del resto, il fallimento in sede legislativa di tale disciplina riflette i numerosi analoghi insuccessi che, nell'ultimo cinquantennio, hanno segnato i tentativi

⁸ Sul punto, cfr. J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *Weinstein's Evidence*, New York 1975, II, 2 ss. (501), anche per una ricostruzione in prospettiva storica dell'evoluzione che ha condotto alla normativa federale; sui problemi che hanno riguardato la creazione di normative di evidente all'interno dell'ordinamento statunitense, nella dottrina italiana, cfr. A. DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civile angloamericano – I*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 97 ss., spec. 109 ss.; sulla *philosophy* delle *Federal Rules of Evidence*, di recente, in generale e con riferimento al vasto settore delle *rules of exclusion*, cfr. R.C. PARK, «*I Didn't Tell Them Anything About You*»: *Implied Assertions as Hearsay Under the Federal Rules of Evidence*, in 74 *Minn. L. Rev.* 1990, spec. 793 ss.

⁹ Riguardo a questa vicenda, v., ancora, J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *op. cit.*, 1 ss. (503) (ove anche il testo della *Proposed Federal Rule 503*); inoltre, sempre sulla vicenda e sul contenuto della normativa in questione, v. ancora G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, *op. cit.*, 187 ss.; G.C. LILLY, *op. cit.*, spec. 389; è molto specificamente analizzata la *rejection* della *Rule 503* in C.A. WRIGHT, K.W. GRAHAM, *Federal Practice and Procedure – Federal Rules of Evidence*, XXIV, St. Paul Minn. 1986, 37 ss. (per il testo e la sua esegesi), 43 ss. (per un'analisi delle ragioni del mancato *enactment*, e dell'*iter* legislativo della *Rule*; ove, spec. 45-46-47, è messa in luce la forte pressione esercitata sul legislativo dai *corporate attorneys* che «*continued to press for further expansion of the privilege for their clients*»); al riguardo, cfr. anche C.T. MCCORMICK, J.F. SUTTON, O.G. WELLBORN, *Cases and Materials on Evidence*⁶, St. Paul Minn. 1987, 844 ss.; sempre sulla normativa federale di evidence riguardante l'*a. c. privilege* e la sua evoluzione, v., *Development in the Law-Privileged Communications*, cit., spec. 1464 ss.

¹⁰ Una simile critica è diffusamente presente, anche se di rado chiaramente esplicitata, così, ad es., v. G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, *op. loc. cit.*; G.C. LILLY, *op. cit.*, 401 ss.; come pure in S. SCHREIBER, MC CLAGHLIN, G. VAIRO, D.S. BARTELL, P. HIGGINBOTHAM (ed.), *Resource Materials – Civil Practice and Litigation in Federal and State Courts*³, Philadelphia 1985, I, spec. 459 ss.

¹¹ Per il significato di questa normativa e la sua strutturazione come norma generale in materia di *privileges*, si rinvia alle indicazioni bibliografiche in n. 8, *ante*.

di riforma della *law of evidence* in senso meno funzionale a una visione rigidamente *adversarial* del processo civile¹².

È, in ogni caso, questo carattere di indeterminatezza sul piano normativo che rappresenta l'occasione e il tramite per un certo tipo di utilizzazione strategica del *privilege* nel processo civile.

Si è già in precedenza accennato al fatto che, più che per gli altri *privileges*, quello della determinazione dei confini ha costantemente rappresentato il nucleo centrale dell'elaborazione dottrinale sull'*attorney-client privilege*. Costituisce, infatti, un dato molto risalente che in generale a questa determinazione si sia anche collegata la delimitazione dell'area del possibile ricorso a questo *privilege* come strumento per escludere la presentazione di *evidences* essenziali alla ricerca della verità, esigenza riconosciuta come prevalente anche nel processo civile¹³.

Una linea di tradizionale inquadramento e definizione dell'area coperta dal *privilege* si può fare corrispondere alla tendenza a catalogare, da un lato, come *privileged* esclusivamente le dichiarazioni rese all'avvocato da parte del cliente nel corso di un rapporto professionale e, dall'altro, a escludere da quest'ambito le dichiarazioni aventi oggetto attività criminali o di *tort*, sia imputabili allo stesso cliente sia a terzi¹⁴. In quanto chiaramente si

¹² Il riferimento è soprattutto alla vicenda e al dibattito relativo al *Mode Code of Evidence*, il cui insuccesso caratterizza gran parte della sorte delle riforme della *law of evidence* dalla fine degli anni '30 ad oggi; sul punto, cfr.: E.M. MORGAN, *Practical Difficulties Impeding Reform of the Law of Evidence*, in T.G. ROADY, N.R. COVINGTON (eds.), *Essays on Procedure and Evidence in the Honor of E.M. Morgan*, Nashville 1961, 3 ss. (ivi anche C.T. McCORMICK, *Morgan's Role of Leadership in Evidence Law Reform*, in 14 *Vanderbilt Law Review* 1961, 711-715), E.M. MORGAN, *The Codification of Evidence*, cit., spec. 166 ss.; ID., *The Future of the Law of Evidence*, in 29 *Tex. L. Rev.* 1951, spec. 598-600, 603-608; ID., *Some Observations Concerning a Model Code of Evidence*, in 89 *U. Pa. L. Rev.* 1940, 145 ss., spec. 152 ss. (ove significativamente riguardo all'a. c. *privilege* si sostiene: «... *Practical considerations in the trial of a lawsuit do require a limited privilege*», e riguardo ad un'eventuale riforma, «*A scientific code of evidence would... enact no privilege for communications between client and attorney, and would contain only some reasonable constrictions upon the rights of the litigant, to call an attorney conducting a trial to testify against his client therein...*», con un'altrettanto significativa aggiunta, che: «*But there is no hope of securing the adoption of this provision*»). Sul *Model Code*, tra le molte, per un'analisi contemporanea e favorevole, cfr. C.T. McCORMICK, *The New Code of Evidence of the American Law Institute*, in 20 *Tex. L. Rev.* 1942, spec. 662-666; per una valutazione sfavorevole, cfr., invece, J.H. WIGMORE, *The American Law Institute Code of Evidence: A dissent*, in 28 *A.B.A.J.* 1942, 23 ss.; nella letteratura italiana, sul punto cfr. A. DONDI, *op. ult. cit.*, 115 ss.

¹³ Si veda già questa linea di analisi del *privilege* in J.H. WIGMORE, *op. cit.*, 550 ss. (§ 2291); per una specifica ricerca sul punto, cfr. S.A. SALTZBURG, *Communications Falling Within the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Iowa L. Rev.* 1981, 811 ss.; per quanto concerne la logica illustrata nel testo, v., oltre alla n. 10 ante, D. SIMON, *The Attorney-Client Privilege as Applied to Corporations*, cit., spec. 955; sul rapporto tra l'attività di difesa e la ricerca della verità cfr., ad es., M.L. SCHWARTZ, *The Zeal of the Civil Advocate*, in *A.B.F. Res. J.* 1983, spec. 553 ss.

¹⁴ Per un'analisi a vasto raggio di questa problematica come connessa alla *confidentiality* tra avvocato e cliente, anche a prescindere dal *privilege* in questione, cfr. G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, *op. cit.*, 240 ss.; sul problema dei limiti della segretezza in ragione dell'oggetto dell'informazione ricevuta dal cliente, cfr. anche, ad es., F.C. ZACHARIAS, *Rethinking Confidentiality*, in 74 *Iowa L. Rev.* 1989, 351 ss.; ID., *Rethinking Confidentiality II: Is Confidentiality Constitutional?*, in 75 *Iowa L. Rev.* 1990, spec. 632 ss.; N.J. MOORE, *Limits of Attorney-Client Confidentiality: A «Philosophically Informed»*

rimanga all'interno di una logica di conservazione di questo *privilege*, non appare problematica l'individuazione della *ratio* fondante entrambi questi criteri. Per il primo di essi, il richiamo è in effetti alla già ricordata tutela tradizionalmente accordata nel processo al rapporto di *confidentiality* tra avvocato e cliente, e operante nel senso di fornire una duplice garanzia: di affidabilità professionale 'esterna' nei confronti del difensore¹⁵ e di *privacy* nei confronti della parte-cliente¹⁶. Per il secondo, un'analoga logica di affidabilità dell'avvocato consente di fare operare, sotto forma di cooperazione con la giustizia, una, peraltro molto limitata, accezione del ruolo di *officer of the court* a questi tradizionalmente riconosciuto¹⁷.

2. Suo collegamento e incidenza sulla gestione della difesa – Analoghe finalità, presenti nella *work-product doctrine*

Questo inquadramento teorico tradizionale dell'*attorney-client privilege*, sembra averne fortemente condizionato l'elaborazione a livello interpretativo, riducendone gli spazi di tendenziale utilizzazione a strumento per escludere l'acquisizione di mezzi di prova eventualmente cruciali per la definizione di una controversia. In giurisprudenza appare infatti significativo che, al ricorrere di prese di posizione anche fortemente contrarie alla sua

and Comparative Approach to Legal and Medical Ethics, in 41 *Wash. & Lee L. Rev.* 1984, 421 ss.; sulla questione alla quale è *incidenter* fatto riferimento nel testo, cfr., ad es., Note, *The Client-Fraud Dilemma: A Need for Consensus*, in 46 *Md. L. Rev.* 1987, 436 ss.

¹⁵ Oltre alle indicazioni bibliografiche alla nota precedente, cfr., ad es., il noto G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven-London 1978, 58 ss., 107 ss., 120-131; in una letteratura intuibilmente molto vasta, oltre a 'classici' come C. FRIED, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, in 86 *Yale L.J.* 1976, 1060 ss.; il risalente M. RADIN, *The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client*, cit., spec. 493 ss.; di recente, v. L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Legal Advice About Information to Present in Litigation: Its Effects and Social Desirability*, in 102 *Harv. L. Rev.* 1989, spec. 572 ss., 599 ss.; M.L. SCHWARTZ, *The Professionalism and Accountability of Lawyers*, in 66 *Calif. L. Rev.* 1978, 669 ss.; D.E. SEIDELSON, *The Attorney-Client Privilege and Client's Constitutional Rights*, in 6 *Hofstra L. Rev.* 1978, spec. 713 ss.

¹⁶ Per alcuni dei più significativi interventi in materia, v. D. LUBAN (ed.), *The Good Lawyer-Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, Totowa, New York 1984 (spec.: D. LUBAN, *The Adversary System Excuse*, spec. 88-89; R.J. KUTAK, *The Adversary System and the Practice of Law*, 172 ss.; A. LANDERMAN, *Confidentiality and the Lawyer-Client Relationship*, 191 ss.); sul punto appaiono tuttora fondamentali i rilievi in G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, cit., 20 ss.; inoltre, G.C. HAZARD, D.L. RHODE, *The Legal Profession-Responsibility and Regulation*, Mineola, New York 1985, 142 ss. (ove, spec., cfr. D.L. RHODE, *Ethical Perspective on Legal Practice*, 150 ss., anche in 37 *Stan. L. Rev.* 1985, 589-562; G.J. POSTEMA, *Moral Responsibility in Professional Ethics*, 161 ss., già in 55 *N.U.U.L. Rev.* 1980, 63 ss.).

¹⁷ Tra le molte possibili indicazioni in questo senso (si rinvia anche alla n. 67 *ante*) cfr., ad es., N. REDLICH, *Professional Responsibility*, Boston-Toronto 1983, 63 ss.; R. WASSERSTRONN, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, in 5 *Hum. Rts.*, 1975, I ss.; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Legal Advice About Information to Present in Litigation: Its Effects and Social Desirability*, cit., spec. 599 ss.; L. FREEDMAN, *Law, Lawyers, and Popular Culture*, in 98 *Yale L.J.* 1989, spec. 1597 ss.; E.H. NORTON, *Bargaining and the Ethics of Process*, in 64 *N.Y.U.L. Rev.* 1989, spec. p. 521 ss.; di recente, per un'analisi della coerenza dell'*a.c. privilege* con il complesso del sistema di giustizia statunitense, v. S. GOODE, *Identity Fees, and the Attorney-Client Privilege*, in 59 *Geo. Wash. L. Rev.* 1991, 307 ss., spec. 312 ss.

permanenza – in prevalenza collocate all'interno di *obiter dicta* e, in genere, fondate sul virtuale quanto generico rifiuto del *privilege* come ostacolo alla ricerca della verità del processo¹⁸ –, non abbia sostanzialmente corrisposto l'effettiva elaborazione di un *trend* unitario, sia nel senso della drastica abolizione dell'*attorney-client privilege* sia in quello della sua limitazione a una categoria nettamente individuata di informazioni concernenti, e intervenute durante, il rapporto di consulenza tra avvocato e cliente¹⁹. Alla mancanza di un indirizzo di questo genere, di recente, sembra anzi avere fatto riscontro una sorta di progressivo rinvigorirsi dell'istituto e delle sue ragioni di permanenza nel sistema. E ciò in particolare come strumento di tutela della segretezza di informazioni riservate nell'ambito di particolari categorie di *complex cases*, ossia di controversie rientranti nel vasto settore della cosiddetta *corporate litigation*²⁰.

È in quest'ambito che si manifesta un'elaborazione di segno sostanzialmente opposto alle riserve espresse – per quanto a livello essenzialmente teorico e per lo più in via di mero auspicio – da parte della dottrina e della giurisprudenza nei confronti dell'*attorney-client privilege*, specie a partire dagli anni '40²¹. Nel settore delle controversie definibili in senso ampio societarie appaiono, in effetti, quasi rafforzate le ragioni di difesa di una *philosophy* di *adversariness* rigida nella gestione del flusso delle informazioni, tra le parti, e tra esse e il giudice. Una circostanza che può agevolmente intendersi, se si considera la coincidenza che al riguardo si realizza di una logica di generale 'appartenenza' alle parti del processo in ogni suo profilo (*ivi* compresi i mezzi di prova, la loro acquisizione, e l'autonoma organizzazione della difesa ad opera dei difensori), caratteristica appunto di una certa concezione

¹⁸ Per un'analisi della giurisprudenza, ove questo *trend* è particolarmente evidenziato, cfr., soprattutto, *Resource Materials-Civil Practice and Litigation in Federal and State Courts*, cit., spec. 459-462; C.T. McCORMICK, J.F. SUTTON, O.G. WELLBORN, *Cases and Material on Evidence*, cit., 847 ss.; C.A. WRIGHT, K.W. GRAHAM, *op. cit.*, 65 ss.; e le decisioni riportate in 28 *United States Code Annotated-Federal Rules of Evidence (Supplementary Pamphlet)*, St. Paul Minn. 1984, spec. 171-173.

¹⁹ In questo senso, tra gli altri, cfr. G.C. LILLY, *op. cit.*, 402 ss.; e, con particolare analiticità ABA Section of Litigation, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, Chicago 1983, spec. 8 ss.; inoltre, S.A. SALTZBURG, *Corporate Attorney-Client Privilege in Shareholder Litigation and Similar Cases: Garner Revisited*, in 12 *Hofstra L. Rev.* 1984, spec. 823 ss.

²⁰ Lasciando al seguito, in testo e note, di spiegare – nello specifico del *corporate attorney-client privilege* – il rilievo di questo settore per determinare la linea di funzionamento del *privilege* come strumento tattico-difensivo, e limitatamente al suo generale collegamento con la problematica della *complex litigation*, v., soprattutto, R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation – Cases and Material on Advanced Civil Procedure*, St. Paul Minn. 1985, spec. 540 ss.; V.C. ALEXANDER, *The Corporate Attorney-Client Privilege: A Study of the Participants*, in 63 *St. John's L. Rev.* 1989, 213 ss., 221 ss., 261 ss.

²¹ Riguardo alla *corporate litigation* e al collegamento ad essa come strumento di difesa dell'*a. c. privilege*, v., ad es., B.P. BURNHAM, *The Attorney-Client Privilege in the Corporate Arena*, in 24 *Bus. Law.* 1969, 901 ss.; Note, *The Attorney-Client Privilege for Corporate Clients: The Control Group Test*, in 84 *Harv. L. Rev.* 1970, spec. 426 ss.; Note, *The Attorney-Client and the Corporation in Shareholder Litigation*, in 50 *S. Od. L. Rev.* 1977, 303 ss.; Note, *Evidence Privileged Communications – The Attorney-Client Privilege in the Corporate Setting: A Suggested Approach*, in 69 *Mich. L. Rev.* 1970, 360 ss.; per l'incidenza di questo settore della *litigation* sull'*«American development»* dell'*a. c. privilege*, v. anche H.M. BERG, *The Attorney-Client Privilege: Friend or Foe?*, in 6 *Litigation* 1979 (fall), 25 ss.

radicale di *adversariness*, con una logica anche più generale – in quanto percepita come in larga misura implicita al sistema socio-economico statunitense – di tutela dell'assetto societario e della sua efficiente gestione²².

Per conoscere questo fenomeno, può essere interessante seguire alcuni dei passaggi che hanno caratterizzato l'evoluzione di quello che viene ormai abitualmente catalogato come corporate *attorney-client privilege*²³. Invero, il primo e il più risalente, oltre che il più noto, di questi passaggi non rientra in questa denominazione, ma può farsi corrispondere ad una sorta di estensione applicativa sul piano processuale della tutela della segretezza che deve circondare le informazioni – e non solo – concernenti il cliente e il suo difensore; come risulta anche dalla sua definizione di *work-product doctrine*²⁴. Nelle numerose possibilità di lettura, consentite dalla motivazione della decisione in *Hickman v. Taylor* – il *leading*, ma soprattutto per così dire l'*originating case* in materia – il significato di *w.p.* si collega all'esigenza di rafforzare questo tipo di tutela, attraverso il riconoscimento del carattere di legittima segretezza alle informazioni confluite in documenti che si pongono alla base dell'elaborazione, ad opera dell'avvocato, di una linea di difesa (*work-product*, appunto), ma non solo²⁵.

In effetti, il *ruling* del caso *Hickman* assume rilievo nella giurisprudenza successiva soprattutto per il suo *rationale*, ossia per il complesso delle ragioni ideologiche al suo fonda-

²² Per una panoramica sulle concezioni di *adversariness* in ambito statunitense, nella dottrina italiana recente, cfr. M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1990, VI, 33 ss.; 161 ss.; Id., *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova 1979, 289 ss.; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 189 ss.; per un 'classico' nella vasta produzione statunitense in materia, cfr. M.E. FRANKEL, *The Search for Truth – An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, 1031 ss., Id., *Partisan Justice*, New York 1980, 3-20; G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, cit. 129 ss.

²³ Per un'analisi di questo aspetto risalente, ma già molto chiaramente indirizzata a cogliere lo specifico del *privilege*, come strumento strategico difensivo nelle controversie in senso lato commerciali, cfr. D. SIMON, *op. loc. ult. cit.*; più di recente, per un'esauriente illustrazione di questa problematica e della tendenza ad un'utilizzazione più ampia del *privilege* nella funzione già indicata in *corporate* o *shareholder litigation*, cfr. tra gli altri, S.A. SALTZBURG, *Corporate Attorney-Client Privilege in Shareholder Litigation and Similar Garner Revisited*, cit., 817 ss.; nella manualistica v. C.W. WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, cit., 283 ss.; per un'analisi molto specificamente centrata sul problema nella prospettiva dell'avvocato («*the Organisation as a Client*»), v. *Resource Materials – Civil Practice and Litigation in Federal and State Courts*, cit., 466 ss.

²⁴ Si tratta di una tematica intorno alla quale si è sviluppato da quasi un cinquantennio un vasto dibattito, e riguardo alla quale è molto ampia la letteratura; operando un'inevitabile selezione, cfr., in generale, G.C. HAZARD, P.S. KONIAK, *op. cit.*, 201 ss.; C.W. WOLFRAM, *op. ult. cit.*, 292 ss.; J.A. ANDERSON, G.E. CADIEUX, G.E. HAYS, M.B. HINGERTY, *Special Project – The Work Product Doctrine*, in 68 *Cornell L. Rev.* 1983, 760 ss.; A.P.A. Section of Litigation, *The Attorney-Client Privilege and the Work – Product Doctrine*, cit., 61 ss.; v. anche, nella letteratura italiana, A. DONDI, *Effettività*, cit., 179 ss.

²⁵ Per l'analisi della decisione citata (per il testo della quale v. *Hickman v. Taylor*, in 91 *U.S. Law. Ed.* 1947, 451 ss.; 329 *U.S.*, 1947, 495 ss.) cfr., tra gli altri, E.H. COOPER, *Work Product of the Rulemakers*, in 53 *Minn. L. Rev.* 1969, 1269 ss. (anche nella prospettiva dell'*enactment* che la 'dottrina' risultante dalla decisione di questo caso ottiene con la riforma del '70 della *Federal Rule* 26 (b) (3)); per una ricostruzione del *ruling* di *Hickman* con riguardo alle prospettive ideologiche che lo circondano rispetto alla sua utilizzazione del *discovery*, cfr., A. DONDI, *op. ult. cit.*, 180-182, spec. nn. 106-107.

mento, o di quelle di caso in caso ad esso attribuite²⁶. Per quanto qui interessa, appare in particolare significativo che, accanto al riconoscimento a questa decisione di una evidente apertura in favore di un'utilizzazione *liberal*, ossia estesa, del meccanismo di *discovery* – il «*board and liberal treatment*» che qui viene propugnato²⁷ – il *dictum* di *Hickman* venga visto anche come un momento di apertura della questione di quali informazioni, e da chi provenienti, possano essere fatte ricadere all'interno dell'*attorney-client privilege* della *work-product doctrine*, che questa stessa decisione enuncia. Si tratta di una questione di rilievo fondamentale proprio per controversie complesse come i *corporate cases*; controversie cioè caratterizzate da un flusso diffuso e articolato di informazioni verso il difensore, e dalla difficile individuazione del soggetto-cliente²⁸.

L'elaborazione di quel particolare aspetto del *privilege* in questione, che si è detto corrispondere al *corporate attorney-client privilege*, trova, in effetti, origine nelle prese di posizione che in giurisprudenza e in dottrina hanno occasione di manifestarsi intorno a questa decisione. Ciò avviene con un processo invero molto diluito nel tempo, ma attraverso scelte tanto sufficientemente chiare di caso in caso da consentirne agevolmente la divisione in tre principali momenti. Nelle decisioni più risalenti, e vicine al *dictum* di *Hickman*, questa logica viene più o meno esplicitamente posta alla base della tendenza a fare rientrare tra quelle coperte dall'*attorney-client privilege* indiscriminatamente tutte le comunicazioni provenienti da qualsiasi membro della corporation. Ciò si realizza attraverso una lettura molto estensiva di alcuni passaggi di questa decisione; passaggi nei quali il limite al funzionamento della *work-product doctrine* viene, piuttosto genericamente, individuato nella provenienza da una «*third party*» o da un «*witness*» dell'informazione in possesso del difensore²⁹.

²⁶ Cfr. ancora, A. DONDI, *op. loc. ult. cit.*; AA.Vv., *Special Project – The Work Product Doctrine*, cit., spec. 820 ss.; v. anche *Resource Materials Civil Practice and Litigation in Federal and State Courts*, cit., 545 ss.

²⁷ L'espressione ricorre nella decisione del caso *Hickman* (v. A. DONDI, *op. cit.*, 120, n. 105) e, come è frequentemente messo in luce dalla dottrina posteriore, diventa un *Leitmotiv* delle analisi di questo *ruling*, sul suo carattere intrinsecamente ambiguo e riguardo alla sua possibile interpretazione, sia come strumento per favorire un incremento delle attività di ricerca della verità sia per ridurre gli spazi; nell'ultimo dei sensi indicati, v. N.J. MOORE, *Federal Practice*², Albany 1950, 1131; nel primo, ampiamente, v. E.W. CLEARY, *Hickman v. Jencks: Jurisprudence of the Adversary System*, in *Essays on Procedure and Evidence in the Honor of E.M. Morgan*, cit., 142-143; per un'analisi più recente di *Hickman*, anche nella prospettiva della successiva giurisprudenza e in relazione al caso *Upjohn* (di cui *infra* in testo e nn.), cfr., ad es., S.L. COHN, *The Work-Product Doctrine: Protection, Not Privilege*, in 71 *Geo. L. J.* 1983, 920 ss., 923 ss.

²⁸ Su questo aspetto della problematica della *corporate litigation*, v. ancora C.W. WOLFRAM, *op. cit.*, 731 ss., 740 ss., 287 ss.

²⁹ Cfr., ad es., *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, in 89 *F. Su (D. Mass. 1950)*, 357 ss.; per un'analisi di questo filone giurisprudenziale, v. D.S. BARTELL, *The Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in AA.Vv., *Civil Practice and Litigation in Federal and State Courts*³, Philadelphia 1985, I, 469-470; per il testo *Hickman*, al quale è fatto riferimento, v. n. 25, *supra*.

3. Il *corporate attorney-client privilege*, dal *control group test* alla decisione del caso *Upjohn*

In un secondo momento, questa interpretazione, che sostanzialmente si limita ad applicare a controversie di un genere affatto particolare una concezione molto tradizionale e semplificata del *privilege*, viene sottoposta ad una revisione destinata, sotto la denominazione di *control group test*, a durevole successo, e a dare realmente vita ad un'autonoma concezione di *corporate attorney-client privilege*³⁰. Nella sostanza, ciò che dall'inizio degli anni '60 si impone è il problema di definire uno specifico spazio per il funzionamento del *privilege* in questo tipo di controversie; opera alla quale si procede escludendo che la totalità delle informazioni provenienti dalla *corporation* al difensore possano ricevere tale copertura; e ciò attraverso un'esclusione che vale anche per l'eventuale ricorso alla *work-product doctrine*. Di qui l'adozione di una logica di individuazione di questo spazio essenzialmente fondata sull'appartenenza dei soggetti dai quali le comunicazioni provengono; non genericamente alla struttura societaria, ma al suo gruppo di maggioranza; ciò comporta, per usare definizioni ricorrenti in giurisprudenza, l'attribuzione al soggetto in questione di «... *a position to control*» le scelte della politica societaria in quanto membro «*of a body or group having such an authority*»³¹.

Quella del *control-group test* rappresenta una scelta di razionalizzazione dei rapporti societari – ossia di tali rapporti rispetto alla presenza nel sistema dell'*attorney-client privilege* – che segna tuttavia solo un primo passo verso la presa d'atto della difficoltà di applicazione del *privilege* in questo tipo di controversie; nonché del connesso rischio della sua utilizzazione indiscriminata, come tattica di difesa e come strumento per non rendere nota alla controparte e al giudice tutta una serie di 'informazioni' concernenti la controversia³². La tendenza che si è illustrata opera in questa direzione, adottando un rigido e formale criterio di rispetto della gerarchia interna alla società e dei rapporti di potere in essa consolidatisi. A questo criterio, proprio in ragione di tale rigidezza, parte della giurisprudenza tende a reagire attraverso l'adozione di quello che – come sopra si è detto – costituisce il terzo momento dell'evoluzione del *privilege* in questione, ossia attra-

³⁰ In una letteratura molto vasta, v., ad es., Note, *Attorney-Client Privilege for Corporate Clients: The Control Group Test*, in 84 *Harv. L. Rev.* 1970, 424 ss.; KANVIT, OSSYRA, *The corporate Client and the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Chicago B. Rec.*, 1984, 84 ss. (per una sintetica illustrazione del significato dell'espressione nel testo).

³¹ Così, espressamente, nel *dictum* del *leading case* di questa tendenza, *City of Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, 210 F. Su 1961 (E. D. Pa.) 483 ss.; 312 F. 2d, 1962 (3d Cir.), 742 ss.; 372 U.S., 1963, 943 ss. (da cui la citazione delle espressioni riportate nel testo). Per un'illustrazione del vasto filone giurisprudenziale che fa seguito a questa decisione, v. ancora D.S. BARTELL, *op. cit.*, 471 ss.; Comment, *The Scope of the Attorney-Client Privilege for Corporations after Upjohn Co. v. United States: A Practical Approach*, in 25 *St. Louis U.L.J.* 1982, spec. 825 ss.; Note, *Attorney-Client Privilege for Corporate Clients: The Control Group Test*, *cit.*, spec. 429 ss.

³² Per ulteriore illustrazione di questa finalità del *privilege*, in chiara connessione con il carattere «complex» della controversia, v., ad es., AA.VV., *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, Chicago 1987, 8 ss.

verso l'adozione di un'ulteriore chiave di lettura delle sue condizioni di applicabilità, con quello che viene definito *subject matter test*³³.

In questa interpretazione dell'area da riservare al *corporate attorney-client privilege* è, in effetti, palese l'intento di prendere atto della complessa realtà gestionale dei grandi gruppi societari, dell'estrema articolazione-settorializzazione delle relative competenze e responsabilità, e pertanto di vedere come eventualmente *privileged* non solo le informazioni provenienti da membri del gruppo di maggioranza, ma anche quelle provenienti dal soggetto di caso in caso responsabile e, in ragione di ciò e per quella specifica questione, a più stretto contatto con il difensore³⁴.

Questa nuova linea interpretativa sortisce un duplice effetto: mentre relativizza il problema dell'individuazione del soggetto-parte rispetto al criterio del *control group test* (in quanto impone una verifica concretamente centrata sull'effettivo svolgimento del rapporto di *confidentiality* tra l'avvocato e il rappresentante della società, nella specifica circostanza in possesso di certe informazioni), interrompe anche la drastica limitazione dell'area di copertura del *privilege* ai soli membri del *control group*, che l'adozione di tale criterio comportava³⁵. Da ciò deriva, come conseguenza indiretta, una sostanziale estensione del *privilege*. Un effetto che si realizza anche in ragione delle maggiori difficoltà di realizzazione che il *subject matter test* comporta. Ciò è ben presto reso evidente in giurisprudenza, ove si manifesta il tentativo di arginare con il ricorso a rigide categorie di inquadramento l'utilizzazione del nuovo *test* da parte degli avvocati, come agevole strategia di difesa, per la 'copertura' di ampi settori di informazioni societarie in loro possesso³⁶.

Nell'ultimo decennio, si può dire che la finalità di delimitazione non rigida del *privilege*, già avviata con l'adozione del *subject matter test* – e con l'implicita accettazione del suo *coté* strategico e difensivo –, trova una sorta di 'costituzionalizzazione' con la ormai

³³ Per un'illustrazione di questa evoluzione, cfr., tra gli altri, Comment, *The Scope of the Attorney-Client Privilege After Upjohn Co. v. United States: A Practical Approach*, cit., spec. 826 ss.; Note, *Attorney-Client Privilege for Corporate Clients: The Control Group Test*, cit., 429 ss.

³⁴ Nella giurisprudenza, il richiamo-tipo al riguardo è: *Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker*, 423 F. 2d 1970 (7th Cir.), 487 ss., spec. 491-492; per una panoramica della giurisprudenza, v. KOBAK, *The Uneven Application of the Attorney-Client Privilege in the Federal Courts*, in 6 Ga. L. Rev. 1972, 339 ss.

³⁵ In questo senso ad es., v. V.C. ALEXANDER, *The Corporate Attorney-Client Privilege: A Study of the Participants*, in 63 St. John's L. Rev. 1989, spec. 295 ss.; ma anche, in precedenza, cfr. T. KIRBY, *New Life for the Corporate Attorney-Client Privilege*, in 69 A.B.A.J. 1983, 174 ss.

³⁶ Così è in alcune decisioni che tentano una sorta di mediazione tra i due *tests*, e utilizzano un criterio di individuazione dell'area del *privilege* che viene anche definito «*modified subject matter test*»; cfr. soprattutto il caso *Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 572 F. 2d 1978 (8th Cir., 600, per una specifica elencazione delle circostanze in base alle quali applicare l'*attorney-client privilege*); v. al riguardo J. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *op. cit.*, 47-50 (S 503). Al problema delle facilitazioni alla creazione di una «*zone of silence*» sulla base dell'adozione del *test*, nella generica versione suggerita in *Harper & Row* (v. n. 94 *supra*), v. in giurisprudenza i richiami soprattutto in *Jarvic, Inc. v. American Tel & Tel Co.*, in 84 F.R.D. 1979, 291 ss. Riguardo all'utilizzazione con queste mere finalità del *privilege*, oltre al risalente D. SIMON, *The Attorney-Client Privilege as Applied to Corporations*, cit., spec. 955 ss.; v. Comment, *The Scope of the Attorney-Client Privilege for Corporations*, cit., 826-827; V.C. ALEXANDER, *op. cit.*, spec. 301-302.

famosa decisione del caso *Upjohn*³⁷. Questa decisione nella sostanza chiude l'arco dell'evoluzione del *privilege* sul versante della *corporate* o *shareholder litigation*, aprendo peraltro contemporaneamente un altro fronte per quanto in generale riguarda la sua area di applicabilità, nonché la sua funzione come possibile strumento strategico nella difesa di una controversia civile. In effetti, ciò che *Upjohn* realizza è il rifiuto di un «*narrow scope*» per l'*attorney-client privilege*, e l'incondizionato riconoscimento del principale valore da tutelare nella più ampia e protetta «*communication*» tra l'avvocato e il cliente-*corporation*³⁸.

Una presa di posizione come questa, mentre comporta il sostanziale rigetto dei precedenti tentativi di circoscrivere all'area delle informazioni '*protected*', opera esplicitamente anche una scelta in favore dell'assunzione in generale del rischio di vedere aumentata la cosiddetta '*zone of silence*', ossia l'area delle conoscenze legittimamente non acquisibili al processo³⁹. Con ciò viene in pratica consentita l'estensione alla fase di *discovery*, quale ultima propaggine della fase introduttiva del processo civile, di una voluta – cioè, di caso in caso, strategicamente programmata – indeterminazione riguardo alle questioni effettivamente controverse.

4. Ulteriori finalità strategiche del *privilege* nella *civil litigation*

Questa scelta di rivalutazione del significato più tradizionale della presenza dell'*attorney-client privilege* nel processo civile – rispetto alla quale non si registrano ripensamenti di rilievo nella più recente giurisprudenza⁴⁰ – si riflette a vasto raggio sulla nozione di 'buona difesa' diffusa nel modello in esame, e circa le modalità di utilizzazione a questo scopo dei meccanismi del processo.

Sotto questo profilo, i rilievi fin qui dedicati all'*attorney-client privilege*, e a quella sua accezione particolare consistente nel *corporate attorney-client privilege*, illustrano e sperabilmente consentono di cogliere un aspetto tipico del modello statunitense di processo civile. Si tratta del prevalente concentrarsi di buona parte del dibattito sui problemi del processo intorno alle grandi cause o, secondo un'espressione che qui è ricorsa con frequenza, ai cosiddetti *complex cases*; con la successiva estensione dei relativi fenomeni e delle relative

³⁷ Cfr. *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S., 1982, 383 ss. (*Certiorari to the U.S. Court of Appeals for the 6th Cir.*).

³⁸ Cfr. l'indicazione nella n. precedente, spec. 384-392 (ove in particolare l'adozione del *control group test* viene vista come frustrante della «*very purpose of the privilege by discouraging the communication of relevant information by employees of the client to attorneys*»); fra i molti, al riguardo, cfr. Comment, *The Scope of the Attorney-Client Privilege*, cit., spec. 932 ss.; così, per un'analisi dell'evoluzione che conduce a *Upjohn*, v. anche A.R. KIDSTON, *Current Development in Attorney-Client Privilege*, in 36 *Bus. Law*. 1981, 703 ss.

³⁹ Così, nel *dictum* di *Upjohn*, loc. cit., in n. 98 *supra*: «*The narrow scope given to the attorney-client privilege by the court below... makes it difficult for corporate attorneys to formulate sound advice*» ove è anche sottolineata la costante necessità del ricorso ad *advice* per quasi ogni tipo di attività della *corporation* (ivi, 392, ove si rinvia al noto, ma risalente, B.P. BURNHAM, *The Attorney-Client Privilege in the Corporate Arena*, in 24 *Bus. Law*. 1969, spec. 913).

⁴⁰ Così, cfr. ad es., S.A. SALTZBURG, *Corporate Attorney-Client Privilege in Shareholder Litigation and Similar Cases: Garner Revisited*, in 12 *Hofstra L. Rev.* 1984, 817 ss.; D.S. BARTELL, *op. cit.*, spec. 477 ss.; R.L. STERN, *Attorney-Client Privilege: Supreme Court Repudiates the Control Group Test*, in 67 *A.B.A.J.* 1981, 1142, spec. 1146.

soluzioni anche alle altre categorie di controversie. Questo fenomeno non ha mancato di verificarsi anche per il problema della difesa e delle sue strategie, viste nella specifica prospettiva del funzionamento nella fase introduttiva del processo civile di uno strumento di tutela del rapporto di *confidentiality* tra avvocato e cliente come l'*attorney-client privilege*.

È essenzialmente la scelta ideologica che si pone alla base di una decisione come quella adottata nel caso *Upjohn*, ossia il suo atteggiamento di *liberal interpretation* dell'*attorney-client privilege* – come opposto ad una sua *strict interpretation*⁴¹ –, che infatti ne consente l'estensione oltre l'area della *corporate litigation*. Un fenomeno che si manifesta soprattutto all'interno di due aspetti molto significativi dell'utilizzazione dell'*attorney-client privilege* come tattica di difesa, ossia: il ricorso al cosiddetto *waiver* dello stesso privilegio, e la più recente applicazione della *work-product doctrine*.

È molto risalente l'individuazione nel *waiver*, cioè la rinuncia alla copertura garantita dall'*attorney-client privilege*, di una tecnica difensiva. Ciò accade quando con il ricorso al *waiver* si intende rinunciare in realtà solo a parte del *privilege*, al fine di selezionare nell'ambito delle comunicazioni tra avvocato e cliente quelle da mettere senza rischio a disposizione della controparte e del giudice da quelle da mantenere all'interno di una '*zone of silence*', o di '*confidentiality*' professionale del difensore⁴². È intuibile il collegamento tra queste possibilità di selezione – con il ricorso al cosiddetto *limited waiver* – e l'estensione virtualmente indiscriminata dell'area di copertura del *privilege*, successiva alla decisione del caso *Upjohn*. In effetti, questa pratica realizza uno degli intenti espressi di questa decisione: di non rendere l'ambito del funzionamento dell'*attorney-client privilege* una '*restricted area*' ma, anzi, di attribuire all'avvocato il potere di valutare quale tipo di *secrecy* attribuire nel processo – e in relazione agli interessi della propria difesa – alle informazioni pervenutegli dal cliente⁴³.

Anche sul versante della più recente utilizzazione della *work-product doctrine* è d'altro canto riscontrabile lo spostamento dell'asse delle priorità, o dei valori da proteggere, nel senso dell'interesse del difensore a gestire in chiave strategica le informazioni in suo possesso⁴⁴. In questo settore, infatti, l'influenza delle aperture operate da *Upjohn* appare

⁴¹ Per una simile netta distinzione, cfr., ad es., AA.VV., *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, cit., spec. 7 ss.; *Developments in the Law Privileged Communications*, in 98 *Harv. L. Rev.* 1985, 1454 ss., spec. 1501-1526; L. KAPLOW, S. SHAVELL *Legal Advice About Information to Present in Litigation: Its Effects and Social Desirability*, 102 *ivi* 1989, spec. 605 ss.

⁴² Così in particolare, v. R.L. MARCUS, *The Perils of Privilege: Waiver and the Litigator*, in 84 *Mich. L. Rev.* 1986, 1605 ss., spec. 1627 ss., nn. 123-124; sul punto, cfr. anche Note, *Corporate Disclosure and Limited Waiver of the Attorney-Client Privilege*, in 50 *Geo Wash. L. Rev.* 1982, 812 ss., spec. 815 ss. (per un'attenta panoramica giurisprudenziale).

⁴³ Si veda quanto in *Upjohn*, ove, con significativo riferimento alla *F.R.E.* 501 e alla sua precedente giurisprudenza (*Fisher v. United States*, 445 U.S. 1980, spec. 51) si giustifica la presenza del *privilege* per la finalità «to encourage clients to make full disclosure to their attorneys» (cfr. cit. in n. 97 *supra*, spec. 389); nella dottrina, v., ad es. T. KIRBY, *New Life for the Corporate Attorney-Client Privilege in Shareholder Litigation*, cit., spec. 176 ss.; J.T. SOMA, L.C. YOUNGS, *Confidential Communications and Information in a Computer Era*, in 12 *Hofstra L. Rev.* 1984, spec. 858 ss.; J.N. MCBAIN, *The Attorney-Client Privilege for Corporation: What Comes Next?*, in *Litigation* 1981, 18 ss.; R.L. STERN, *Attorney-Client Privilege: Supreme Court Repudiates the Control Group Test*, cit., 1142 ss.

⁴⁴ Al riguardo, è infatti d'obbligo l'ulteriore segnalazione del *dictum* di *Upjohn* (cfr. n. 37 *supra*, spec. 397 ss.; e in particolare alcuni passaggi rivelatori della *philosophy* nell'opinione di maggioranza

manifesta, e sembra funzionare nella direzione di un ricorso molto frequente ed esteso a tale eccezione alla logica (già caratteristica della versione originaria delle *Federal Rules of Civil Procedure*) della reciproca *disclosure* tra le parti di tutti gli strumenti di conoscenza a disposizione. Questo è un fenomeno che si registra in pratica in ogni tipo di controversia civile, e che pare fondarsi su di un'interpretazione tendenzialmente estensiva della norma di riferimento all'interno delle *Federal Rules*, la *Rule 26 (b) (3)*⁴⁵.

La realizzazione di ciò passa in particolare attraverso l'interpretazione che viene fornita dalla giurisprudenza alle due categorie di *work-product* legalizzate da questa norma: il cosiddetto *opinion work-product* – corrispondente al materiale che potrebbe rivelare il procedimento, *opinion*, attraverso il quale «*in anticipation of litigation*» è stata approntata una certa linea difensiva ad opera dell'avvocato – e l'*ordinary work product*, concernente più ampiamente la documentazione in possesso del difensore e relativa alla controversia⁴⁶. La tendenza più recente è alla sostanziale equiparazione di questi due aspetti del *work-product*, facendo venir meno il diverso livello di rigidità del *privilege* implicito in questa pur labile distinzione – con la più agevole derogabilità della *confidentiality* garantita dall'*ordi-*

redatta dal giudice Rehnquist, spec. ove – 400-401 –, una volta dichiarato che: «*Rule 26 accords special protection to work-product revealing the attorney's mental processes*» la Corte afferma che «... while we are not prepared at this juncture to say that such material is always protected by the work-product rule, we think a far stronger showing of necessity and unavailability by other means than was made by the Government or applied by the Magistrate in this case would be necessary to compel disclosure»; in generale, per una panoramica sul *Work Product* cfr. AA.Vv., *Special Project – The Work Product Doctrine*, cit., 760 ss. (K.M. CLERMONT, *Surveying Work Product*, ivi, 755 ss.); sulle implicazioni pratiche del ricorso al *w.*, cfr., ad es., Comment, *Attorney Disqualification and Work Product Availability: A Proposed Analysis*, in 47 *Mo. L. Rev.* 1982, 763 ss.

⁴⁵ Si fornisce qui di seguito la riproduzione di parte della *subsection (b) (3)* della *Federal Rule 26*: «*a party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under subdivision (b) (1) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or by or for that other party's representative (including his attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent) only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials in the preparation of his case and that he is unable without undue hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means. In ordering discovery of such materials when the required showing has been made and court shall protect against disclosure of the mental impression, conclusions, opinions, or legal theories of an attorney or the representative of a party concerning the litigation*». Sul punto cfr., ad es., nella manualistica, J.H. FRIEDENTHAL, M.K. KANE, A.R. MILLER, *Civil Procedure*, St. Paul Minn. 1985, 386 ss.; F. JAMES, G.C. HAZARD, *Civil Procedure*³, Boston 1985, 253 ss.; per una recente analisi del funzionamento di questo *subsection*, v., fra gli altri, HUMPHREYS, *Whether Disclosure of Work Product to a Witness in Preparation for Testifying Waives the Protection of Federal Rule of Civil Procedure 26 (b) (3)*, in 76 *Ky. L. J.* 1987-88, 479 ss.; cfr., anche, Comment, *Discovery and the Work Product Doctrine*, in 11 *Loy. U.L.J.* 1980, 872-880.

⁴⁶ Ai fini di questa distinzione, cfr., ad es. Note, *Protection of Opinion Work Product Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 64 *Va. L. Rev.* 1978, 333 ss.; Comment, *Work Product Protection for Compilation of Nonparty Documents: A Proposed Analysis*, in 66 *Va. L. Rev.* 1980, spec. 1338-1339; Comment, *Discovery of Opinion Work Product in Illinois: Toward Defining the Parameters of Consolidation Coal*, in 16 *J. Marshall L. Rev.* 1982, spec. 52; AA.Vv., *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, cit, 65.

nary work-product – in favore di una copertura comunque tendenzialmente molto forte della *work-product doctrine* – come eccezione a una logica di estesa *disclosure*⁴⁷.

Anche questo fenomeno illustra la possibile funzionabilità di meccanismi di disciplina nel processo dei rapporti tra avvocato e cliente – come appunto l'*attorney-client privilege* e la *work-product doctrine* – rispetto all'attuazione di certe tattiche difensive e all'impostazione della difesa nel processo civile secondo strategie che, per sintetizzare, sembrano definibili 'di segretezza' o 'di reticenza' rispetto ad un'opposta esigenza di chiara individuazione dell'oggetto del processo e di completa definizione delle questioni controverse⁴⁸. A ciò occorre aggiungere un elemento ulteriore riguardo all'incidenza sullo svolgimento del processo dell'utilizzazione dell'*attorney-client privilege*, ossia la questione dei costi connessi al *claim of privilege*⁴⁹. Quantomeno in termini di prolungamento anche solo virtuale dei tempi del processo, il ricorso al *privilege*, o la sua utilizzazione selettiva attraverso un

⁴⁷ Si tratta di un *trend* manifestatamente presente in molte decisioni, nelle quali appare significativo che il limite di fondo e l'unica condizione per l'applicabilità della *doctrine* e, quindi dell'inapplicabilità delle *rules of discovery*, sia individuata nel fatto che, comunque, il materiale, in questione si collochi temporalmente «in anticipation of litigation», secondo quanto espressamente nella lettera della *subsection 26 (b) (3)*; così ad es., cfr. *Litton Industries, Inc. v. Lahman Brothers ecc.*, 128 F.R.D. 1989, 51 ss.; *Bondy v. Brophy*, 124 F.R.D. 1989, 517 ss.; sulla linea di un'analisi del *work product privilege* nelle sue due forme con la finalità di equiparare ed estenderne la loro copertura, cfr., ad es., *Grossman v. Schwarz*, 125 F.R.D. 1983, 376 ss., spec. 388 ss.; *Charlotte Motor Speedway, Inc. v. International Ins. Co.*, ivi, 127 ss., spec. 129-130; *Bohannon v. Honda Motor Co. Ltd.*, 127 F.R.D. 1989, 537 ss., spec. 538-540 (ove una puntualizzazione degli elementi qualificanti la *w. p. doctrine*, ancorché apparentemente molto specifica, prescinde dalla distinzione tra le due categorie nel testo); *D'Amico v. Cox Creek Refining Co.*, 126 F.R.D. 1989, 501 ss., spec. 506 (ove è palese la tendenza all'estensione dell'area di possibile applicazione del *work product*). Per la denuncia di questa tendenza, in dottrina si veda, ad es. *Special Project: The Work Product Doctrine*, cit., 760 ss., spec. 817 ss.; Note, *Work Product Discovery: A Multifactor Approach to the Anticipation of Litigation Requirement in Federal Rule of Civil Procedure 26 (6) (3)*, in 66 Iowa L. Rev. 1981, spec. 1279 ss.

⁴⁸ Con chiarezza, per l'individuazione della finalità di cui nel testo nella più recente applicazione del *privilege*, cfr. V.C. ALEXANDER, *The Corporate Attorney-Client Privilege: A Study of the Participants*, cit., 242 ss.; G.C. HAZARD, P.S. KONIAK, *The Law and Ethics of Lawyering*, cit., 199 ss.; su questa linea, v. anche: M.E. FRANKEL, *The Search for Truth Continued: More Disclosure, Less Privilege*, cit., 55 ss.; M.H. BURKE, *Confidentiality and Corporate Misconduct*, in 36 Bus. Law. 1981, 280 ss.; Comment, *Empirical Research Project, Corporate Legal Ethics – An Empirical Study: The Model Rules, The Code of Professional Responsibility and Counsel's Continuing Struggle Between Theory and Practice*, in J. Corp. L. 1983 (summer) 609, 615, 620-621 (sull'effetto in questo senso esercitato da *Upjohn*); *Developments in the Law – Privileged Communications*, in 98 Harv. L. Rev. 1985, 1507 ss., 1525 ss.; A. ALSCHULER, *The Preservation of a Client's Confidence: One Value Among Many or a Categorical Imperative?*, cit., spec. 352 (per una estremistica difesa del *silence* come obiettivo della difesa); Comment, *Balancing Competing Discovery Interests in the Context of the Attorney-Client Relationship: A Trilemma*, in 56 S. Cal. L. Rev. 1983, 1115 ss., spec. 1125 ss. (ove la scelta in favore del solo interesse alla *secrecy* per il cliente è messa in discussione).

⁴⁹ Cfr., ad es., spec., R.L. MARCUS, *The Perils of Privilege: Waiver and the Litigation*, cit., spec. 1609 ss., 1613 ss.; inoltre, v. S. GILLERS, *Ethics that Bile: Lawyers Liability to Third Parties*, in 13 Litigation 1987 (winter), 8 ss.; R. BURT, *Conflict and Trust Between Attorney and Client*, in 69 Geo. L. J. 1981, spec. 1031; J.T. SOMA, L.C. YOUNGS, *Confidential Communications and Information in a Computer Era*, cit., spec. 860 ss., 869 ss.; DURST, *Confidentiality Agreements – Plaintiffs' Counsel Should Resist Them*, in Trial 1984 (september), spec. 48; Note, *The Limited Waiver Rule: Creatin of*

limited waiver, rappresenta oggettivamente uno strumento di possibile gestione strategica della controversia; e ciò sia nella forma della pressione ad accordi stragiudiziali nei confronti della parte economicamente più debole, sia nella forma della frapposizione di ostacoli procedurali (l' 'incidente' circa l'applicabilità del *privilege*), che si è rilevata molto frequente in certi tipi di controversie come, ad esempio, i *class actions cases*⁵⁰.

È molto agevole, ma forse semplicistico, attribuire questa recente evoluzione esclusivamente al *trend* avviato con la decisione di *Upjohn*⁵¹. Del resto e in conclusione, mentre appare in pratica irrilevante stabilire con precisione questo tipo di ragioni o di cause, appare in sé significativo il rilievo che un 'istituto' come l'*attorney-client privilege* continua ad avere sul modello di processo civile statunitense, in ragione del collegamento che evidenzia del rapporto di *confidentiality* tra avvocato e cliente con la gestione della fase introduttiva, e la relativa influenza sugli stili della difesa in essa praticabili⁵². Di ciò si è

a *SEC Corporation Privilege*, in 36 *Stan. L. Rev.* 1984, 789 ss., spec. 795 ss.; nella manualistica cfr. C.W. WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, cit., 269 ss.

⁵⁰ Sul versante del *waiver* – oltre a R.L. MARCUS, *op. loc. cit.* – v. AA.VV., *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, cit., 45 ss., v., ancora G.C. HAZARD, P.S. KONIAK, *op. cit.*, 231-239; Note, *Corporate Disclosure and Limited Waiver of the Attorney-Client Privilege*, in 50 *Geo Wash. L. Rev.* 1982, 812 ss.; *Developments in the Law – Privileged Communications*, cit., 1629 ss., 1632 ss.; Note, *Whether Disclosure of Work Product to a Witness in Preparation for Testifying Waives the Protection of Federal Rule of Civil Procedure 26 (b) (3)*, in 76 *Ky. L. J.* 1987-88, spec. 484-486. Per quanto invece concerne i problemi posti dall'utilizzazione del *privilege* in controversie di tipo particolare, come le *class actions*, cfr., ad es., Note, *The Attorney-Client Privilege in Class Actions: Fashioning an Exception to Promote Adequacy of Representation*, in 97 *Harv. L. Rev.* 1984, 947 ss.; Comment, *Restrictions on Communications by Class Action Parties and Attorneys*, in *Duke L. J.* 1980, 360 ss., spec. 380 ss.; D.A. BELL, *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, in 85 *Yale L.J.* 1976, spec. 482 ss.; P. WELLES, *A Survey of Attorney-Client Privilege in Joint Defense*, in 32 *U. Miami L. Rev.* 1981, 321 ss., spec. 325 ss.

⁵¹ Sul punto, oltre agli AA. citati nelle note che precedono, con specifico riguardo alla considerazione di *Upjohn* come un *leading case* per l'avvio di una generale tendenza a liberalizzare il ricorso al *privilege* e alla *work-product doctrine*, cfr., ad es., J.E. SEXTON, *A Post-Upjohn Consideration of the Attorney-Client Privilege*, in 57 *N.Y.U.L. Rev.* 1982, 443 ss.; Comment, *The Scope of the Attorney-Client Privilege for Corporations After Upjohn Co. v. United States: A Practical Approach*, in 25 *St. Louis U.L.J.* 1982, 821 ss.; Note, *The Attorney-Client Privilege and the Corporate Client Where Do We Go After Upjohn?*, in 81 *Mich. L. Rev.* 1983, 665 ss.; come indicativo della tendenza ad estendere anche oltre la «corporate arena» questa influenza, v. Note, *The Fifth Amendment, The Attorney-Client Privilege, And the Prosecution of White Collar Crime*, in 75 *Va. L. Rev.* 1989, 1179 ss.

⁵² Per l'illustrazione di questo aspetto in una letteratura molto ampia, cfr., ad es., M.L. SCHWARTZ, *The Zeal of the Civil Advocate*, in *A.B.F. Res. J.* 1983, 547 ss., 556 ss.; ID., *The Professionalism and Accountability of Lawyers*, in 66 *Calif. L. Rev.* 1978, spec. 672 ss.; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Legal Advice About Information to Present in Litigation: Its Effect and Social Desirability*, in 102 *Harv. L. Rev.* 1989, spec. 572-575, 605 ss.; D. WASSERMAN, *Should a Good Lawyer Do the Right Thing? David Luban and the Morality of Adversary Representation*, in 49 *Md. L. Rev.* 1990, 394-404 (recensione a D. LUBAN, *Lawyers and Justice*, cit.); si veda inoltre, in una prospettiva più strettamente collegata al rapporto avvocato-cliente e alla relativa *confidentiality*, W.D. POPKIN, *Client-Lawyer Confidentiality*, in 59 *Tex. L. Rev.* 1981, 755 ss.; E.H. NORTON, *Bargaining and the Ethics of Process*, in 64 *N.Y.U.L. Rev.* 1989, spec. 545 ss.; J.M. CALLAN, H. DAVID, *Professional Responsibility and the Duty of Confidentiality: Disclosure of Client Misconduct in an Adversary System*, in 29 *Rutgers L. Rev.* 1976, spec. 336 ss.; B.M. LANDSMAN, *Confidentiality and the Lawyer-Client*

inteso dare conto, ossia del permanere nel modello di elementi fortemente collegati a rigidi criteri di *adversariness*, e pertanto tendenti ad attribuire alla difesa esclusivamente una finalità di tutela degli interessi del cliente, senza alcun tipo di obbligo verso gli altri soggetti del processo⁵³.

Occorre, tuttavia, subito aggiungere che questo costituisce solo un aspetto del modello, e non ne risolve la complessità sotto il profilo dell'inquadramento teorico e normativo della difesa nella fase introduttiva del processo civile; ove anzi è molto forte la presenza di contropunte o di opposte tendenze, specie con riguardo alla vasta area disciplinare del cosiddetto *legal ethics*⁵⁴.

Relationship, in *Utah L. Rev.* 1980, spec. 749 ss.; MARTIN, *Confidentially Speaking*, in *Cal. Law.* 1985 (february), 25 ss.; S. ELLMAN, *Lawyers and Client*, in 34 *U.C.L.A.L. Rev.* 1987, spec. 720-722 (e relativo comment di J.K. MORRIS, *Power and Responsibility Among Lawyers and Client*, ivi, 781 ss.); J. BASTEN, *Control and the Lawyer-Client Relationship*, in 6 *J. Legal Prof.* 1981, 5 ss.; per una panoramica del problema, connesso a quello della *confidentiality*, della *disclosure of client's fraud*, v. ad es., K.F. KRACH, *The Client-Fraud Dilemma: A Need for Consensus*, in 46 *Md. L. Rev.* 1987, 436 ss.; si veda inoltre, per una vasta panoramica del problema in connessione con la struttura organizzativa della professione, R.L. NELSON, *Ideology, Practice, and Professional Autonomy: Social Values and Client Relationship in the Large Law Firms*, in 32 *Stan. L. Rev.* 1985, 503 ss.

⁵³ Per una dura critica di questo atteggiamento, v., ancora, M.E. FRANKEL, *The Search for Truth Continued: More Disclosure, Less Privilege*, cit., spec. 54 ss.; per un'analisi dei possibili atteggiamenti alternativi, nonché del nucleo dell'*adversary approach*, v. EBERLE, *Toward Moral Responsibility in Lawyering: Further Thoughts on the Deontological Model of Legal Ethics*, in 64 *St. John's L. Rev.* 1989, spec. 2-6; E.J. EBERLE, A. D'AMATO, *Three Models of Legal Ethics*, in 26 *St. Louis U.L.J.* 1983, spec. 764-773; in questa prospettiva, cfr., anche, R.L. NELSON, *Moral Ethics, Adversary Justice, and Political Theory: Three Foundations for the Law of Professional Responsibility*, in 64 *Notre Dame L. Rev.* 1989, 911 ss.; S.L. PEPPER, *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities*, in *A.B.F.Res. J.* 1986, 613 ss. (nell'ambito di un numero unico della rivista dedicata al tema); come esempi di indagini che hanno analizzato il problema in chiave, anche, dichiaratamente sociologica, cfr., J.S. SLOVAK, *The Ethics of Corporate Lawyers: A Sociological Approach*, in *A.B.F.Res. J.* 1981, 753 ss.; H.M. KRITZER, *The Ethics of Lawyer-Client Relations: Notes Toward a Field Study*, ivi 1984, 409 ss.

⁵⁴ Nella dottrina italiana, al riguardo, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*, ma spec. 177 ss.

2. SPUNTI IN TEMA DI *LEGAL ETHICS* COME ETICA DELLA DIFESA IN GIUDIZIO*

1. Definire l'area di riferimento diventa in particolare necessario ove l'indagine si collochi in ambiti tradizionalmente non oggetto di elaborazioni teoriche e di ricerche pratiche, come accade nel nostro ordinamento per l'etica della professione legale. Definire, tentare cioè in senso propriamente etimologico di stabilire i confini di considerazioni 'in tema', è chiaro che risulti molto arduo proprio in una situazione come questa, sostanzialmente caratterizzata da una sorta di grande e pervasivo *vacuum*¹. Forse mai come in quest'ambito appare pertanto opportuno procedere per riferimenti comparati, deponendo l'abituale sciovinismo del giurista, e specie del processualista italiano.

In particolare, in questo settore, non sembrano giustificate le tradizionali riserve nei confronti di ordinamenti ritenuti in buona sostanza 'barbari' in ragione essenzialmente della profonda misconoscenza delle loro caratteristiche di fondo, come quelli di *common law*, e tra essi specialmente quello statunitense. È, infatti, all'interno di quest'ordinamento che si registra la più risalente, ma anche più vasta e approfondita, elaborazione dei problemi dell'etica della professione legale; e ciò in termini teorici, di inquadramento normativo, e di impatto globale sull'evoluzione di quello statunitense come un modello di giustizia divenuto ormai sostanzialmente autonomo nell'area del *common law*².

Questo 'vizio' comparatistico – del resto preventivamente confessato – si spera possa essere qui controbilanciato da una qualche varietà di peraltro molto sintetiche indicazioni, utili forse anche per chi – in chiave pratica o di auspicabile elaborazione teorica – voglia considerare i problemi della professione legale in una prospettiva di evoluzione.

Il programma di questo mio intervento sarà quello di una carrellata inevitabilmente molto rapida delle questioni cruciali per una riconsiderazione non generica dei possibili indirizzi di formazione, anche in Italia, di un 'diritto della professione legale'. Verrà pertanto proposto una sorta di sommario repertorio dello stato delle cose statunitensi in questo settore. Un repertorio virtualmente esemplificativo – per chi scrive – dei problemi e delle metodologie da non trascurare anche da noi, in quanto effettivamente si intenda adeguare la professione – ma anche i modi di pensare alla professione, ai suoi

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 261-272, e riproduce, con l'aggiunta di un apparato minimo di note, il testo della relazione – originariamente intitolata «Strategie di difesa e regole della professione legale» – al convegno «L'avvocato e i cambiamenti della professione», Ravenna 10-11 giugno 1994.

¹ Cfr., in analoga prospettiva e per i relativi richiami bibliografici, ad es., A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – I. Il modello statunitense*, Padova 1991, 1-16.

² Per un riferimento d'obbligo al riguardo, nella letteratura in lingua italiana, v. G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 101 ss.; v. inoltre, a sottolineare la singolarità dell'ordinamento statunitense in questa particolare prospettiva, A. DONDI, *Introduzione*, in Id. (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 15 ss.; Id., *op. cit.*, 8 ss. (e *passim*).

doveri e alle sue esigenze – alle realtà ormai da tempo presenti in ambito europeo ed extra-continentale³.

Un ipotetico indice dei punti che, nei limiti della sintesi preannunciata, verranno presi in considerazione potrebbe contenere il riferimento: ai problemi che genericamente potremmo definire di etica dell'organizzazione della professione; a questioni centrali alla trasformazione del modo di pensare all'etica professionale, quali quelle dell'etica della difesa nel processo; alle questioni concernenti l'incidenza dell'assetto del diritto – sostanziale e processuale – sulle possibilità e sulle modalità di esercizio della difesa, oltre che di organizzazione dell'attività di avvocato; infine, alla questione non neutra delle possibili modalità di strutturazione della disciplina della professione legale.

2. Il riferimento al primo ordine di problemi – che si è indicato con l'espressione organizzazione della professione – si può intendere come nella sostanza equivalente all'esigenza preliminare di un inquadramento teorico di massima della nozione di etica della professione legale. Già a questo livello, un portato dell'esperienza statunitense consiste nell'avere ormai da tempo superato problemi di eventuale stretta derivazione, ma soprattutto di equivalenza e di ulteriore raffronto, fra questo tipo di etica e ciò che comunemente si intende con l'espressione *general ethics*, ossia all'incirca l'applicazione della morale al comportamento di relazione, con l'individuazione di regole di condotta per la generalità dei soggetti all'interno di una comunità⁴.

È ormai risalente la specificazione del *proprium* del cosiddetto *legal ethics*, e la sua caratterizzazione non in termini di astratta virtualità – del tipo 'sarebbe commendevole che l'avvocato agisse onestamente nella sua attività professionale' – ma di tendenziale analisi empirica delle ipotetiche circostanze nelle quali vengono in gioco scelte culturali e tecnico-professionali qualificanti il ruolo dell'avvocato all'interno di un ordinamento giuridico⁵.

³ Limitandosi a due esempi, fra i molti possibili, v., per l'esperienza francese, J. HAMELIN, A. DAMIEN, *Les règles de la profession d'avocat*, Paris 1992, VII, 45 ss. (sull'evoluzione della normativa concernente la professione legale in Francia, cfr. R.P. SOKOL, *Reforming the French Legal Profession*, in 26 *Int'l Law* 1992, 1025 ss.); *Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne, Cross Border Practice – Compendium*, Milano 1991: per un raffronto critico tra questa esperienza di disciplina europea e quella statunitense, v. G.C. HAZARD, *L'avvocato e l'etica professionale: gli aspetti giuridici*, in *Foro it.* 1992, V, 215 ss.; inoltre, per uno studio di grande ampiezza, nonché per la significativa panoramica fornita dell'assetto della professione e dei relativi problemi a livello mondiale nel collegamento con una prospettiva di «buona difesa», cfr., di recente G. WALTER (ed.), *Professional Ethics and Procedural Fairness – Anwaltliche Ethik und Fairness im Prozess*, Bern-Stuttgart 1991, *passim*.

⁴ Il richiamo è alla terminologia e alla sintesi della precedente elaborazione di tali problemi contenuta in A. HELLER, *General Ethics*, Oxford-New York 1988, 10 ss., 31 ss., 145 ss.

⁵ In una letteratura, coerentemente con quanto nel testo, molto vasta e variegata al riguardo in ambito statunitense, non è che possibile un richiamo esemplificativo di questo approccio; così, cfr. G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven-London 1978, 3-12; ID., *Rethinking Legal Ethics*, in 26 *Stan L. Rev.* 1976, 1227 ss.; ID., *The Future of Legal Ethics*, 100 *Yale L.J.* 1991, 1239 ss.; D. LUBAN, *Lawyers and justice – An Ethical Study*, Princeton 1988, 56 ss.; H. SIMON, *L'ideologia dell'avvocatura: giustizia processuale ed etica professionale*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., 75 ss.; C. CROFT, *Reconceptualization of America Legal Professionalism: A Proposal for Deliberative Moral Community*, in 67 *N.Y.U.L. Rev.* 1992, spec. 1262 ss. (per una

È all'approfondimento su base empirica dell'analisi di questi problemi che sembra possibile collegare anche l'individuazione nel momento processuale del contesto di riferimento prevalente delle indagini in materia. Un approccio che tende a caratterizzare principalmente – anche se non essenzialmente⁶ – in termini di 'etica della difesa' l'insieme dei problemi ascrivibili all'area dell'etica della professione legale statunitense⁷.

Bisogna subito dire che l'adozione di questa prospettiva dell'avvocato come difensore in giudizio non ha rappresentato in alcun modo una limitazione rispetto alla necessità di tenere conto, affrontandoli, di tali problemi e della loro complessa molteplicità. Sembra in definitiva possibile sostenere che, anzi, da essa sia derivata una notevole spinta a combinare, in maniera spesso molto raffinata, analisi teorica e approccio funzionale in questo settore⁸.

Una conseguenza di ciò è consistita nell'inserimento a pieno titolo tra i problemi del *legal ethics* di aspetti dell'attività dell'avvocato che noi tenderemmo probabilmente a considerare (come potrebbe essere, ad esempio, per l'organizzazione del lavoro all'interno degli studi legali) troppo 'pratici' per fare parte integrante di una visione in chiave etica dell'attività dell'avvocato. Tutto ciò ha invece trovato realizzazione in ambito statunitense sulla base di un'elaborazione teorica che ormai da quasi un secolo ha convertito i problemi di professionalità dell'avvocato in problemi di responsabilità multilaterale: verso il cliente, verso il collega di controparte, verso il giudice; e di recente anche verso alcuni soggetti terzi («*relevant others*»)⁹. Un'elaborazione che appare invero priva di sostanziale riscontro a livello europeo, oltre che italiano¹⁰.

sottolineatura dell'aspetto di «*professionalism rather than mere trade*»); D. RHODE, D. LUBAN, *Legal Ethics*, Westbury-NewYork 1992, 7 ss.

⁶ Con ciò a intendere che, comunque, l'ampiezza delle indagini concernenti l'attività dell'avvocato ha consentito nell'ordinamento statunitense che non fossero trascurate anche altre problematiche relative, come quella del rapporto di fiducia e di conflitto di interessi con il cliente o quella – precedente in senso stretto alla difesa tecnica in giudizio – del *counseling*; al riguardo v., ad es., F.C. ZACHARIAS, *Rethinking Confidentiality*, in 74 *Iowa L. Rev.* 1989, 351 ss.; T.D. MORGAN, *Thinking About Lawyers as Counselors*, in 42 *Fla. L. Rev.* 1990, spec. 441 (anche per una ulteriore distinzione fra *lawyers ethics* e «*ordinary morality*») e 443 (per il diverso approccio connesso all'attività di *litigation* e di *counseling*).

⁷ Una caratterizzazione che segna profondamente il modello di giustizia statunitense, come, tra i molti, è rilevato – oltre che nella manualistica concernente il *legal ethics* (v., per tutti, G.C. HAZARD, S. KONIAK, *The Law and Ethics of Lawyering*, Westbury-New York 1990, 17 ss.) – anche in lavori concepiti come specificamente tecnico-processuali, cfr. J.E. IOLE, J.D. GOETZ, *Ethics or Procedure? A Discovery – Based Approach to Ex Parte Contacts with Former Employers of a Corporate Adversary*, in 68 *Notre Dame L. Rev.* 1992, 81 ss.

⁸ Al riguardo potrà essere sufficiente il richiamo ai lavori, contenuti in due pubblicazioni in forma antologica, nei quali tale combinatoria è ampiamente presente, così cfr. *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., I e II parte: G.C. HAZARD, D. RHODE (eds.), *The Legal Profession: Responsibility and Regulation*, Mineola, New York 1985, *passim*.

⁹ Al riguardo, cfr. espressamente G.C. HAZARD, *Dimensions of Ethical Responsibility: Relevant Others*, in 54 *U Pitt. L. Rev.* 1993, 965 ss.; in precedenza, sul problema della «triangolarità» di rapporti e di relative responsabilità dell'avvocato statunitense, cfr., ad es, G.C. HAZARD, *Triangolarità dei rapporti dell'avvocato: un'analisi esplorativa*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., 321 ss.

¹⁰ Si rinvia alle indicazioni in nota 3, *ante*.

È così che non può essere dimenticato anche in questa sintetica panoramica come siano percepiti quali aspetti ‘organizzativi’ dell’etica dell’avvocato statunitense tanto i modi della preparazione accademica all’interno di scuole di diritto come le *law schools*, quanto i modi di organizzazione dell’attività professionale all’interno di studi professionali come le *law firms*¹¹. Il rilievo che rivestono a questo proposito istituzioni come le scuole di diritto attiene al tipo di insegnamento fornito in queste che, più che facoltà universitarie, continuano – come in origine – ad essere vere e proprie scuole professionali di alto livello culturale, sostenute finanziariamente da membri della professione e in stretto contatto con le esigenze del *bar*, in un rapporto di reciproca sollecitazione¹². Un aspetto significativo dell’insegnamento consiste nella tendenziale prevalenza attribuita agli studi processualistici nei corsi di ogni *law school*, e nel loro collegamento con insegnamenti di *legal ethics*, anticipando una contiguità sulla quale si tornerà anche in séguito¹³.

È inoltre intuibile il rilievo rivestito, in una cultura che attribuisce un altissimo valore morale alla capacità professionale, dal momento successivo a quello della preparazione accademica, e applicativo delle conoscenze ivi acquisite, come appunto quello dell’esercizio della professione nelle *law firms*. L’organizzazione degli studi professionali statunitensi può apparire a noi europei iperstrutturata e gerarchizzata, non foss’altro che per la rigida distinzione dei suoi membri – per parlare dei soli legali e non dell’inevitabilmente numeroso *staff* amministrativo – almeno nelle tre tradizionali categorie di *associates*, di *junior partners*, di *partners*¹⁴. Sarebbe assurdo negare ciò, e ottimisticamente sminuire il pesante carico di pressione psicologica che la struttura di controllo piramidale e incrociato propria delle *law firms* statunitensi esercita su ciascuno dei suoi membri. Tuttavia, proprio la ragione del controllo, da individuarsi nell’esigenza di chiari centri di responsabilità (*accountability*), suggerisce anche quanto forte sia la spinta a fornire un prodotto di qualità, per garantirsi la fiducia del cliente ma anche per dimostrare una costante linearità-correttezza di comportamento professionale ‘esterna’, verso le controparti e verso il giudice, ossia in definitiva, verso la società¹⁵.

3. La valenza etica e dell’organizzazione dell’insegnamento del diritto e dell’organizzazione dell’esercizio della professione legale costituiscono tuttavia solo una porzione, non la più rilevante, del *legal ethics* statunitense. Da quanto si è già detto, sarà risultata la

¹¹ In generale, per un raffronto di queste realtà nel contesto dell’ordinamento statunitense, cfr. *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., spec. i saggi contenuti nella parte 11.

¹² Al riguardo, anche per un’analisi dell’evoluzione storica di queste istituzioni, cfr. R. STEVENS, *Law School – Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill-London 1983, *passim*; ma anche, cfr. C. WOODARD, *Giustizia attraverso il diritto. Dimensione storica della Law School americana*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., 113 ss.

¹³ Su questo aspetto del modello di insegnamento, oltre all’indicazione in nota 11 *supra*, v. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategia di difesa*, cit., 233 ss.

¹⁴ Tra i numerosissimi interventi sul punto, cfr., nella letteratura disponibile in lingua italiana, R.L. NELSON, *Trasformazione sociale e struttura dei grandi studi legali tra «practice» e «privilege»*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., 209 ss.

¹⁵ Sul punto, cfr. ad es., M.E. FRANKEL, *Continua la ricerca della verità: più sincerità, meno «privileges»*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., 249 ss.; L.R. PATTERSON, *Importanza del ruolo del cliente nell’etica professionale dell’avvocato*, ivi, 187 ss.

prevalenza che nel contesto statunitense assume l'elemento processuale anche nell'area dell'etica professionale, del resto in linea con una preminenza che si manifesta in generale nell'ambito di questo ordinamento¹⁶. Al riguardo, occorre infatti chiarire subito che la già accennata tendenza ad assumere per così dire l'ottica dell'avvocato costituisce un approccio da sempre caratteristico delle indagini propriamente processualistiche, in maniera sostanzialmente non dissimile da quanto avviene negli studi di *legal ethics*. Occorre puntualizzare che questa circostanza non appare priva di conseguenza sulla rispettiva conformazione delle ricerche in queste aree del diritto, con effetti non trascurabili sull'assetto complessivo del *legal ethics* statunitense.

Ciò che si registra, e per tale profilo caratterizza come modello largamente originale l'ordinamento statunitense, è la rispettiva compresenza nei due settori di attenzione, riferimenti, nonché disposizioni normative, di etica nell'area del processo – specie in quella del processo civile – e di carattere prettamente processualistico nell'area del *legal ethics*¹⁷. E non è senza ragione che, procedendo per estreme semplificazioni, la presenza di riferimenti di *legal ethics* risulti più netta nell'area del processo civile, e specialmente nella monumentale normativa delle *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁸.

In questa disciplina emerge infatti con nettezza il carattere intrinsecamente confligente dei ruoli attribuiti all'avvocato nella tradizione di *common law*: di difensore strenuo degli interessi del cliente (al limite della *partisanship*) e di «*officer of the court*», quindi di collaboratore del giudice alla tendenziale realizzazione di obiettivi di verità e di giustizia.

Ciò si realizza essenzialmente in ragione del non completo accoglimento nelle *Federal Rules* dell'ideologia prevalente nella cultura giuridica e professionale statunitense riguardo al processo; ideologia che – ispirandosi a una nozione estrema di *adversariness* – in buona sostanza coincide con l'attribuzione all'avvocato del ruolo esclusivo di campione degli interessi del proprio cliente nel processo¹⁹. Alla tendenza a contemperare invece, nella normativa federale, esigenze proprie del virtuale assolvimento da parte del difensore di ambedue i ruoli indicati sembrano da collegare disposizioni aventi anche una chiara valenza etico-professionale. In sintesi estrema, sono essenzialmente due gli ambiti nei

¹⁶ Riguardo al senso di questa centralità, nella dottrina italiana, v. M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1990, VI, 325 ss. e *passim*; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., 10 ss.; e, per uno stimolante quadro teorico-comparatistico, M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere – Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991 (trad. it. di A. GIUSSANI, F. ROTA), 109 ss. (e *passim*).

¹⁷ Per la sottolineatura di questo aspetto nella dottrina disponibile in lingua italiana, cfr. G.C. HAZARD, *L'avvocato e l'etica professionale: gli aspetti giuridici*, cit., ivi; A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 2 ss. (e *passim*).

¹⁸ Per riferimenti bibliografici e indicazioni di carattere storico-filosofico comprendenti anche i precedenti di questa normativa, cfr., ancora, A. DONDI, *op cit.*, p. 49 ss.

¹⁹ Oltre all'indicazione nella nota precedente, cfr. relativamente alla nozione di *adversariness*, fra i moltissimi, ad es., M.E. FRANKEL, *Partisan justice*, New York 1980, 10, 25 e 13; ID., *The Search of Truth – An Umpireal View*, in *U. Pa. L. Rev.* 1975, 1041 ss.; A. MILLER, *Il sistema «adversary»: dinosauro o araba fenice?*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., 211 ss.; D. LUBAN, *The Good Lawyer – Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, Totowa, New York, 1984, 105 ss.; J.H. LANGBEIN, *The German Advantage Civil Procedure*, in *52 U. Chi. L. Rev.* 1985, 835-845; G.C. HAZARD, *Il sistema «adversary»*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, 43 ss.; nella dottrina italiana v., ad es., M. TARUFFO, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova 1979, 94 ss. (e *passim*).

quali si riscontrano disposizioni di questo tipo: quello concernente la disciplina dell'atto introduttivo, e quello relativo alla disciplina dei meccanismi processuali del *discovery*, molto approssimativamente accostabile alla nostra esibizione²⁰. Nei due casi è interessante notare due caratteri di tali discipline, che in sé contemperano l'intento processuale ed etico della normativa federale statunitense: da un lato il fatto che essa sia palesemente e direttamente 'rivolta' all'avvocato – e non, come anche nelle disposizioni dei nostri codici di rito, solo indirettamente o implicitamente, dal momento che il comando contenuto nelle norme è ipoteticamente e in via esclusiva indirizzato all'attore o al convenuto, non ai loro difensori; dall'altro la circostanza che altrettanto rilievo delle prescrizioni 'positive' – che dispongono le modalità di un comportamento processuale – assumono le prescrizioni catalogabili come 'negative', in quanto descrivendo i comportamenti contrari li corredano di sanzioni²¹.

Accade così che, nella normativa delle *Federal Rules*, la disciplina dell'atto introduttivo risulti praticamente composta da due sottodiscipline. Con la prima si prevedono, anche attraverso la puntuale indicazione dei requisiti di contenuto, le modalità di realizzazione di tale atto; non casualmente oggi denominato *fact pleading*, a sottolineare il rilievo essenziale che in esso assume la precisa indicazione di tutte le – sole – circostanze di fatto rilevanti ai fini della definizione della controversia²². Con la seconda, tali disposizioni vengono nella sostanza rese esecutive attraverso la previsione di articolati meccanismi sanzionatori che, direttamente rivolti al difensore, conferiscono un valore etico-professionale, oltre che tecnico, alle scelte effettuate dall'avvocato nella sua attività di impostazione di una controversia civile.

È quanto in particolare avviene con una norma come la *federal rule 11* che, nonostante una titolazione 'neutra' in quanto allusiva alla mera sottoscrizione dell'atto introduttivo da parte dell'avvocato, in ragione delle responsabilità da ciò derivanti per lo stesso difensore risulta in effetti intesa a sanzionare le forme di abuso realizzabili appunto nella fase iniziale del processo. Lo spettro delle sanzioni – dal rimborso delle spese di difesa della controparte, al *disbarment*, ad altre forme di sanzioni a discrezione del giudice –, ma soprattutto gli *standards* di professionalità previsti per la loro eventuale applicazione, in effetti si risolvono nel conferimento al giudice di un incisivo potere di valutare, attraverso

²⁰ Nella letteratura italiana, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, v. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 151 ss. ID., *Introduzione della causa*, cit., 124 ss.; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, cit., 63 ss. (dell'estratto).

²¹ Per limitarsi a poche indicazioni di rilievo anche se piuttosto risalenti, nell'ambito di una letteratura almeno abbondante in ambito statunitense, v. W.D. BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, 1295 ss.; J. RESNIK, *Managerial judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, 374 ss.

²² All'interno di un vasto dibattito dottrinale sul punto, v. ad es., F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*⁴, Boston-Toronto-London 1992, spec. 156 ss.; G.C. HAZARD, *Forms of Action Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 63 *Notre Dame L. Rev.* 1988, 628 ss.; R. L. MARCUS, *The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 86 *Colum. L. Rev.* 1986, 433 ss.; S.N. SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: the Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *Pa. L. Rev.* 1987, 909 ss.; nella letteratura italiana, v., con ampiezza, M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, cit., 59 ss.; A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 12 ss. e 62 ss.

il carattere *frivolous* o *nonfrivolous* della pretesa, anche il rispetto di criteri di ‘buona difesa’ da parte dell’avvocato²³.

Analogamente avviene per quanto concerne il *discovery*. Ad una complessa disciplina delle modalità di realizzazione delle richieste di esibizione tra le parti – nonché di indicazione dei mezzi di prova oggetto di tali *requests of discovery* – si accompagna infatti la presenza di una norma come la *federal rule 37* intesa a garantire effettività a tali istanze attraverso la previsione di un altrettanto complesso apparato sanzionatorio²⁴. Pure in questa circostanza si assiste ad una valutazione di ordine etico-professionale del comportamento del difensore ad opera del giudice, sulla base del riferimento a criteri solo in parte diversi da quello di ‘buona difesa’ nella fase introduttiva. Anche alla base del ricorso alle sanzioni della *rule 37* si pone l’abuso del meccanismo del *discovery* (abuso concretantesi ipoteticamente nella seguente serie di attività: la richiesta alla controparte dell’esibizione di mezzi di prova a scopo essenzialmente dilatorio o defatigante, le cosiddette *fishing expeditions* intese a sviare dalla verità le attività della fase preparatoria del processo; la presentazione alla controparte di sovrabbondanti richieste di *disclosure* [*overdisclosure*]; la sottoposizione di questionari scritti con incontrollate ed estesissime *lists of questions*, ma non solo. La *ratio* di fondo per l’applicazione delle sanzioni si può infatti ravvisare nel mancato rispetto di un criterio di *candor* dell’avvocato nei confronti del giudice nel caso che questi abbia emanato un *order of discovery*, e quindi nella mancata collaborazione con questi e con il difensore avversario (con la conseguente rottura in questo caso di un dovere di *fairness*) alla ricerca della verità attraverso il reciproco scambio dei mezzi di prova richiesti²⁵.

Quest’esigenza di cooperazione tra avvocati e giudice nella gestione della fase preparatoria di una controversia civile – che tende chiaramente a sottolineare quel ruolo di *officer of the court* dell’avvocato al quale si è già accennato – trova pieno riscontro nell’indirizzo

²³ In un dibattito che ha visto il convergere di un interesse del tutto particolare per questa normativa, dal momento degli emendamenti che, nel 1983, ne hanno profondamente acuito la forza di controllo e sanzionatoria di difesa «*well grounded in fact*», v. – per limitarsi ad alcuni degli interventi recenti – B. HESS, *Rule 11 Practice in Federal and State Courts: An Empirical Comparative Study*, in 75 *Marquette L. Rev.* 1992, spec. 316 ss.; D.E. LAZAROFF, *Rule II and the Federal Antitrust Litigation*, in 67 *Tulane L. Rev.* 1993, spec. 1043 ss. e 1055 ss. (v. inoltre quanto a 1050 a proposito della nozione di *complex case*, alla quale verrà in seguito fatto cenno anche in questo lavoro); per un riferimento di carattere manualistico ‘classico’, v. F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *op. cit.*, 162 ss.; nella dottrina italiana, per riferimenti e spunti bibliografici, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 84 ss.

²⁴ Per indicazioni ‘di riferimento’ anche alla vasta letteratura sull’argomento in ambito statunitense, v. nella dottrina italiana, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori*, cit., 175 ss. e 202 ss.; Id., *Introduzione della causa*, cit., spec. 118 ss.; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, cit., 63 ss.

²⁵ Il rinvio è alle indicazioni nella nota precedente, alle quali *adde*, nella manualistica, F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *op. cit.*, 231 ss.; si possono inoltre segnalare: G.C. HAZARD, *Discovery Vices and Transubstantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*, in 137 *U. Pa. L. Rev.* 1989, 2237 ss.; J.L. MAYER, *Prescribing Cooperation: The Mandatory Pretrial Disclosure Requirements of Process Rules 26 and 37 of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 12 *Rev. Litigation* 1992, spec. 99 ss.

delle disposizioni 'processuali' delle *Model Rules of Professional Conduct*, principale normativa di etica professionale e vero e proprio statuto della materia a livello di corti federali²⁶.

Non è casuale che nella norma-cardine al riguardo (la *model rule 1.2*) l'accento sia posto, piuttosto che sul mantenimento di una cieca lealtà verso gli interessi del cliente, su di una competente autonomia di decisione dell'avvocato riguardo alle linee della difesa²⁷.

All'impostazione in termini di *self-respect* del rapporto con l'assistito si collega anche la parte più incisivamente processualistica della disciplina di *legal ethics* statunitense: quella della *model rule 3*, significativamente intitolata alla fondatezza delle pretese da difendere (*meritorious claims and contentions*)²⁸. Come già nella disciplina del processo civile (quella della *federal rule 11*), spetterà al difensore la valutazione preliminare del carattere «non frivolo» della pretesa: valutazione da effettuare non *intuitus personae* ma sulla base di parametri che la stessa norma fornisce nei suoi numerosi commi²⁹. Questa linea di induzione a comportamenti leali ma non iperzelanti nei confronti del cliente trova ulteriori riscontri, come nella prescrizione che – posto che ciò non risulti in palese contrasto con gli interessi del cliente – impone al difensore di adoperarsi con tutti i mezzi per il rapido svolgimento della controversia³⁰.

4. Un quadro culturale e normativo come quello finora solo accennato suggerisce un'ulteriore considerazione sul carattere dell'approccio statunitense, nonché sull'estensione che in quest'area assumono i problemi dell'etica della professione legale. Nella prospettiva dell'elaborazione teorica di una nozione di etica da noi ancora tutta da costruire in questo settore, può essere interessante notare che, proprio in ragione di questa processualizzazione della disciplina del *legal ethics* e della corrispettiva eticizzazione della disciplina di almeno alcuni momenti cruciali del processo civile federale, da oltre un decennio è ricorrente negli Stati Uniti il riferimento a queste come a questioni inquadrabili in una nozione,

²⁶ Per un'ampia esegesi e analisi teorica delle *Model Rules* l'indicazione d'obbligo rimane: G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering – A Handbook on The Model Rules of Professional Conduct*, in *Englewood Cliffs N.J.* 1990 (ed eventuali successivi aggiornamenti, inclusi quelli prodotti e diffusi dall'*Executive Office* dell'*American Law Institute* nella forma di «*Restatement of the Law Governing Lawyers*»), spec. nn. 100 – 301; nella letteratura disponibile in italiano, v. inoltre, anche per un'illustrazione della fase normativa di questa disciplina, i lavori di Kutak e di Hazard in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., parte II; nella letteratura italiana, spec. sul punto, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 193 ss. (anche per l'evoluzione storica della normativa di *legal ethics*).

²⁷ Per semplicità di riferimento, fra i molti altri possibili, v. ancora A. DONDI, *op. ult. cit.*, 284 ss.; un'analisi comparata di questa con altre – precedenti e 'concorrenti' normative – è contenuta, ad es., in R.D. ROTUNDA, *Professional Responsibility*², St. Paul Minn. 1988, 43 (sulla natura della relazione con il cliente, cfr. inoltre, con ampiezza, J.F. SUTTON, J.S. DZIENKOWSKI, *Cases and Materials on the Professional Responsibility of Lawyers*, St. Paul Minn. 1989, 424 ss.).

²⁸ V. A. DONDI, *op. ult. cit.*, 287 ss.

²⁹ Per tutti, cfr. G.C. HAZARD, W.W. HODES, *op. cit.*, 535 ss. spec. 553 ss. (per un collegamento tra le disposizioni della norma e l'impatto sugli utili di difesa esercitato dalla *federal rule 11*).

³⁰ Il riferimento è alla *subsection 3.2.* della *model rule 3*, al riguardo v. G.C. HAZARD, W.W. HODES, *op. cit.*, 569 ss.

quella di *law of lawyering*, comprensiva e integratrice degli aspetti processuali ed etici che interagiscono in quest'area³¹.

La più vasta accezione iniziale di questa nozione di 'diritto della difesa' potrebbe rivelarsi utile anche in prospettiva italiana, per l'avvio di studi nei quali sia da subito affrontato il problema della pluralità e della vastità delle interrelazioni disciplinari in materia di etica professionale dell'avvocato. E ciò specialmente se si tiene conto del fatto che non è estraneo alla nozione di *law of lawyering* anche il riferimento ad aspetti di diritto sostanziale.

Collegabili più o meno direttamente al ruolo dell'avvocato come difensore in eventuali successive controversie – giudiziali o stragiudiziali – si sono ad esempio rivelate negli Stati Uniti le discipline dei rapporti societari, sulla base delle quali agli azionisti di minoranza sono da tempo state garantite ampie tutele nei confronti dell'operato degli amministratori. Di qui l'ormai stabile presenza di un particolare filone di controversie di responsabilità – i cosiddetti *derivative suits* – che vede giocare all'avvocato dell'attore un ruolo particolarmente attivo nel corso dell'intera fase della controversia³².

Si tratta di questioni nei confronti delle quali la sensibilità del giurista italiano non sembra invero omogenea. In effetti, se gli studiosi di diritto commerciale e societario hanno già da tempo mostrato al riguardo notevole e approfondito interesse, non altrettanto è accaduto in ambito processualistico. Appare significativo al riguardo che, nonostante il grande rilievo del *côté* della tutela giurisdizionale dei diritti superindividuali in tutte le società post-industriali, è tuttora assente da noi una seria e approfondita teorizzazione delle nozioni – da collegare necessariamente alla gestione di controversie come quelle societarie – di 'causa complessa' e di *class action*³³.

5. Non è possibile stabilire fin d'ora se l'adozione di una più ampia prospettiva di *law of lawyering*, ossia di abituale interrelazione dei problemi del diritto sostanziale e del diritto processuale, nonché dell'etica professionale, potrebbe avere effetti positivi sull'evoluzione del nostro ordinamento. Certo, un elemento essenziale per sperare in ciò dovrebbe consistere nell'attribuzione di un rilievo globalmente maggiore alla figura dell'avvocato,

³¹ Tra i molti interventi in tema, v., ad es., G.C. HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, in 100 *Yale L.J.* 1991, 1239 ss.; ID., *Introduction*, in G.C. HAZARD, W.W. HODES, *op. cit.*, LVII ss.; per i relativi richiami bibliografici, A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 13 ss., 114 ss., 180 ss. e 246 ss.

³² Sul punto si vedano le indicazioni contenute in G.C. HAZARD, *Azioni di responsabilità verso gli amministratori di società commerciali nel diritto statunitense*, di prossima pubblicazione in *Rivista delle società*; riguardo al ruolo del difensore in controversie «commerciali» v., ad es., M. CHON, *Multidimensional Lawyering and Professional Responsibility*, in 43 *Syracuse L. Rev.* 1992, spec. 1153 ss.; sul rilievo che in tali controversie, sia per l'avvocato dell'attore sia soprattutto per quello del convenuto, riveste uno strumento di tutela della *secrecy* dei rapporti con il cliente – come l'*attorney-client privilege* – v., ad es., E. G. THORNBURG, *Sanctifying Secrecy: The Mythology of the Corporate Attorney-Client Privilege*, in 69 *Notre Dame L. Rev.* 1993, 159 ss. e 169 ss. (nella letteratura italiana, v. A. DONDI, *Introduzione della causa*, 148 ss.).

³³ Per indicazioni anche «di rinvio», cfr. ancora – per la nozione di causa complessa o *complex litigation* – A. DONDI, *op. ult. cit.*, 157 ss. (e *passim*); ID., *Effettività dei provvedimenti istruttori*, cit., 189 ss.; e – per la nozione nonché le modalità di gestione processuale delle *class actions* – A. GIUSSANI, *La prova statistica nelle «class actions»*, in *Riv. dir. proc.* 1989, 1029 ss. (dell'estratto).

oltre che nella disponibilità dell'avvocato di farsi carico delle gravose responsabilità da ciò eventualmente derivanti.

Sempre con riguardo all'esempio statunitense, non sembra possibile trascurare il fatto che alla realizzazione di discipline in apparenza tanto penalizzanti l'avvocato – ma, a parere di chi scrive, anche tanto qualificanti la sua professionalità nel ruolo di difensore, e di riflesso anche la sua immagine, nella società – abbiano autorevolmente contribuito gli stessi avvocati. È infatti almeno significativo che il numero dei membri della professione attivamente impegnati nell'opera di costante aggiornamento e revisione dei testi normativi svolta da enti come soprattutto l'*American Law Institute* sia largamente superiore a quello dei giuristi accademici³⁴.

Ciò che – dopo quanto si è sinteticamente rilevato – appare del tutto notevole nell'esempio che si considera è in buona sostanza proprio la grande capacità di autoregolamentazione, e quasi di iper-regolamentazione, dell'avvocato statunitense. Una capacità e un intento che nel tempo hanno indotto una notevole raffinatezza di approccio anche per quanto riguarda i modi di tale regolamentazione. E, in ragione del suo contenuto – corrispondente grossomodo alle modalità etiche di un comportamento professionale tanto complesso come quello dell'avvocato –, è intuibile che la normativa di *legal ethics* sia al centro di analisi di questa prospettiva.

Si tratta di un dibattito da tempo in corso, ma particolarmente vivace da un decennio a questa parte; ossia dall'approvazione da parte dell'*American Bar Association delle Model Rules of Professional Conduct* nel 1983³⁵. L'abbandono del modello accolto dalla normativa precedente, il *Model Code*, fondata sulla previsione di principi generali di buon comportamento (*canons*), in favore di un modello normativo nel quale si tende invece a una precisa enunciazione delle direttive di una «*ethical representation*» si pone all'origine di questo rinnovato interesse per le modalità di disciplina del comportamento professionale dell'avvocato³⁶.

Come conclusione 'aperta' di questi rapidi rilievi, può non essere superfluo segnalare la divisione degli interventi al riguardo in due linee di tendenza contrapposte. Da un lato, la tendenza è a criticare come troppo specifica, quindi tale da funzionare nell'applicazione pratica come sorta di *prosecutorial ethics*, la disciplina dell'attuale codice di etica professionale, vigente in gran parte degli stati, ossia le *Model Rules*. La soluzione proposta è un ritorno alla concezione dei precedenti codici di etica, «*ideal codes*» contenenti un numero limitato di disposizioni, aventi la forma di mere indicazioni di modelli di comportamento, nella sostanza non dissimili da inviti in ragione dell'assenza di veri apparati sanzionatori ed esecutivi. A questa sostanziale proposta di ritorno al passato della situazione statunitense, si contrappone la tendenza all'attribuzione di un ruolo e di una dignità di legge a tutti gli effetti – corredata cioè di un efficace apparato esecutivo, nella forma di

³⁴ Per una rapida illustrazione del ruolo spettante a questa istituzione nella costante revisione e aggiornamento della disciplina concernenti in senso lato la giustizia in prospettiva federale, v. W. GRAY, *E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States*, in 50 *Labels Z.* 1986, spec. 119 ss.

³⁵ Si rinvia alle indicazioni in nota 26, *ante*.

³⁶ Per un'illustrazione dello scarto tra le due discipline v. F.C. ZACHARIAS, *Specificity in Professional Responsibility Codes: Theory, Practice, and the Paradigm of Prosecutorial Ethics*, in 69 *Notre Dame L. Rev.* 1993, 225 s. e 274 ss.

una complessa struttura sanzionatoria – alla normativa dell’etica professionale³⁷. In questa visione, anche il miglioramento dell’immagine pubblica dell’avvocato diventa un obiettivo da perseguire, non attraverso la tutela *tout court* dei soli interessi dei membri della professione, ma con la realizzazione di strumenti per la promozione di comportamenti professionali qualificati e commendevoli in quanto basati su di un effettivo rispetto per la verità e la cooperazione tra i soggetti – parti, avvocati avversari e giudice – del processo.

Dopo quanto si è detto può sembrare superfluo rilevare che questa prospettiva di innalzamento degli *standards* professionali risulti a chi scrive nettamente da preferire. In questa prospettiva, l’esperienza statunitense, per quanto per varie ragioni (tra le quali, ad esempio, anche quella della diversa provenienza professionale di avvocati e giudici nel nostro ordinamento, a differenza di quanto normalmente accade negli Stati Uniti) non meramente imitabile, sembra meritevole quanto meno di attenta considerazione per la futura evoluzione di una cultura dell’etica professionale anche dell’avvocato italiano.

³⁷ Di recente, anche per ampi riferimenti bibliografici v. F.C. ZACHARIAS, *Specificity in Professional Responsibility Codes: Theory, Practice, and the Paradigm of Prosecutorial Ethics*, in 69 *Notre Dame L. Rev.* 1993, 225 s. e 274 ss.; ma v. spec., come autorevoli manifestazioni della tendenza a inserire il discorso sull’etica professionale dell’avvocato all’interno del più ampio dibattito ora in corso sulla necessità di adattare l’intero modello ad esigenze ‘post-moderne’ di funzionamento della giustizia J.B. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in 88 *N.W.U.L. Rev.* 1994, 485 ss., 532 ss., 540 ss.; D. RHODE, *Institutionalizing Ethics*, in 44 *Case W. Res. L. Rev.* 1994 (n. 2) (nell’ambito di un intero fascicolo di questa rivista dedicato ad un *simposium* intitolato «*The Future of Legal Ethics*»).

3. CULTURA DELL'ABUSO E RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE NEGLI STATI UNITI*

SOMMARIO: 1. Centralità della nozione di abuso nella normativa federale sul processo civile. – 2. Aspetti dell'abuso nella prospettiva del cliente e del funzionamento della giustizia. – 3. Evoluzione teorico-pratica verso il criterio di *frivolousness* e modalità di reazione con le sanzioni della *F.R.* 11. – 4. Ultima evoluzione del problema: nel *Civil Justice Reform Act* del 1990 e negli emendamenti del 1993 alle *Federal Rules of Civil Procedure*.

1. Centralità della nozione di abuso nella normativa federale sul processo civile

In queste poche pagine, si limiterà a rilievi non più che sintetici l'analisi degli aspetti che il problema dell'abuso del processo assume nel modello di giustizia statunitense. A questa considerazione programmatica sembra doveroso aggiungere in funzione di ulteriore premessa il rilievo che quello dell'*abuse of civil proceedings*, o dell'abuso del processo, appare un tema meritevole di attenzione ben più approfondita di quella che ad esso è stata finora riservata dalla nostra cultura giuridica. Un'attenzione e un interesse che, paradossalmente, potrebbero essere stimolati dallo sguardo al rilievo che tale problema assume nell'ambito del modello di giustizia statunitense. La notoria lontananza di questo dal nostro modello di giustizia è infatti anche maggiore con riguardo all'assetto del problema dell'abuso – inteso come non corretta utilizzazione degli strumenti del processo, e quindi inscindibilmente correlato al problema dell'individuazione di nozioni e *standards* funzionali di correttezza delle attività di difesa in giudizio –, realizzando uno scarto in sé stimolante, al di là di ogni propensione comparatistica o eventuale preclusione al riguardo¹.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. dir. proc.* 1995, 787-808, e riproduce, con revisioni e l'aggiunta di un apparato di note, una comunicazione al convegno «Abuso del processo civile del lavoro» svoltosi il 28 e 29 ottobre 1994, a Messina.

¹ Tale, in effetti, appare essere lo stato delle cose nel nostro ordinamento, almeno in una prospettiva ravvicinata. Prospettiva nella quale sembra in particolare mancare un'elaborazione concettuale della nozione di abuso del processo nell'accezione accennata nel testo, di realizzazione di modelli di difesa «non corretti». Ciò, a meno di richiamarsi ad accenni rari quanto risalenti di pur autorevolissime aperture nei confronti di questo tema (ad es. v. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.* 1950, 31-33, 35; Id., *Diritto processuale e costume giudiziario*, ivi, 1952, 271-276; F. CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. proc.* 1940, 65 ss.). Se si prescinde dall'isolata quanto meritoria opera di diffusione delle questioni etico-professionali della professione legale svolta da Remo Danovi (qualche richiamo in R. DANOVÌ, *La toga e l'avvocato*, Milano 1993, 20 ss.), i riferimenti al problema rimangono infatti del tutto eccezionali nell'ambito della nostra cultura processualistica; al riguardo, cfr., ad es., C. PUNZI, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano 1967, 145 ss.; E. GRASSO, *Note sul difensore nel processo civile*, in *Giur. it.* 1986, IV, 192 ss. Di recente, si collocano invece fra le significative quanto rare eccezioni sul punto, interventi come quelli di S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 760 (n. 17); L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. it. dir. lav.* 1994, 340 ss. (ove appare, attraverso il ricorso alla nozione di «sperpero di giurisdizione», prospettata

Si è, per inciso, già segnalata una caratteristica cruciale di quel modello di giustizia, funzionante appunto come ragione di fondo dello scarto reciproco fra il nostro e l'ordinamento statunitense. Tale caratteristica si può fare consistere nel collegamento immediato e nella sostanziale coincidenza esistente nell'ambito di quella cultura processualistica fra la nozione di abuso del processo e la nozione di correttezza della difesa tecnica apprestata dall'avvocato, sia nella sua accezione di *counseling* (come attività di consulenza e di organizzazione strategica della difesa) sia in quella di *advocacy* (come attività difensiva prettamente giudiziale)².

Questa circostanza, da sempre segno di una consistente semplificazione dei termini di definizione dell'area di riferimento pratico della nozione di abuso, risulta del resto a sua volta del tutto coerente con il nucleo centrale della concezione statunitense delle finalità dello studio del processo civile, e della elaborazione delle relative discipline. Ci si intende con ciò riferire alla ormai anche da noi nota assunzione della cosiddetta 'ottica dell'avvocato' come prospettiva di approccio prevalente ai problemi del processo, e pertanto del loro tendenziale inquadramento come problemi della difesa, in particolare della difesa civile³.

Pur nei limiti che qui ci si è imposti, non sembra ipersemplificante tracciare un ulteriore collegamento diretto fra questo carattere di fondo, questa vera e propria *philosophy* della cultura processualistica statunitense, e l'evoluzione subita dal problema dell'*abuse*, tanto in termini di elaborazione normativa quanto con riferimento agli aggiustamenti intervenuti sul piano concettuale a questo riguardo in un periodo all'incirca corrispondente all'ultimo cinquantennio. A chi abbia qualche frequentazione del diritto processuale civile di tale ordinamento risulterà evidente il senso di questo riferimento temporale, e la sua corrispondenza all'opera di riassetto normativo a tutt'oggi più rilevante e sistematica a livello federale, ossia le *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938⁴.

in nuce e ulteriormente elaborata una nozione di abuso processuale per molti versi simile a quella propria della cultura statunitense).

² Per tale distinzione, nella dottrina italiana, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1991, 12 ss. (e *passim*); ID., *introduzione*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 22 ss.; nella dottrina statunitense, per un'indicazione d'obbligo ancorché ormai risalente, cfr. G.C. HAZARD, *Ethics in the practice of law*, New Haven-London 1978, 43 ss.; G.C. HAZARD, J. VETTER, *Perspectives on Civil Procedure*, Boston-Toronto, 1988, spec. gli scritti raccolti nel cap. I; specificamente sul punto della funzione di *counseling* dell'avvocato, e dei problemi in termini di *legal ethics* da essa posti, cfr. T.D. MORGAN, *Thinking About Lawyers as Counselors*, in 42 *Fla. L. Rev.* 1990, 439 ss., spec. 443 ss.

³ Questo carattere è in effetti segnalato come proprio del modello statunitense ormai con frequenza nella nostra dottrina, come autorevolmente in V. DENTI, *La giustizia civile – Lezioni introduttive*, Bologna 1989, 201 ss.

⁴ Sulla struttura e formazione di questa normativa – oltre che sul suo significato di politica del diritto anche oltre il periodo della sua origine, ossia il *new deal* – si veda, ad es., nella ovviamente nutritissima letteratura statunitense, M.E. SMITH, *Judge C. E. Clark and the Federal Rules of Civil Procedure*, in 85 *Yale L.J.* 1976, 914 ss.; S.N. SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: the Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U.Pa. L. Rev.* 1987, spec. 961 ss.; infine, di recente, sulle modalità di formazione e delle *Rules* e della loro *philosophy*, cfr. P.C. HOFFER, *Text, Translation, Context, Conversation. Preliminary Notes for Decoding the Deliberations of the Advisory Committee that Wrote the Federal Rules of Civil Procedure*, in 37 *Am. J. Legal History* 1993, 409 ss.; nella manualistica, v., ad es., J.J. LEUBSDORF, G.C. HAZARD, *Civil Procedure*⁶, Boston-Toronto-London 1992, 20 ss.; nella letteratura disponibile in lingua italiana, cfr. G.C. HAZARD,

Si tratta indiscutibilmente di una corrispondenza evidenziata *pour cause*. In effetti, proprio al legislatore del '38 il problema in questione appare tanto particolarmente presente da condizionare alcune delle disposizioni più significative delle intere *Federal Rules*. Sembra già possibile segnalarne qui di seguito le più emblematiche, anche da un punto di vista tecnico, della visione complessiva che del problema dell'*abuse* manifesta questo primo *corpus* normativo federale in materia di processo civile; un dato che conferma quanto si è finora accennato circa la centralità della nozione di abuso del processo nel contesto della moderna cultura processualciviltistica statunitense.

Che l'intento di fare fronte all'utilizzazione eventualmente scorretta dello strumento processuale da parte dei difensori affiori già nella versione originaria della normativa federale appare infatti dimostrato da disposizioni come quelle relative alla disciplina dell'atto introduttivo, della fase istruttoria e di raccolta del materiale probatorio, nonché – per quanto non direttamente – quelle concernenti la gestione di controversie complesse a carattere plurisoggettivo tradizionalmente definite *class actions*. Si tratta di un'esigenza che permane particolarmente viva anche in seguito, e che anzi mostra di rafforzarsi ad ogni successiva riforma della disciplina del processo civile federale, al punto di condizionare pesantemente l'indirizzo dei vari aggiornamenti fino ad oggi subiti dalle *Federal Rules*⁵.

2. Aspetti dell'abuso nella prospettiva del cliente e del funzionamento della giustizia

La prospettiva di considerazione del problema dell'abuso che consente di meglio apprezzarne il rilievo nell'ordinamento statunitense è quella della disciplina dell'atto introduttivo-*pleading*. Nella soluzione adottata al riguardo dal legislatore del '38 si manifesta in effetti il tentativo di apprestare un meccanismo capace di impedire la realizzazione di attività abusive della fase iniziale del processo. Sul piano strutturale, il nucleo di questa scelta consiste nell'adozione di un modello essenziale, stilizzato di atto introduttivo; tendenzialmente tanto sintetico da non fornire più di un «*short and plain statement of the claim*»; in quanto tale, concepito come un mero strumento di attivazione dell'ingranaggio processuale, all'interno del quale – e specie nella successiva fase di raccolta del materiale probatorio-*discovery* – si intendeva dovessero essere effettivamente precisate le questioni controverse⁶.

M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 30 ss.; A. DONDI, *Introduzione*, cit., 35 ss. (nn. 48 per una bibliografia iniziale) e *passim*.

⁵ Espressamente sull'evoluzione delle *Rules*, v., R.L. MARCUS, *The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 86 *Colum. L. Rev.* 1986, 433 ss.; J.B. WEINSTEIN, *The Ghost of Process Past: the Fiftieth Anniversary of the Federal Rules of Civil Procedure and Erie*, in 54 *Brooklyn L. Rev.* 1988, 1 ss.; R. BONE, *Mapping the Boundaries of a Dispute: Conceptions of Ideal Lawsuit Structure from the Field Code to the Federal Rules*, in 89 *Colum. L. Rev.* 1989, 3 ss.; A. JUNKER, *Einheit und Vielfalt: Die Zivilprozessrechte der Vereinigten Staaten von Amerika Geschichte Systematik, Rezeption*, in *ZZP* 1988, 3, spec. 254 ss.

⁶ Per un'analisi di questo problema, oltre ai numerosi riferimenti rinvenibili nelle opere segnalate alle nn. precedenti (ai quali deve essere comunque aggiunto, come indicazione della *philosophy* autentica delle *Federal Rules* e dell'atto introduttivo come *notice pleading*, il seguente richiamo: C.E. CLARK, *Simplified Pleading*, in 27 *Iowa L. Rev.* 1942, 272 ss.), cfr. D.M. ROBERTS, *Fact Pleading and Notice Pleading, and Standing*, in 65 *Cornell L. Rev.* 1980, 390 ss.; ampiamente sul punto, anche per riferimenti bibliografici ulteriori, v. A. DONDI, *op. ult. cit.*, 52 ss.

Abitualmente catalogato come *notice pleading* in ragione appunto di finalità essenzialmente informativa dell'esistenza di una pretesa, simile modello di atto introduttivo non persegue tuttavia come unica finalità quella della mera deformalizzazione dell'attività di introduzione della controversia ad opera dei difensori. A questo intento si connette e si aggiunge una complessa concezione della funzione del processo e delle modalità di realizzazione dell'attività di difesa. Già nel contesto del dibattito che precede l'adozione delle *Federal Rules* viene posto in una duplice relazione il ruolo spettante al difensore nel processo: nei confronti del cliente e nei confronti del giudice; una relazione che si svolge essenzialmente nel segno del rispetto e del temperamento degli interessi del cliente, nonché della realizzazione rapida degli obiettivi di giustizia, virtualmente propri del funzionamento della macchina giudiziaria⁷.

In quest'ottica che già le prime analisi in dottrina della normativa federale – e, pur con diversi accenti e minore nettezza nelle sue applicazioni, anche in giurisprudenza – tendono a catalogare come abuso i comportamenti processuali del difensore non coerenti con tali intenti e finalità⁸. Una circostanza che trova spiegazione in aspetti tipici dell'assetto generale dell'ordinamento processualcivilistico statunitense, quali soprattutto l'esplicito riferimento all'avvocato delle norme processuali nonché, in caso di mancata ottemperanza, la correlativa previsione di misure coercitive e sanzionatorie direttamente nei suoi confronti⁹.

Nel modello statunitense, la tutela professionalmente corretta degli interessi del cliente nel processo e il rispetto da parte del difensore della sua funzione di *officer of the court*, quindi di naturale collaboratore della giustizia, costituiscono invero i due principali compiti tradizionalmente attribuiti all'avvocato¹⁰. Posto il riferimento al difensore delle norme processuali, e convertendosi il mancato rispetto di tali compiti in sanzioni dirette, non è risultata problematica in tale sistema l'individuazione di una nozione certa di *abuse of civil proceedings*. Ricorrentemente, si è semmai posto il problema dell'adeguatezza caso per caso della sanzione e dell'efficacia della misura coercitiva¹¹.

Nel complesso del cinquantennio di applicazione, il momento sotto quest'ultimo profilo più emblematico di tale impostazione della normativa federale – ed essenzialmente in quanto ad esso viene demandata l'effettiva individuazione dell'oggetto della controversia – è indubbiamente rappresentato dalla disciplina del *discovery*; ossia, della raccolta del

⁷ Per un'analisi del modello di giustizia in esame nell'ottica appunto del temperamento e della promozione di tali obiettivi cfr. G.C. HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, in 100 *Yale L.J.* 1991, 1239 ss.; per considerazioni di carattere generale sui più urgenti problemi di funzionamento del sistema di giustizia statunitense dalle quali pure emerge l'urgenza del collegamento di cui nel testo, cfr. inoltre ID., *Reflections on Judge Weinstein's Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in 88 *N.W.L. Rev.* 1994, 569 ss. (in relazione a J. B. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, ivi, spec. 485, 532, 540 ss.).

⁸ Per una panoramica degli interventi della letteratura statunitense al riguardo, nel periodo indicato nel testo, v. A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 62 ss., nn. 101-105.

⁹ Si tratta di una caratteristica in particolare sottolineata nell'ultimo decennio, così, ad es., v. J.B. ATTANASIO, *A Duty-Oriented Procedure in a Rightsoriented Society*, in 63 *Notre Dame L. Rev.* 1988, spec. 604; G.C. HAZARD, *Forms of Action Under the Rules Of Civil Procedure*, ivi, spec. 634 ss.

¹⁰ Nella letteratura disponibile in italiano, il punto è trattato, ad es., in A. DONDI, *introduzione ad Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., 24 ss.

¹¹ Così, di recente, cfr., ad es., D.L. RHODE, *Institutionalizing Ethics*, in 44 *Case W. Res. L. Rev.* 1994, spec. 704-734 (nel contesto di un 'symposium' intitolato «*The Future of Legal Profession*»).

materiale probatorio realizzata attraverso lo scambio reciproco fra le parti di *requests of discovery*, con la supervisione ma senza l'intervento preventivo e necessario del giudice¹². Nella disciplina del *discovery* risulta del tutto chiara la presenza di un obiettivo di reazione alle possibili forme di abuso che la stessa funzione di questo strumento di raccolta di mezzi di conoscenza e di prova tende a innescare nelle strategie di difesa degli avvocati.

Che ciò sia, è illustrato dall'evoluzione realizzatasi nel corso del tempo di applicazione delle *Federal Rules* riguardo al modo di concepire l'utilizzazione di questo meccanismo e le sue finalità di fondo. Si tratta di un'evoluzione sintetizzata dal passaggio da una concezione di tendenziale e generico *broad discovery* a quella di uno *specific discovery*; di un *discovery* da intendersi cioè come non più strumento di ricerca illimitata di qualsivoglia materiale probatorio, ma come attività virtualmente limitata allo scambio reciproco fra le parti dei soli mezzi di prova realmente necessari alla definizione della controversia¹³.

L'adozione, non immediata e anzi fortemente controversa per alcuni decenni, di questa prospettiva consente anche di giungere alla chiara individuazione di alcuni aspetti-tipo dell'abuso, sia come abuso realizzabile dall'avvocato nel corso della sua attività di difesa in questa fase del processo civile federale, sia in generale come modalità di comportamento processuale del difensore. Si tratta di comportamenti grossomodo riconducibili alla loro possibile incidenza su due elementi: la cosiddetta *adequacy* della difesa (come adeguatezza delle attività del difensore al fine del più rapido e meno dispendioso raggiungimento di un risultato di tutela-giustizia per il proprio cliente) e la reazione all'intasamento del carico di lavoro complessivo di ogni singolo giudice, con la conseguente accumulazione di sempre più pesanti arretrati (*backlog*)¹⁴.

Del tutto sommariamente, si può anche tentare di individuare almeno tre categorie di attività di difesa realizzabili nel corso del *discovery*, abusive in quanto in vario modo contrastanti con tali finalità. L'ipotesi-tipo è quella di richieste sovrabbondanti di esibizione di mezzi di prova, tendenzialmente documentali ma non solo (il cosiddetto *overdiscovery*); a ciò si devono aggiungere le svariate possibili forme di mancata collaborazione alle richieste di controparte tramite pretestuose eccezioni e opposizioni; altrettanto frequente è la mancata o solo parziale esecuzione (ad esempio nelle forme della cosiddetta *bulk discovery*, ovvero l'esibizione di masse indefinite di documenti allo scopo di celare quelli effettivamente rilevanti o di renderne comunque difficile l'individuazione e l'uso nel processo)

¹² Si tratta di un tema ampiamente analizzato anche dalla nostra dottrina, e a proposito del quale si veda, ad es., M. TARUFFO, *Diritto processuale civile e dei paesi anglosassoni*, cit., 63 ss.; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., 130 ss.; G.C. HAZARD, *Azioni di responsabilità verso gli amministratori di società commerciali nel diritto statunitense*, in *Riv. soc.* 1994, 451 ss. (dell'estratto); A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 135 ss.; ID. *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 114 ss.

¹³ Per un'illustrazione di questa evoluzione, v. A. DONDI, *Effettività*, cit., 175 ss., 192 ss., 215 ss.; di recente, anche richiami in ID., *Spunti in tema di legal ethics come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 261 ss.

¹⁴ Nella letteratura disponibile in Italia, per un'analisi sintetica ma pregnante del carattere di «economia processuale» dei collegamenti proposti nel testo, cfr. G.C. HAZARD, *Per un approccio manageriale al problema dei ritardi nell'amministrazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 965 ss. (dell'estratto); per un'ampia e approfondita illustrazione della funzione e dell'operatività del meccanismo di *discovery*, v. inoltre F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, cit., 237 ss.

di specifici *orders of discovery* del giudice¹⁵. Occorre tuttavia precisare, ad uso del lettore italiano, il carattere virtualmente illimitato di un catalogo delle *delay strategies* in questa fase del processo. Una pratica impossibilità definitoria dei modelli di strategie o tattiche abusive che si collega anche allo sviluppo tecnologico (ne è un esempio la forma di parziale collaborazione-abuso consistente nella consegna di documentazione computerizzata, senza però il supporto degli strumenti necessari per l'effettivo accesso ai dati); ma non solo: ne è un esempio il caso dell'utilizzazione distorta di strumenti di ricerca della verità pure previsti *ex lege*, come la formulazione di domande sovrabbondanti e svianti nel corso di *interrogatories* scritti sottoposti alla controparte (15-*bis*).

Tornando al quadro disciplinare, occorre evidenziare la presenza nelle *Federal Rules of Civil Procedure*, e in generale all'interno del modello di giustizia civile statunitense, di specifici strumenti di reazione a tali forme di abuso. Sono emblematiche di ciò le misure sanzionatorie previste nei confronti dei comportamenti abusivi del procedimento di *discovery*. Tali misure – per lo più previste nelle complesse disposizioni della *Federal Rule 37* – si configurano come un vero e proprio apparato sanzionatorio, descrivibile sommariamente con riferimento alla sua caratteristica di fondo: la previsione di uno spettro di sanzioni applicabili, a discrezione del giudice, direttamente nei confronti del difensore¹⁶. A coglierne l'impatto coercitivo, basti pensare che si tratta di misure che vanno dalla imposizione all'avvocato del pagamento delle spese processuali di difesa sopportate dalla controparte in ragione della realizzazione di attività di difesa abusive del *discovery*, all'avvio di procedimenti di espulsione dall'ordine; il tutto oltre e cumulativamente al possibile rigetto dell'azione, nonché al ricorso da parte del giudice a ulteriori forme di sanzione configurabili discrezionalmente caso per caso¹⁷.

3. Evoluzione teorico-pratica verso il criterio di *frivolousness* e modalità di reazione con le sanzioni della *F.R. 11*

Se l'impatto della *Federal Rule 37* sulla limitazione di attività difensive caratterizzabili come abusive del processo è stato significativo, preservando in larga misura il carattere di strumento di ricerca della verità alla *machinery of discovery* e impedendone l'utilizzazione in via principale come strumento di ingiusta pressione sulla parte avversaria (*discovery ha-*

¹⁵ Per in questa una specifica catalogazione delle forme e tecniche di abuso realizzabili in questa fase, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e possibili strategie di difesa*, cit., 123-133; nella letteratura statunitense sul punto, tra i numerosissimi interventi, v., ad es., J.E. IOLE, J.D. GOETZ, *Tecniche di Ethics or Procedure? A Discovery-Based Approach to ex Parte of Contacts with Former Employees of a Corporate Adversary*, in 68 *Notre Dame L. Rev.* 1992, 81 ss., spec. 92. Cfr. ancora A. DONDI, *op. cit.*, 126, nn. 21, 22, 128, n. 24.

¹⁶ Al riguardo, oltre alle indicazioni alla nota precedente, v., A. DONDI, *Effettività*, cit., 166-187, 214 ss.

¹⁷ Per recenti analisi della tipologia delle sanzioni previste nella *F.R. 37*, v., ad es., M.L. NELKEN (ed.), *Sanctions – Rule 11 and Other powers*, Chicago 1992, 30 ss.; G. JOSEPH, *Sanctions: the Federal Law of Litigation Abuse*², Charlottesville Va. 1994, spec. 511 ss. (ove anche un ampio collegamento fra le sanzioni della *F.R. 37* e il complesso della normativa sul *discovery*, in particolare le disposizioni della *F.R. 26*).

nessment), ancora rilevante appare nell'ultimo decennio il ruolo svolto a questo proposito dalla normativa della *Federal Rule 11*, come novellata dagli *amendments* del 1938¹⁸.

Si riflette in questa novellazione il profondo mutamento intervenuto, durante un cinquantennio circa di applicazione delle *Federal Rules*, nella concezione dell'atto introduttivo e delle finalità del processo civile. Questa trasformazione che investe la funzione e il significato del *pleading* nella pratica del processo, potrebbe essere riassunta dal richiamo al passaggio dalla nozione, già illustrata, di *notice pleading* a quella di *fact pleading*. Con ciò si deve intendere che – per ragioni varie ma grossomodo assimilabili all'impossibilità di ridurre la spesso notevole complessità delle questioni di diritto e delle circostanze fattuali alla base di una controversia all'interno dello schema stilizzato originariamente predisposto per il *pleading* – la portata dell'atto introduttivo si è progressivamente estesa, ben al di là della previsione del legislatore, nella direzione di una sua concezione genericamente liberal, comprensiva cioè di qualsiasi pretesa in diritto e in fatto, del tutto indipendentemente dalla sua probabile fondatezza¹⁹.

Il significato della riforma di una norma come la *Federal Rule 11* risiede proprio nell'esigenza di reagire all'acquisizione da parte dei difensori di un potere praticamente incontrollato di conformare il processo attraverso la formulazione dell'atto introduttivo. Tale reazione si rivolge nei confronti della oggettiva agevolazione di pratiche abusive derivante dalla possibilità di introdurre nella causa («*free joinder of claim*») pretese di ogni tipo, senza necessità di dimostrarne la probabile fondatezza in fatto e in diritto. In questa prospettiva, si è pertanto inteso realizzare un effettivo *judicial control* sull'attività difensiva in questa fase, allo scopo sia di attuare una precisa individuazione delle circostanze fattuali alla base di una pretesa (pervenendo a configurare l'atto introduttivo come effettivo *fact pleading*) sia di impedire un'impostazione abusiva della controversia²⁰.

¹⁸ Sulla riforma della *F.R. 11*, nella letteratura italiana, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 83 ss., 100 ss.

¹⁹ Così G.C. HAZARD in F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *Civil procedure*, cit., 162 ss. (e relative indicazioni bibliografiche in nota); A. DONDI, *Introduzione*, cit., 76-80. Sul punto, può essere utile anche richiamare la teorizzazione di C. E. Clark in merito alla conformazione del *complaint* e alla necessaria definizione-individuazione dei «*facts*» all'interno del *pleading*, cfr. C.E. CLARK, *Handbook of the Law of Code Pleading*², St. Paul Minn. 1947, spec. 226-230. Un interessante riflesso del problema di un atteggiamento più o meno *liberal* nei confronti della conformazione dell'atto introduttivo si ritrova nel vasto dibattito relativo alla problematica della *res judicata*; ove il superamento della logica propria della vecchia normativa in materia – il *Restatement of the Law – I*, è coincisa con una concezione più rigorosa delle modalità di composizione dell'atto introduttivo (in termini di *preclusiveness* riguardo a *issues* e a *facts* allegati), sia nella normativa ormai da tempo vigente il – *Restatement of the Law Second* – sia nei dibattiti sulla sua ulteriore trasformazione; cfr. sul punto A.L.I., *Restatement of the Law Second – Judgments 2d*, I, St. Paul Minn. 1982, 5-13; G.C. HAZARD, *Revising the Second Restatement of Judgments: Issue Preclusion and Related Problems*, in 66 *Corn. L. Rev.* 1981, 577 ss.; ID., *Preclusions as to Issues of Law: the Legal System Interest*, in 70 *Iowa L. Rev.* 1984, 86, 89-91; inoltre v. R. ZIFF, *For the Litigant's Sole Relief: Unforeseeable Preclusion and the Second Restatement*, in 77 *Cornell L. Rev.* 1992, 907-909.

²⁰ Cfr., ad es., G. JOSEPH, *op. cit.*, 5 ss.; M.L. NELKEN, *op. cit.*, 26 ss.; S. B. BURBANK, *Rule 11 in Transition – The Report of the Third Circuit Task Force on Federal Rule of Civil Procedure 11*, Chicago 1989, XVII ss.; sul concetto di *fact pleading* v. R.L. MARCUS, *The Revival of Fact Pleading*, cit., spec. 404 ss.

La 'nuova' norma realizza una netta soluzione di continuità rispetto all'assetto precedente proprio in ragione del più attivo ruolo attribuito al giudice a questo riguardo. Inoltre, la trasformazione della logica concernente l'imposizione delle sanzioni – ossia il loro carattere non più discrezionale ma obbligatorio (*mandatory*) – si pone alla base di tale evoluzione²¹. Non paradossalmente, essendo quella dell'apparato sanzionatorio la sola parte effettivamente novellata della *F.R.* 11, da questa trasformazione sono derivati anche una incisiva modificazione e un notevole adeguamento alla realtà del processo dei criteri di identificazione tanto dell'*abuse of civil proceedings* quanto – e correlativamente, in questa prospettiva – dei parametri di *competency* nell'esercizio dell'attività di difesa tecnica dell'avvocato civile²².

Per semplificare, si può dire che tale evoluzione si è realizzata nel segno del ricorso ad un criterio univoco di individuazione dell'*abuse*, quello di *frivolousness*; intesa come mancanza di alcuni specifici *standards* di professionalità nell'elaborazione dell'atto introduttivo, e – pur tecnicamente corretta – tale da non fornire al giudice l'esatta prospettazione di tutti e solo gli elementi necessari alla decisione, ma anzi impedire, sviare o dilazionare la realizzazione di quello obiettivo²³.

Intitolata alla mera sottoscrizione dell'atto introduttivo-*pleading* da parte dell'avvocato, la norma intende in realtà stabilire e imporre a quest'ultimo (rendendoli effettivi in ragione delle sanzioni previste) *standards* elevati di professionalità sul piano dell'elaborazione dell'atto introduttivo e della valutazione da parte del giudice del carattere *meritorius* del fondamento della pretesa e delle difese. Oltre a contenere altre indicazioni sulle modalità di composizione del *pleading*, alle quali si farà riferimento, nella *rule* è esplicitamente definita l'essenza della nozione di *frivolousness* nonché i caratteri individuanti le attività di abuso. Così, una volta escluso che agire o resistere in giudizio possa realizzarsi sulla base di un «*imporper purpose*», il carattere non commendevole di tale attività viene fatto consistere nell'intento di «provocare disturbo, dilazionare i tempi della giustizia, aumentarne i costi relativi»²⁴.

Come si è detto, è soprattutto sul piano delle misure sanzionatorie che si manifesta il rilievo della nuova versione della *F.R.* 11 quale principale strumento di reazione alla pratica dell'abuso del processo fin dalla sua fase introduttiva. La doverosa applicazione di

²¹ Cfr. ancora A. DONDI, *op. loc. ult. cit.*, tra i numerosissimi interventi al riguardo, v., ad es., T. KOLLN, *Rule 11 and the Policing Access to the Courts after Professional Estate Investors*, in 61 *U. Chi. L. Rev.* 1994, 1037 ss., 1054-1057; G.F. HESS, *Rule 11 Practice in Federal and State Courts: An Empirical, Comparative Study*, in 75 *Marq. L. Rev.* 1992, spec. 318 ss.; J.A. PARNES, *Fines under New Federal Rule II: The New Monetary Sanctions for The «Stop-and-think-again» Rule*, in *B.Y.U.L. Rev.* 1993.

²² Così v. F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *op. cit.*, 164-165; v. anche di recente e tra i molti L. PATTERSON, *The Fundamentals of Professionalism*, in 45 *S.C.L. Rev.* 1994, 707 ss.

²³ Per analoghe definizioni di *frivolousness* v. A. DONDI, *op. ult. cit.*, 80 ss. (e indicazioni bibliografiche alle 31-36); per un'analisi di questa nozione a ridosso della riforma, v. W. FREEDMAN, *Frivolous Lawsuits and Frivolous Defenses, Unjustifiable Litigation*, New York-Westport-London 1987, 101 ss.

²⁴ Per il testo della norma, estrapolato e tradotto nella parte virgolettata, cfr. A. DONDI, *op. ult. cit.*, 84-85; circa la nozione di *frivolousness*, e quelle correlative e opposte di *improper purpose* e di *meritoriousness*, si veda, ad es., R. DESSEN, *pretrial litigation – Law, policy and practice*, St. Paul Minn. 1991, 137 ss., 167 ss.; *Rule 11 Sanctions: Case Law, Perspectives and Preventive Measures*, Englewood Cliffs, in *N.J.* 1994, 2-20 ss., 4-24 ss.; M.L. NELKEN, *op. cit.*, 3 ss.; G. JOSEPH, *op. cit.*, 130-150; inoltre, v. in tema anche W. FREEDMAN, *Frivolous Lawsuits and Frivolous Defenses Unjustifiable Litigation*, New York-Westport-London 1987, 1-14 ss.

tali misure, ossia il restringimento dello spazio di discrezionalità del giudice alla peraltro non irrilevante scelta della o delle sanzioni più appropriate a seconda delle circostanze e della gravità-intenzionalità dell'*abuse*, costituisce di per sé un indice della volontà del legislatore statunitense del 1983 di intervenire vigorosamente ad arginare l'utilizzazione della macchina giudiziaria per finalità riconducibili a quelle sopra indicate come caratteristiche dell'*abuse*. Anche in questa circostanza il difensore è il principale destinatario di tali sanzioni; ossia, tanto quella espressamente prevista, i «*reasonable attorney's fees*» sostenuti dalla controparte, quanto l'area virtualmente infinita delle «*appropriate sanctions*» lasciate alla discrezionale valutazione del giudice²⁵.

È tuttavia essenziale notare che – secondo quando è ulteriormente previsto dalla norma – l'applicazione delle sanzioni risulta connessa all'individuazione di specifiche circostanze abusive. Ciò impone al giudice di esercitare una «*evaluative function*» molto ravvicinata sulle modalità, e in definitiva anche sulla qualità intrinseca, della difesa apprestata dall'avvocato nella fase iniziale di una controversia civile. In effetti, la norma non lascia il giudice senza parametri di valutazione a questo proposito, dal momento che vengono previsti tanto gli *objective standards* di corretta composizione-contenuto dell'atto introduttivo quanto i caratteri tipici dell'abuso realizzabile in questa fase. Per non essere *frivolous* e risultare quindi *meritorious*, la pretesa dovrà essere – oltre che, come già indicato, non finalizzata a quell'*improper purpose* corrispondente all'intento di «provocare disturbo... ecc.» – saldamente fondata sulla specifica indicazione delle necessarie circostanze di fatto, basata su espresse previsioni in diritto positivo, oppure su di una elaborazione della legge intesa a superare tali previsioni sulla scorta di un «*good faith argument*»²⁶.

Per converso, si caratterizzano come modelli di difesa *frivolous* e concretizzano esempi di abuso sanzionabili i *pleadings* nei quali manchi un'individuazione precisa degli elementi di fatto direttamente collegabili alla pretesa, o nei quali tale elaborazione e individuazione nel contesto dell'atto introduttivo risulti in una generica o vaga (*oblivious*) «*mask for nothing*», in definitiva sviante rispetto all'obiettivo di una rapida e giusta definizione della controversia. Sul piano degli elementi di diritto elaborati dal difensore nel *pleading*, in quella che viene tradizionalmente definita la «*theory of law*» del caso concreto, il criterio di *meritoriousness* (o di non *frivolousness*) consente di catalogare come in effetti abusive la pretesa fondata sulla cosiddetta «*inventiveness of law*», ossia su interpretazioni più che altro suggestive della legge alle quali si contrappone una nozione, invece ammessa, di «*theory of law*» come elaborazione originale ma anche saldamente fondata sul piano concettuale («*well grounded creative advocacy*»)²⁷.

²⁵ Sul riferimento principalmente all'avvocato dell'apparato sanzionatorio della F.R. 11 come diretta e coerente conseguenza dei doveri imposti a questi dalla stessa norma, cfr. F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *op. cit.*, 164-166; e, ancora, M.L. NELKEN, *op. cit.*, 26 ss.; inoltre, sempre sul meccanismo sanzionatorio e il suo funzionamento nei confronti dell'avvocato, v. D.B. SPENCE, *Sanctions Under Rule 11*, in 19 *Marshall L. Rev.* 1993, 1 ss.; D.H. FEHDERAN, *Rule 11 And The Court's Inherent Power to Shift Attorney's Fees: An Analysis Of Their Competing Objectives And Applications*, in 33 *Santa Clara L. Rev.* 1993, 701 ss.; A. M. POLINSKY, *Rubinfeld, Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis*, in 83 *Geo. L.J.* 1993, 397 ss.

²⁶ Per il testo della norma v. appendice *infra*, nota 49; sul punto, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 100 ss. (nn. 77-78).

²⁷ Si rinvia alle indicazioni, anche di carattere bibliografico, in A. DONDI, *op. loc. ult. cit.*

Nel suo primo decennio di applicazione, la *Rule 11* ha subito critiche anche molto aspre da parte di una porzione del mondo accademico. Critiche per lo più fondate sull'attribuzione alla norma di un intento terroristico nei confronti della professione legale, e anche più in generale di un '*chilling effect*' brutalmente deflazionistico nei confronti delle nuove controversie²⁸. Permane tuttavia maggioritaria la posizione di coloro che – in dottrina e in giurisprudenza – ritengono globalmente positivo l'impatto di tale norma; sia sul piano del serio incentivo fornito ad una qualificazione effettiva della professionalità dell'avvocato come difensore in controversie civili, sia per i benefici effetti in termini di riduzione del carico di lavoro e del livello di intasamento della macchina giudiziaria, sia infine – ma non ultima in ordine di importanza – in ragione della rivitalizzazione in tal modo realizzata di una concezione etica del processo e delle attività dei soggetti che, e in primo luogo gli avvocati, in questo contesto si trovano a operare²⁹.

4. Ultima evoluzione del problema: nel *Civil Justice Reform Act* del 1990 e negli emendamenti del 1993 alle *Federal Rules of Civil Procedure*

L'influenza sull'intero modello di giustizia delle scelte adottate con la riforma nel 1983 della *Federal Rule 11* costituisce un evento essenziale per spiegare l'indirizzo dell'evoluzione in atto nell'ordinamento statunitense. Si è già accennato al fatto che essa ha segnato tale evoluzione sotto un profilo attecnicamente definibile di *legal ethics* o, più propriamente, di *law of lawyering*, come etica della difesa in giudizio³⁰. All'incirca nell'ultimo decennio, in tale ordinamento si è infatti ulteriormente stretto il collegamento fra una visione in termini etici delle attività dei soggetti del processo e la relativa nozione di *abuse of civil proceedings*. Se negli ultimi anni sembra si sia pervenuti a configurare una non generica piattaforma concettuale per affrontare le questioni del processo nell'ottica di questa combinatoria, si può affermare che l'occasione sia stata in larga parte rappresentata dalle scelte contenute nella 'nuova' *rule 11*, e dalla sua applicazione in giurisprudenza.

A caratterizzare tale applicazione è stata la linea drasticamente sanzionatoria finora prevalsa presso le corti federali, senza rilevanti eccezioni specie dopo i primi anni dall'entrata in

²⁸ Oltre alle *opp. cit. infra*, sul punto di un effetto drasticamente dissuasivo di attività di difesa (ossia, di introduzione della controversia) non sufficientemente fondate, organicamente elaborate da parte del difensore, possibilmente derivante dalla applicazione della disciplina della *FR 11* – '*chilling*' in quanto tale da raffreddare e impedire concretamente lo svolgimento dell'attività professionale alle fasce della professione legale meno attrezzate dal punto di vista culturale e dell'organizzazione interna delle *firms* ad affrontare l'opera di elaborazione e di fondazione dell'atto introduttivo richiesto dalla *rule* –, cfr., di recente, *Developments in The Law – Lawyers' Responsibilities and Lawyers' Responses*, in 107 *Harv. L. Rev.* 1994, 1642 ss.; C.W. TOBIAS, *Civil Rights Plaintiffs and The Proposed Revision of Rule 11*, in 77 *Iowa L. Rev.* 1992, spec. 1776 ss. (ove il problema del «*chilling effect*» della *Rule 11* viene considerato sotto il profilo dell'effetto deterrente esercitato sulla gestione della difesa in tale tipo di controversie, con la concreta esclusione di molti studi legali da tale attività per ragioni di «*competency*»); sul punto, con ampiezza e di recente, v. inoltre ancora G.M. VAIRO, *op. cit.*, 2-20 ss.; S.B. BURBANK, *op. cit.*, 84 ss.

²⁹ Fra le indicazioni alle nn. precedenti, sul punto cfr. in particolare R. DESSEN, *op. cit.*, 148 ss., 167 ss.; A. DONDI, *Introduzione*, cit., 100 ss.

³⁰ Fra le indicazioni *supra* in nota, sul punto cfr., ad es., ancora, A. DONDI, *Introduzione*, cit., 97 ss.; inoltre, v. *Developments in The Law – Lawyers' Responsibilities*, cit., 1634 ss.

vigore della versione novellata della *rule* 11. Si è anche già accennato al fatto che la tendenza a non tenere conto del «*subjective intent*» ma meramente del carattere «*objectively baseless*» della pretesa o della risposta, per quanto sottoposta a critiche in ragione della sua supposta eccessiva rigidità, ha tuttavia ottenuto il favore della grande maggioranza della dottrina, anche per via del suo effetto deterrente sulla realizzazione di pratiche abusive del processo³¹.

Nell'evoluzione complessivamente compiuta dal diritto processuale civile statunitense durante l'ultimo decennio il ruolo della *Federal Rule* 11 sembra potersi sintetizzare in quella *philosophy* di incentivazione di comportamenti non abusivi che ispira gli *amendments* del 1983, al di là e indipendentemente anche dalle più recenti revisioni subite dalla norma³². Da ciò è derivata una influenza molto rilevante e pervasiva sul modo di pensare la riforma del processo civile che si è venuto manifestando nei primi anni del decennio '90.

Lo conferma la circostanza che appare ormai pienamente acquisito alla cultura processualciviltistica statunitense il collegamento – più sopra segnalato un *proprium* delle scelte alla base della revisione del 1983 della *rule* 11 – fra l'osservanza di criteri di buon comportamento processuale (di 'buona difesa', come elaborazione di pretese *meritorious*) e il funzionamento tendenzialmente efficiente del processo nella prospettiva della realizzazione rapida di obiettivi di effettiva giustizia. È in forza di tale collegamento che si è proceduto in questi ultimi anni a una revisione ampia e articolata della disciplina del processo civile federale, attraverso il *Civil Justice Reform Act* del 1990 e gli *amendments* alle *Federal Rules* del 1993³³.

Si è trattato, nei due casi, di interventi di ampio respiro anche sotto un profilo culturale, dal momento che in essi si è realizzato il pieno accoglimento di una visione integrata dei problemi della giustizia civile. Una visione alla base della quale si pone la riconosciuta complessità – in termini di multiformità, di necessaria interdisciplinarietà e di interrelazione reciproca – delle relative problematiche; e dalla quale discende una prospettiva di riforma profondamente differente dai precedenti modi di guardare alla trasformazione della disciplina del processo. Al contempo concettualmente fondato ed eminentemente

³¹ Così, spec. per un'illustrazione di quest'approccio giurisprudenziale e dei suoi più recenti assestamenti, cfr. T. KOLLN, *Rule 11 and the Policing Access to the Courts after Professional Estate Investors*, in 61 *U. Chi. L. Rev.* 1994, 1038 ss.

³² Occorre dire che tale impostazione di fondo della *FR* 11 non è stata sostanzialmente modificata anche dalle trasformazioni nel senso di una relativa riduzione dell'effetto coercitivo che la norma ha pure subito nell'ambito degli *amendments* alle *Federal Rules* del 1993 (a proposito dei quali v. *infra* in testo e nn.). Si tratta invero di modifiche che hanno esclusivamente riguardato [*FR* II (c)(1)B; (c)(2)B] il carattere non automatico e immediato della sanzione, imponendo che la sua irrogazione sia ora preceduta da «*notice and reasonable opportunity to respond*» da parte del difensore, nonché da una sintetica motivazione; sul punto, cfr., ad es., *Developments – Lawyers' Responsibilities*, cit., 1648-1651; T. KOLLN, *op. cit.*, 1057 ss.; K.A. STOTT, *Proposed Amendments to Federal Rule of Civil Procedure II: New but not Necessarily Improved*, in 21 *Fla. St. U.L. Rev.* 1993, III ss.; M. DILLER, *The Impact of the 1993 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure on Legal Services Practice in Federal Courts*, in 28 *Clearinghouse Rev.*, 1994, 138-139 (ove si sottolinea come, nonostante l'intento di «*temper harsh results*» dell'applicazione tendenzialmente sanzionatoria della *Rule* – i nuovi emendamenti non modifichino lo standard di valutazione di *frivolousness* basato non sull'atteggiamento soggettivo ma sull'oggettiva inadeguatezza – in termini di *meritoriousness* – del contenuto dell'atto introduttivo).

³³ Al riguardo, fra le molte possibili indicazioni, cfr. gli interventi al «*Symposium*» *Reinventing civil litigation: evaluating proposals for change*, in 59 *Brooklyn L. Rev.* 1993 (n. 3).

pratico, si tratta di un approccio che, per un verso, segna la ‘fine della modernità’ di una visione unitaria del processo civile in termini di univocità della normativa processuale, e, per altro verso, afferma la necessità di individuare un nuovo ridottissimo catalogo delle direttive di base da seguire nella ristrutturazione della macchina della giustizia civile.

È all’idea di una ristrutturazione come adeguamento, piuttosto che a quella di una rifondazione complessiva e sistematica, che si ispira in particolare il *Civil Justice Reform Act* del ’90. All’interno di una prospettiva come questa appaiono del tutto coerenti soluzioni, come il tendenziale adeguamento del tipo di procedimento alle caratteristiche delle diverse controversie, che effettivamente rompono lo schema a procedimento unico per tutte le controversie accolte – con l’eccezione parziale delle *class actions* – nelle *Federal Rules* del 1938³⁴.

Costituisce un significativo esempio di questa visione e una chiara manifestazione della crescente politicizzazione – intesa come riconosciuta complessità di connessioni e necessaria pluralità di fonti di intervento³⁵ – dei problemi della giustizia nell’ordinamento statunitense l’adozione di alcune specifiche direttive di riforma. Fra di esse sono da segnalare: l’obbligatoria programmazione da parte del giudice delle modalità di raccolta del materiale probatorio tramite l’individuazione rapida dei mezzi di prova effettivamente necessaria alla definizione della controversia, nonché il loro immediato scambio reciproco fra le parti (*mandatory discovery conferences*); la previsione da parte del giudice di precise scansioni temporali per la progressiva definizione delle varie questioni; l’obbligo del giudice di fissare entro un termine perentorio, generalmente non superiore a 45 giorni, l’udienza di trattazione; infine, la previsione di specifici *trainings*, per fornire ai giudici una visione manageriale e dell’organizzazione del proprio carico di lavoro complessivo e della gestione delle singole controversie³⁶.

Se si considera il tipo di intervento programmato nel *Civil Justice Reform Act*, attraverso la predisposizione a livello nazionale di *plans* ispirati all’incirca a tali direttive per la gestione della propria attività da parte delle corti federali, è agevole coglierne l’incidenza anche con riguardo al problema dell’abuso. Nel complesso, le direttive indicate appaiono infatti configurare un quadro di soluzioni inconciliabili con forme di utilizzazione abusiva del meccanismo processuale da parte degli avvocati. Sembra anzi possibile aggiungere che ciò non costituisce una mera coincidenza, e che nell’ordinamento statunitense, con o senza esplicito riferimento, la riforma del processo è, specie negli ultimi due decenni, praticamente coincisa con le modalità di reazione al problema dell’*abuse*, all’interno di una sempre più chiara coscienza della necessaria pluralità e varietà delle soluzioni apprestabili³⁷.

³⁴ Sul punto v., ad es., L.S. MULLENIX, *The Counter-Reformation in Procedural Justice*, in 77 *Minn. L. Rev.* 1992, spec. 379 ss.; J.B. WEINSTEIN, *Procedural Reform as Surrogate for Substantive Law Revision*, in 59 *Brooklyn L. Rev.* 1993, 832-834; R.L. MARCUS, *Of Babies and Bathwater: the Prospects for Procedural Progress*, ivi, spec. 782 ss. e indicazioni in n. 91.

³⁵ Su questo aspetto cfr. ancora R.L. MARCUS, *op. cit.*, 801 ss.

³⁶ Fra i molti, per un’analitica illustrazione di questo indirizzo di riforma, con riferimento al C.J.R.A. (v. n. 30 *supra*), cfr. E.D. CAVANAGH, *The Civil Justice Reform Act of 1990 and the Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: Can Systemic Ills Afflicting the Federal Courts Be Remedied by Local Rules?*, in 67 *St. John’s L. Rev.* 1993, 721 ss., spec. 723 ss.; L.S. MULLENIX, *Flope over Experience: Mandatory Informal Discovery and the Politics of Rulemaking*, in 69 *N.C.L. Rev.* 1991, 797 ss.

³⁷ Sul punto, oltre alle indicazioni alle nn. *supra*, J.W. STEMPEL, *Cultural Literacy and the Adversary System: the Enduring Problems of Distrust, Misunderstanding, and Narrow Perspective*, in 27 *Val. U.L.*

Si può qui solo segnalare che, anche su versanti ulteriori a quello propriamente processuale (si pensi al vasto ambito disciplinare e di elaborazione teorica corrispondente all'etica professionale dell'avvocato, *legal ethics*), il segno della riforma risiede ormai essenzialmente nella tendenza a strutturare forme articolate e compiute di reazione all'*abuse of civil proceedings*³⁸.

Rimanendo sul piano del rinnovamento della normativa federale e del relativo dibattito, questa tendenza trova del resto una vigorosa conferma negli emendamenti adottati nel 1993 alle *Federal Rules of Civil Procedure*³⁹. Così sembra senz'altro essere per le innovazioni concernenti la disciplina del *discovery*. In effetti, le nuove disposizioni ridefiniscono la stessa logica di funzionamento del meccanismo, tradizionalmente finalizzato alla raccolta del materiale probatorio attraverso lo scambio fra le parti di reciproche *discovery requests*. Le modifiche introdotte realizzano infatti una compressione rilevante del carattere intimamente dispositivo (*adversarial*) della normativa originale delle *Federal Rules* dalla 16 alla 37, e in tal modo giungono a configurare modelli di comportamento processuale non abusivo da parte dei difensori nella fase di raccolta del materiale probatorio.

È quanto in particolare sembrano essersi proposti gli autori della riforma del '93 attraverso la previsione della cosiddetta «*mandatory discovery*» (più o meno letteralmente, una sorta di esibizione obbligatoria), nella nuova versione della *Federal Rule* 26⁴⁰. All'interno di una logica ispirata ad un del tutto nuovo dovere di esibizione preventiva (*duty of disclosure*) viene infatti fatto obbligo alle parti – ossia, ai loro avvocati – di mettere a disposizione della

Rev. 1993, spec. 331 ss.; più in generale, sul diverso approccio da adottare a fronte delle nuove necessità poste dalla gestione di controversie civili sempre più diversificate e complesse, cfr. J.B. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in 88 *N.W.L. Rev.* 1994, 469 ss.; sulla nozione di complessità delle controversie civili e sui problemi posti sul versante della loro gestione processuale cfr. anche L. KAPLOW, *The Value of Accuracy in Adjudication*, in 23 *J. Legal Stud.* 1994, spec. 326 ss.

³⁸ Si vedano ancora le considerazioni di J.B. WEINSTEIN, *op. cit.*, 485 ss.; sui problemi del «*legal ethics*» e la loro connessione con quelli del funzionamento del processo civile v. inoltre D.L. RHODE, *Institutionalizing Ethics*, cit., 704 ss. (sulle sanzioni nei confronti degli abusi del processo), 707 ss.; D.L. RHODE, D. LUBAN, *Legal Ethics*, Westbury-New York 1992, 3 ss.; inoltre v. anche G.C. HAZARD, D.L. RHODE, *The Legal Profession: Responsibility and Regulation*³, Westbury-New York 1994, *passim*; per un'indagine che, infine, mette in luce la connessione fra il promuovimento di una logica di *competency* della difesa e la lotta all'abuso del processo – all'interno cfr. I.D. MILLER, *Preventing Misconduct by Promoting the Ethics of Attorneys' Supervisory Duties*, in 70 *Notre Dame L. Rev.* 1994, spec. 267, 282.

³⁹ Riguardo all'*enactment* della nuova riforma delle *Federal Rules* e al rilievo che in quest'ambito assumono le disposizioni concernenti il *discovery*, cfr., fra gli altri soprattutto, D.D. SIEGEL, *The Recent (dec. 1, 1993) Changes in the Federal Rules of Civil Procedure: Background, the Question of Retroactivity, and a Word About Mandatory Disclosure*, in 151 *F.R.D.* 1993, 147 ss.

⁴⁰ Sul punto, cfr., in particolare, V.E. HENCH, *Mandatory Disclosure and Equal Access to Justice: the 1993 Federal Discovery Rules Amendments and the Just, Speed and Inexpensive Determination of Every Action*, in 67 *Temple L.J.* 1994, spec. 195 ss., 217 ss., 229-238 ss.; inoltre, ad es., A.Y. SHIELDS, *The Utility of Disclosure as a Reform to the Pretrial Discovery Process*, in 67 *St. John's L. Rev.* 1993, 914-915; G.G. MACDONALD, *Hesiod, Agesilaus and Rule 26: a Proposal for a More Effective Mandatory Initial Disclosure Procedure*, in 28 *Wake Forrest L. Rev.* 1993, 819 ss.; al riguardo v. anche M. DILLER, *op. cit.*, spec. 135 ss.; J.R. MACEY, *Judicial Preferences, Public Choices, and the Rules of Procedure*, in XXIII *J. Legal Stud.* 1994, spec. 635 ss.; J.J. MAYER, *Prescribing Cooperation: the Mandatory Pretrial Disclosure Requirement of Procedural Rules 26 and 37 of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 12 *Rev. Litigation* 1992, 85 ss.

parte avversaria tutta una serie di informazioni anche molto rilevanti e specifiche (come la valutazione tecnica dei danni richiesti, o l'indicazione dei soggetti che si intenderanno utilizzare come *expert witness* nel corso di un eventuale futuro *trial*). E ciò, pure in assenza di un'espressa richiesta di controparte o di un previo ordine del giudice; giudice al quale ultimo spetta peraltro – secondo la disciplina novellata – un articolato potere di supervisione sull'effettiva realizzazione di tale attività di *disclosure* preventiva ad opera delle parti⁴¹.

Un'analoga prospettiva di riforma si manifesta anche nella previsione di forti limitazioni alle attività di *discovery*, del resto su di una linea di intervento ormai caratteristica di tutti gli emendamenti succedutisi al riguardo negli ultimi vent'anni⁴². Si giunge, in effetti, a restringere notevolmente l'oggetto delle richieste formulabili da parte degli avvocati; con una scelta nella quale è evidente l'intento di incidere su stili difensivi che – come si è detto – sono giunti a caratterizzarsi come abusivi del processo proprio attraverso un'utilizzazione estrema, debordante delle possibilità offerte dal meccanismo di *discovery* (il cosiddetto *overdiscovery*), a scapito di una gestione rapida ed efficiente di tale meccanismo⁴³. Un'ulteriore manifestazione dell'adozione di tale logica la riduzione nella nuova versione della *Federal Rule 33* del numero degli *interrogatories*, ossia della serie di domande formulate per iscritto alla controparte con richieste di risposte pure scritte; ove l'intento chiaro è di contrastare la già segnalata tendenza risalente al loro uso sovrabbondante e quindi intrinsecamente abusivo⁴⁴.

Il rapido quadro delle soluzioni adottate consente a questo punto qualche considerazione conclusiva sullo stato dell'evoluzione del problema dell'abuso nel processo civile statunitense. In particolare, sembra da ribadire come il carattere centrale del problema consista nella sua aspecificità, nel suo costituire cioè una questione generalmente pervasiva dei problemi di funzionamento del processo, anche in quanto riferimento obbligato per le riforme da realizzare in quest'area. Si è già detto – e risulta confermato dall'evoluzione illustrata – come ciò assuma un carattere del tutto particolare in tale ordinamento, tanto da costituire un elemento inscindibilmente connesso alla concezione del processo civile

⁴¹ Si rinvia alla n. che precede per i richiami concernenti il *discovery*. Riguardo al problema dell'*expert testimony* sia nel particolare tipo di controversie, peraltro ormai vastissimo, di «*legal malpractice*» sia come esempio di utilizzazione di mezzi di prova agevolmente abusabili sia infine come prospettiva dalla quale prendere in considerazione le modalità di abuso del processo realizzabili nell'esercizio dell'attività di difesa da parte degli avvocati, cfr. di recente W. BREWER, *Expert Testimony in Legal Malpractice Cases*, in *S.C.L. Rev.* 1994, spec. 748 ss., 766 ss. Infine, sulla combattuta questione della riforma del *discovery* negli *amendments* del '93 e sul ruolo del giudice in questa fase v. ancora le considerazioni in J. W. STEMPER, *op. cit.*, 232 ss.; 342-353.

⁴² Con riferimento a tale evoluzione, nella letteratura disponibile in Italia, cfr. A. DONDI, *Effettività*, cit., 202 ss., 236 ss. (con riferimento rispettivamente alle riforme del '70 e dell'83).

⁴³ Per un'illustrazione e un'ampia discussione di questo genere di problemi alla luce della nuova riforma del *discovery* con accenti per lo più meno critici sulla bontà delle scelte adottate dal legislatore del '93 rispetto alle valutazioni contenute nei saggi cit. *supra* (cfr., ad es., L. S. MULLENIX, *op. ult. cit.*), cfr.: G.D. BELL, *Discussion of Automatic Disclosure in Discovery – the Rush to Reform*, in 27 *Ga. L. Rev.* 1992, 1 ss.; W.W. SCHWARZER, *In Defense of «Automatic Disclosure in Discovery»*, ivi, 655 ss.; J.C. KOSKY, *From Hide and Seek to Show and Tell: Evidentiary Disclosure*, in 17 *Am. J. Trial Advoc.*, 1993, 497 ss.; ID., *Mandatory Disclosure*, in 80 *A.B.A.J.* 1994, 85 ss.

⁴⁴ Si rinvia in proposito alle indicazioni in D.D. SIEGEL, *op. loc. cit.*

come studio dei comportamenti realizzabili in questo contesto dai difensori di parte⁴⁵. Una centralità, quella della figura dell'avvocato, che – come si è visto – non ha tuttavia impedito il realizzarsi di un'evoluzione segnata dalla tendenza a delimitare incisivamente l'area delle libertà concernenti il comportamento processuale del difensore⁴⁶.

In un modello ispirato ad una radicata concezione dispositiva del processo civile, in termini di *party presentation*, sono varie le spiegazioni che si possono suggerire per questa evoluzione. Nella prospettiva dell'abuso, una probabile spiegazione di ciò potrebbe coincidere con il richiamo alle nozioni di professionalità di efficienza della difesa, e alla loro concezione come elementi essenziali attraverso i quali perseguire obiettivi di effettività e di funzionalità del meccanismo-giustizia. Da ciò il promovimento di tali elementi in contrapposizione al fenomeno, evidentemente opposto, dell'utilizzazione del processo per finalità abusive in quanto diverse da quelle della cooperazione alla rapida e giusta definizione della controversia⁴⁷.

La presenza nell'ordinamento statunitense di questa come una 'cultura', sostanzialmente coerente con quella sulla base della quale si è in questo secondo realizzata una struttura normativa tanto imponente in materia di processo civile come le *Federal Rules*, appare anche più rilevante del pur significativo bagaglio delle soluzioni tecniche apprestate per contrastare il fenomeno dell'*abuse of civil proceedings*. Pur senza passare attraverso il percorso – comunque impercorribile – dell'attribuzione di una centralità altrettanto rilevante alla figura dell'avvocato, questa prospettiva di considerazione dei problemi del processo non sembra più a lungo trascurabile anche da noi⁴⁸. In quanto si intendano apprestare efficaci e articolate modalità di reazione al fenomeno dell'abuso del processo, sembra infatti oggi inevitabile uno spostamento di attenzione verso la circostanza che l'individuazione delle manifestazioni di tale fenomeno dovrebbe per converso necessariamente connettersi all'individuazione di modelli professionalmente qualificati – e pertanto non abusivi – di difesa in giudizio⁴⁹.

⁴⁵ Come esempio di questo approccio v. J.E. IOLE, J.D. GOETZ, *Ethics or Procedure? A Discovery Based Approach to Ex Parte Contacts with Former Employees of a Corporate Adversary*, in 68 *Notre Dame L. Rev.* 1992, spec. 91 ss.; ma soprattutto, in una prospettiva globale di ripensamento della cultura del processo (e, in coordinazione, dell'etica professionale), cfr. J.B. WEINSTEIN, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶ Per tutti, di recente e in stretto riferimento ai problemi qui trattati, v. J.W. STEMPER, *op. cit.*, 315 ss.

⁴⁷ Per nozioni evolute di *abuse*, anche se non del tutto analoghe a quella statunitense, ad es., v. J.A. JOLOWICZ, *Abuse of The Process of The Courts: Handle with Care*, in 43 *Current Legal Probl.*, 1990, 79 ss., 84 ss.; S. GINOSAR, *Abuse of Process*, in 17 *Israel L. Rev.* 1982, 412 ss., 453 ss.

⁴⁸ Come esempio del rapporto di stretto collegamento, ormai ampiamente acquisito, fra questi problemi etico-processuali e la mozione di professionalità dell'avvocato statunitense cfr. L. PATTERSON, *The Fundamentals of Professionalism*, cit., spec. 714 ss., 720 ss.

⁴⁹ Ci sembra utile riportare qui il testo integrale aggiornato della Rule 11.

Rule 11. Signing of Pleadings, Motions, and Other Papers; Representations to Court; Sanctions
(a) *Signature.* — Every pleading, written motion, and Other paper shall be signed by at least one attorney of record in the attorney's individual name, or, if the party is not represented by an attorney, shall be signed by the party. Each paper shall state the signer's address and telephone number, if any. Except when otherwise specifically provided by rule or statute, pleadings need not be verified or accompanied by affidavit. An unsigned paper shall be stricken unless omission of the signature is corrected after being called to the attention of the attorney or Party.

(b) Representation to Court. – By presenting to the court (whether by signing, filing, submitting, or later advocating) a pleading, written motion, or other paper, an attorney or unrepresented party is certifying that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances.

(1) it is not being presented for any improper purpose, such as to harass or to cause unnecessary delay or needless increase in the cost of litigation;

(2) the claims, defenses, and other legal contentions therein are warranted by existing law or by a non frivolous argument for the extension, modification, or reversal of existing law or the establishment of new law;

(3) the allegations and other factual contentions have evidentiary support if specifically so identified, are likely to have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and

(4) the denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on a lack of information or belief

(c) Sanctions. – If, after notice and a reasonable opportunity to respond, the court determines that subdivision (b) has been violated, the court may, subject to the conditions stated below, impose an appropriate sanction upon the attorneys, law firms, or parties that have violated subdivision (b) or are responsible for the violation.

(1) How Initiated.

(A) By Motion. A motion for sanctions under this rule shall be made separately from other motions or requests and shall describe the specific conduct alleged to violate subdivision (b). It shall be served as provided in Rule 5, but shall not be filed with or presented to the court unless, within 21 days after service of the motion (or such other period as the court may prescribe), the challenged paper, claim, defense, contention, allegation, or denial is not withdrawn or appropriately corrected. If warranted, the court may award to the party prevailing on the motion the reasonable expenses and attorney's fees incurred in presenting or opposing the motion. Absent exceptional circumstances, a law firm shall be held jointly responsible for violations committed by its partners, associates, and employees.

(B) On Court's Initiative. On its own initiative, the court may enter an order describing the specific conduct that appears to violate subdivision (b) with respect thereto.

(2) Nature of Sanction; Limitations. A sanction imposed for violation of this rule shall be limited to what is sufficient to deter repetition of such conduct or comparable conduct by others similarly situated. Subject to the limitations in Subparagraphs (A) and (B), the sanction may consist of, or include, directives of a nonmonetary nature, an order to pay a penalty into court, or, if imposed on motion and warranted for effective deterrence, an order directing payment to the movant of some or all of the reasonable attorneys' fees and other expenses incurred as a direct result of the violation.

(A) Monetary sanctions may not be awarded against a represented party for a violation of subdivision (b)(2).

(B) Monetary sanctions may not be awarded on the court's initiative unless the court issues its order to show cause before a voluntary dismissal or settlement of the claims made by or against the party which is, or whose attorneys are, to be sanctioned.

(3) Order. When imposing sanctions, the court shall describe the conduct determined to constitute a violation of this rule and explain the basis for the sanction imposed.

(d) Inapplicability to Discovery. — Subdivisions (a) through (c) of this rule do not apply to disclosures and discovery requests, responses, objections, and motions that are subject to the provisions of Rules 26 through 37.

4. MANIFESTAZIONI DELLA NOZIONE DI ABUSO DEL PROCESSO CIVILE*

SOMMARIO: 1. Aspetti della sua elaborazione presso la nostra cultura giuridica. – 2. Probabili indici di presenza in diritto positivo. – 3. Sua configurazione in altre discipline del processo civile. – 4. Qualche impressione conclusiva.

1. Aspetti della sua elaborazione presso la nostra cultura giuridica

Parlare compiutamente di una vera e propria nozione con riferimento all'espressione abuso nel contesto del processo civile – utilizzare cioè a questo riguardo l'espressione abuso del processo – appare in sé già problematico. Lo appare in ragione della circostanza che in tal modo si sembra inverso presupporre quanto non è allo stato pacificamente presupponibile, ossia l'esistenza diffusa e per così dire assestata di una simile nozione¹. Essa non sembra, in effetti, rientrare nel patrimonio della cultura italiana del processo. In particolare, tale accezione di abuso non pare avere finora trovato accoglimento in quella del processo civile². Una circostanza questa che segna uno scarto anche rispetto ai recenti segnali di pur molto cauta evoluzione che invece, in tale direzione, si sono manifestati nell'ambito del processo penale³.

A livello generale è del resto noto che, nella nostra cultura giuridica, l'espressione abuso di diritto ha avuto corso essenzialmente in ambito sostanzialistico, avendo comunque ricevuto seria attenzione quasi esclusivamente da parte della dottrina civilistica, in un determinato periodo in particolare. Per quanto anche in precedenza si registrino segnali ricorrenti di profonda attenzione al problema, è in effetti specialmente intorno alla metà degli anni '60 e l'inizio del decennio '70 che si colloca il momento di più vivo oltre che relativamente diffuso interesse per questo problema; momento il cui

* Questo scritto è stato pubblicato in *Il diritto privato 1997 – III L'abuso del diritto*, Padova 1998, 459-482.

¹ È noto come invece altrove, in ordinamenti di *common* come di *civil law*, tale problema risulti oggi ampiamente superato in senso positivo. Ciò non esclude, tuttavia, che anche in tali ambiti la questione continui a conservare aspetti di forte problematicità, di notevole ambiguità e non trascurabile indeterminatezza. Un complesso di circostanze alle quali verrà fatto riferimento anche in seguito, nel corso di questo lavoro; ma relativamente al quale possono fin d'ora suggerirsi riferimenti come, nella nostra letteratura, A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 787 ss.

² L'assoluta eccezionalità degli interventi in materia costituisce una conferma a questo riguardo, cfr. in particolare G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 582 ss.

³ Il riferimento è alla comparsa, alquanto ricorrente ormai, dell'espressione «abuso processuale» in decisioni – vertenti su fattispecie molto diversificate – della Corte Cost.; come la n. 353 del 1996, la n. 229 del 1997 e la 231 del 1997, In dottrina, v., ad es., V. GREVI, *Un'occasione perduta (forse solo rinviata) della Corte Costituzionale in tema di uso distorto della richiesta di rimessione del processo*, in XXXVI *Cass. pen.*, 1996, 454 ss.; Id. *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale* (visto in bozza per cortesia dell'Autore).

avvio viene ormai tradizionalmente fatto coincidere con un corposo saggio in tema ad opera di Pietro Rescigno⁴.

L'intento che trova realizzazione in questo periodo appare quello di teorizzare una nozione di abuso del diritto, nell'ottica di una sua sistemazione in categorie concettuali aperte a inquadramenti teorici non univoci ed esclusivi ma anzi diversificati e problematici. Coerentemente con questa prospettiva, viene sottoposto ad attenta analisi soprattutto il profilo dei rapporti fra diritto e società, con riferimento particolarmente alla sensibilità sociale diffusa rispetto all'uso improprio del diritto «nel senso generico di difformità... dalla ragione della tutela legislativa»⁵. La tendenziale adozione di una prospettiva metodologica non rigida, con rilevanti richiami comparatistici specie agli ordinamenti francese e tedesco, nonché la insistita attenzione per il dato diacronico concorrono poi a caratterizzare il tipo di approccio riservato in prevalenza a tale problema nel periodo sopraindicato⁶.

Nel merito, tale recupero e ripensamento della nozione di 'abuso del diritto' da parte della nostra dottrina iusciviltistica appare complessivamente segnato dal superamento del mero richiamo a nozioni come quella di *emulatio*, comunque da un processo di elaborazione di essa in una chiave non solo più articolata ma di fondamentale trasformazione, in quanto tendenzialmente non impacciata da schematizzazioni risalenti, come soprattutto il riferimento al dato soggettivo dell'intenzionalità di nuocere presente nella disciplina dell'art. 833 c.c.⁷. Coerentemente con quanto fin qui rilevato, un altro elemento comune ai vari interventi sul tema può inoltre farsi consistere nella tendenziale assenza di ambizioni ricostruttive di una figura generale, unica e onnicomprensiva, di abuso del diritto e, piuttosto, nella configurazione in via per lo più ipotetica di sue manifestazioni nella pratica del diritto⁸.

È stato messo in luce come ciò, se pure non derivi *tout court*, possa probabilmente connettersi all'assenza nel nostro diritto positivo di un richiamo espresso a tale nozione; in parziale analogia sul piano strettamente disciplinare, ma anche come si dirà con differenziazioni di fondo rispetto a quanto è avvenuto a livello di elaborazione dottrinale e nor-

⁴ Cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1965, 205 ss.; in precedenza, si veda in proposito, ad es., U. NATOLI, *Note preliminari a una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 26 ss.; un più risalente richiamo d'obbligo al riguardo è notoriamente rappresentato, nell' dottrina italiana, soprattutto da M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1923, 1054 ss., 209 ss., 417 ss.

⁵ Così espressamente P. RESCIGNO, *op. cit.*, 216; al riguardo, più in generale, si vedano anche i rilievi in S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni di proprietà*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica raccolti da Giovanni Tarello*, 1972, II, 439 ss.

⁶ Su questa linea di elaborazione, con peraltro autonome e originali prese posizione, cfr., ad es., F. RANIERI, *Exceptio temporis e replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale*, in *Riv. dir. civ.* 1971, I, 253 ss., spec., 276 ss., 292 ss.; Id., *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 1218 ss., 1232 ss.; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, ivi, 1971, 636 ss., 647, 658 ss.; inoltre i rilievi avanzati da S. ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano 1958, I, 167 ss.

⁷ Così, specificamente, v., ad es., C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1969, II, 602-608, 610 ss.; U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, ivi, 1973, II, 29 ss., 36.

⁸ Al riguardo si rinvia, ad es., a S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc., priv., sez. civ.*, Torino 1987, I, 4; A. GAMBARO, *nota a trib. Torino 13.6.1983*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, 821 ss., spec. 833.

mativa in un ordinamento e soprattutto in un ambito culturale tanto vicino come quello francese⁹. Indipendentemente dalle ragioni di una simile circostanza, da collocarsi ben al di là dei limiti di brevità della presente indagine, questo dato appare di non trascurabile rilievo per quanto qui interessa. Anche a esso, ossia essenzialmente all'assenza di adeguati supporti normativi in sede sostanziale, sembra in effetti da collegare un fenomeno di virtuale 'processualizzazione' della nozione di abuso del diritto al quale la dottrina civilistica perviene specie a partire dalla metà degli anni '60, pur nel contesto di una estrema diversificazione di sfumature al suo interno e, in ogni caso, senza un'esplicita e articolata teorizzazione al riguardo¹⁰.

2. Probabili indici di presenza in diritto positivo

a) Nel contesto di un progressivo superamento e denuncia dell'inadeguatezza della previsione dell'art. 833 c.c., ciò che a questo proposito sembra in effetti essersi realizzato è la diffusa individuazione nel settore della tutela dell'ambito di più propria manifestazione delle attività abusive del diritto. Hanno scarso rilievo per quanto qui interessa le ragioni alla base di questo trasferimento verso il momento della tutela giurisdizionale dei problemi di teorizzazione in sede sostanzialistica di una nozione di abuso del diritto. Appare tuttavia interessante almeno un aspetto di questa evoluzione. Si tratta dell'individuazione del nucleo essenziale minimo di una nozione di abuso del diritto nell'assenza comunque di una causa; circostanza configurabile come propriamente abusiva solo ove tale assenza giunga a configurarsi come un'attività di tutela priva di interesse processuale, quindi implicitamente non proporzionata rispetto a intenti di effettiva tutela di un diritto, e pertanto in tal senso abusiva¹¹.

Il carattere almeno singolare di una simile presa di posizione si esplicita al raffronto con lo stadio di elaborazione del problema in esame in ambito processualcivilistico. Si tratta di un'elaborazione alla cui estrema limitatezza si è già accennato. In effetti, se di rinvio implicito o esplicito alla sede processuale si può parlare a questo riguardo per buona parte delle elaborazioni di provenienza iuscivilistica, occorre subito dire che esso appare in ragione di ciò almeno affrettato per quanto concerne il nostro ordinamento.

⁹ Così, ad es., v. fra i molti S. PATTI, *op. cit.*, 2 ss.; per richiami a diverse soluzioni al riguardo presenti in altre normative oltre a quella francese, come quella greca o tedesca ad es., cfr. anche G.L. PELLIZZI, *voce* Exceptio doli (diritto civile), in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1960, spec. 1076, nn. 1, 2; al riguardo si vedano inoltre ancora i rilievi presenti in P. RESCIGNO, *op. cit.*, 220 ss., 244 ss.; M. ROTONDI, *op. cit.*, 314 ss.

¹⁰ Come esempi di tale approccio, v. C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1969, II, spec. 605-609; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1971, spec. 658 ss.

¹¹ In tale direzione, pur con diverse impostazioni, si possono indicare, a copertura di un ampio spazio temporale, ad es., U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 31, 35 ss.; ID., *La proprietà (lezioni)*, Milano 1963, 129; C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, cit., 608-610, 615 ss.; M. BESSONE, *«Proprietà egoista», abuso del diritto e poteri del giudice*, in ID., *Saggi di Diritto civile*, Milano 1979, 275, 282; A. GAMBARO, *op. cit.*, spec. 823; ID., *voce* Emulazione, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1991, VII, 442-443.

Si registra invero, con eccezioni peraltro del tutto isolate, una sorta di *vacuum* a questo specifico riguardo nel dibattito svoltosi nell'ultimo cinquantennio in sede processualistica¹².

Con sostanziale certezza si può affermare che in particolare da questo settore della nostra cultura giuridica non sono pervenuti segnali di interesse e attenzione effettivi nei confronti dell'elaborazione di una nozione di abuso caratterizzabile espressamente come 'abuso del processo'. Un dato questo che non sembra avere subito effettive trasformazioni neppure a seguito del verificarsi di circostanze che avrebbero ben potuto funzionare da stimolo e giustificazione in questo senso, come la riforma ancorché parziale della disciplina del processo civile realizzata all'inizio di questo decennio.

Del resto, anche quando, in via del tutto eccezionale, dottrina e giurisprudenza hanno inteso reagire prendendo finalmente posizione nei confronti dello scandaloso fenomeno della diffusa utilizzazione a fini palesemente ostruzionistici di meccanismi come in particolare l'istanza di regolamento di giurisdizione, non si è in realtà avviato al riguardo alcun effettivo dibattito inteso a elaborare tale nozione in una prospettiva di ampia articolazione e approfondimento¹³. Non ci si è insomma sostanzialmente spinti al di là appunto di sporadiche e del tutto inevitabili denunce di fenomeni tanto macroscopici da essersi nel tempo trasformati in imitazioni ormai pressoché folcloristiche di attività di difesa tecnica e ancor più di scelte di strategia processuale.

In generale, un dato sembra particolarmente manifesto: la mancata attenzione per un'autonoma caratterizzazione del procedimento civile, sotto il profilo della valutazione delle sue modalità di uso, come strumento variamente modulabile al di fuori dell'immediata e prevalente finalità assegnata dalla legge ai singoli atti¹⁴. Su questa linea, assumendo una prospettiva in qualche misura diacronica, appare al contempo sorprendente e significativo che un tale approccio non abbia ottenuto successo in particolare nell'ultimo trentennio; un periodo nel quale, accanto all'elaborazione accennata in sede sostanziale, si manifesta e viene comunque percepito come anomalo quel fenomeno di utilizzazione

¹² Costituisce al riguardo ancora un rinvio d'obbligo DE STEFANO, *op. loc. cit.*; di recente, per una generale discussione di questi problemi, cfr. V. PANUCCIO (ed.), *L'abuso del processo al lavoro (Atti del Convegno di Studi, Messina 28-29 ottobre 1994)*, Milano 1997, ove si segnalano, per un'anuria analisi delle questioni già accennate in materia di categorizzazione della nozione di «abuso di diritto» come «cattivo uso di poteri-doveri» spec. i rilievi di Panuccio (67 ss.) e, per cenni all'art. 96 c.p.c., quelli di Dell'Olio (103); ancor più di recente, a testimonianza di un forse rinato interesse in materia, si segnalano – per quanto letti ormai in fase di correzione delle bozze del presente lavoro – le interessanti osservazioni contenute in M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1998, spec. 204-212 e inoltre in G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 91 ss. (ove peraltro sono riprodotte considerazioni dello stesso A. nella monografia cit. *infra*).

¹³ Ci si intende riferire alle due decisioni rese dalla Cassazione nell'86 in tema di utilizzazione abusiva del regolamento di giurisdizione; al riguardo, cfr. C.M. BARONE, F. CIPRIANI, A. PIZZORUSSO, A. PROTO PISANI, *Regolamento di giurisdizione, deontologia forense e credibilità delle sezioni unite*, in *Foro it.* 1987, I, c. 57 ss.

¹⁴ In senso analogo – ove si ricorre alla contrapposizione «nulla» – «tutto», come caratteristica quest'ultima propria tradizionalmente della sentenza mentre per converso si vuole attribuire anche al momento propriamente procedimentale valore autonomo e dignità di rilievo nella considerazione degli effetti delle sue modalità di uso sui soggetti coinvolti – cfr. G. DE STEFANO, *op. cit.*, spec. 584.

estrema di alcuni specifici strumenti del processo che interessa soprattutto – ma sperabilmente non più, dopo la riforma nel '90 dell'art. 367¹⁵ – il regolamento di giurisdizione.

Le ragioni a fondamento di questa circostanza appaiono in prevalenza, anche se non esclusivamente, di ordine culturale. È in ogni caso a tale ambito che sembra inevitabile ricondurre quel dato di mancata o almeno scarsa sensibilità per il problema al quale si è fatto fin qui iteratamente cenno. Ciò, ovviamente, non rende agevole scandagliare il perché di un'assenza come questa, anche se consente di determinare almeno alcuni parametri di inquadramento. Riguardo al nostro ordinamento sembrano in particolare configurabili, per un verso, la mancata inclusione per tradizione risalente fra le questioni cruciali del processo civile delle modalità di esercizio della difesa tecnica in giudizio – con la virtuale e conseguente attribuzione di possibili connotazioni etiche all'esercizio di tali attività¹⁶ – nonché, per altro verso, la tendenza a risolvere il problema in questione riducendolo alle dimensioni dello scarso apparato della disciplina di diritto positivo.

b) Tali dimensioni appaiono in effetti almeno circoscritte, in quanto – come nella sostanza è tradizionalmente avvenuto – il referente normativo al riguardo venga esclusivamente rintracciato nella disciplina degli artt. 88, 92 e 96 c.p.c.¹⁷. Come noto, e del tutto eccezionalmente nel contesto della normativa del codice di rito, si tratta di norme concernenti aspetti del comportamento difensivo dell'avvocato; anche se le disposizioni in esse contenute non risultano direttamente riferite a tale soggetto sotto il profilo delle conseguenze e dell'aspetto sanzionatorio. Si tratta inoltre, altrettanto notoriamente, di norme non omogenee per via di collocazione e di finalità, non risultando la prima direttamente connessa alla disciplina dei criteri di ripartizione delle spese processuali invece propria delle altre due¹⁸.

In ogni caso, pur con questo iniziale limite di ordine strutturale, è con tali norme che nel codice del '42 viene per così dire definita l'area di un ipotetico collegamento fra etica e processo civile, con altrettanto ipoteticamente possibili riflessi sul piano dell'utilizzazione eventualmente abusiva del meccanismo processuale. Si tratta di una definizione che, per quanto concerne specialmente il dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88, è stata

¹⁵ Riguardo al senso di tale riforma intesa a ovviare, eliminando l'automaticità della sospensione, alle discrasie verificatesi nell'utilizzazione di tale istituto, v., ad es., C. CONSOLO, F.P. LUIO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 427 ss.

¹⁶ Sulla connessione fra questioni etico-professionali ed esercizio delle attività di difesa tecnica, specie e soprattutto nella fase introduttiva di una controversia, cfr., ad es., in prevalente prospettiva statunitense, A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – I, Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*.

¹⁷ Anche in prospettiva risalente occorre rilevare che analoga funzione, in prospettiva analoga, svolgeva la corrispondente normativa del c.p.c. 1865; cfr., ad es., L. RAMPONI, voce *Condanna (materia civile)*, in *Dig. it.*, Torino 1896, VIII, 565 ss.; CANFORA, voce *Spese processuali*, ivi, v. XXII, 355 ss.; per testo e commento all'art. 370 ss. in materia di spese del giudizio, v., ad es., C. MAGNI, *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Firenze 1880, v. I, 577 ss.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*⁴, Torino 1896, 187 ss.

¹⁸ Come anche in seguito si rileva, proprio la mancata ripetizione delle spese invero costituisce una conseguenza della violazione dei criteri di comportamento di cui all'art. 88 c.p.c., cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in F. CARPI, *Commentario breve al Codice di procedura civile – Complemento giurisprudenziale*, Padova 1996, 242 ss.

per certo realizzata «in maniera generica»¹⁹. Il carattere *pour cause* pressoché tautologico della previsione, congiunto all'assenza di un'esplicita determinazione e delle conseguenze negative, ossia di un apparato di sanzioni in caso di mancata ottemperanza, ne hanno casualmente suggerito la configurazione piuttosto come un invito che come una norma giuridica a tutti gli effetti²⁰.

Tale accezione sembra attagliarsi già al momento propriamente descrittivo della norma. Dal carattere del tutto aspecifico che in essa assume il ricorso a espressioni come «lealtà e probità», è invero agevole derivare la loro conseguentemente scarsa o nulla pregnanza sul piano tecnico-giuridico. Altrettanto agevolmente appare propria la loro caratterizzazione come vuoti stereotipi di un modello, peraltro del tutto indefinito e al più solo virtuale, di comportamento etico-professionale del difensore nel processo civile²¹.

L'assenza di misure sanzionatorie espressamente collegate a comportamenti non leali e non probi da parte dei difensori, nonché direttamente comminabili dal giudice, sembra del resto coerente con un'impostazione tanto generica del problema dell'etica della difesa in giudizio²². In effetti, che l'ambito dei comportamenti relativi a tale problema non sia stato percepito dal legislatore come specificamente sanzionabile a livello di normativa generale del processo civile appare confermato dalla circostanza che nel secondo comma dell'art. 88 si individui altrove l'autorità disciplinare competente, alla quale il giudice non potrà che «riferire» circa il comportamento riprovevole del difensore²³.

Nonostante tale assenza – o forse in ragione di essa – è proprio sul piano delle conseguenze che la disciplina del primo comma dell'art. 88 risulta strettamente collegata alle altre norme indicate. Ormai stabilmente dottrina e giurisprudenza hanno, infatti, connesso il mancato rispetto della pur vaga indicazione della norma alla disciplina eccezionale di non ripetibilità e responsabilità per le spese indipendentemente dalla soccombenza di cui al primo comma dell'art. 92 c.p.c.²⁴.

Intesa verosimilmente a rispondere anzitutto a una carenza sul versante disciplinare, questa circostanza realizza una sostanziale compenetrazione della disciplina in qualche modo concernente il problema dell'etica della difesa in giudizio da quella in materia

¹⁹ Cfr., ad es., anche per l'espressione virgolettata nel testo, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 1991, v. II, 281 ss. (e indicazioni alle nn. 1 e 2 ivi).

²⁰ Così, ad es., v. le indicazioni alla n. precedente (con espresso riferimento alle prese di posizione di E. REDENTI e S. SATTA).

²¹ In questo senso, per il rilievo dell'assenza di concreti referenti concettuali e disciplinari a tale riguardo cfr., ad es., S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano 1959, v. I, 292 ss.

²² Per, *a contrario*, l'attribuzione proprio a tale genericità – intesa come manifestazione di un «autonomo criterio di applicazione di regole giuridiche» – di un carattere qualificante il «contenuto precettivo» della disciplina dell'art. 88, tale da fondare – con il supporto delle logiche degli artt. 116 e 175 c.p.c. – la sanzione di cui all'art. 92, comma I, cfr. in particolare C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino 1973, I, 961-964; analogamente, v. anche F. MAZZARELLA, voce *Avvocato e procuratore (Diritto processuale)*, Roma 1988, II, 4-5.

²³ In questo senso, cfr., ad es., S. SATTA, *Commentario*, cit., loc. cit.

²⁴ Così, cfr., ad es., ancora le indicazioni in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 242-243; Id., *Commentario breve al Codice di procedura civile*³, Padova 1994, 196; ampiamente, sul punto, v. C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., loc. cit.; inoltre, di recente, cfr. anche R. VACCARELLA, G. VERDE, *Codice di procedura civile commentato*, Torino 1997, I, spec. 286.

di ripartizione delle spese. È nella prospettiva dei criteri applicabili in tale ambito che vengono, in effetti, anche ricondotte le questioni relative alla qualificazione del carattere proprio o improprio dell'attività difensiva nonché più generalmente dell'utilizzazione del processo. A questo riguardo assumono rilievo le disposizioni dell'art. 96 e, in particolare, dell'art. 92 c.p.c.²⁵.

È stato da tempo messo in luce che essenzialmente in quest'ultima norma, o meglio nella disposizione del suo primo comma, si sostanzia nel nostro ordinamento una pur minimale disciplina generale del fenomeno dell'utilizzazione abusiva del meccanismo processuale²⁶. Per converso, nonostante autorevoli prese di posizione in senso contrario, ciò sembra da escludersi con riguardo alla normativa dell'art. 96 in materia di responsabilità aggravata. E ciò in ragione sia del carattere rigidamente tipizzato delle fattispecie considerate in funzione di specifico *pendant* sul versante processuale dell'articolata nozione di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., sia delle notorie difficoltà di applicazione nonché di qualificazione (come sanzione privata o, piuttosto, come mera reintegrazione della diminuzione patrimoniale subita dalla parte vittoriosa) del tipo di conseguenza *ivi* prevista nella forma del risarcimento dei danni²⁷.

Due ulteriori elementi suggeriscono di qualificare preferibilmente la previsione nell'art. 96 come la specificazione estensiva di una pur ridottissima disciplina generale, invece contenuta in combinato negli artt. 88 e 92. Il primo di essi è rappresentato dalla sua riferibilità al solo soccombente; una delimitazione dell'ambito di applicabilità soggettiva della norma in sé esplicita *intentione legis* del suo carattere non generale o comunque non generalizzabile²⁸. Di maggior rilievo il secondo elemento, che concerne un aspetto cruciale della configurazione nel nostro ordinamento di conseguenze adeguate sul piano sanzionatorio rispetto all'utilizzazione impropria, abusiva nella prospettiva che qui si

²⁵ Sul punto cfr., ad es., F. ROTA in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve*, cit., p. 203 ss. (254 ss. del *Compendio giurisprudenziale*), R. VACCARELLA, G. VERDE, *op. cit.*, 701 ss.; per un richiamo ormai tradizionale in materia, v. inoltre A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, Milano 1962, spec. 238 ss., 295 ss.

²⁶ Cfr. al riguardo particolarmente i rilievi presenti in C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 964.

²⁷ Cfr., ad es., C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, 290-292 (ove peraltro le ipotesi tipiche dei due commi della norma – la temerarietà della lite e difetto di normale prudenza – vengono catalogate come manifestazioni di uno «stesso concetto di abuso del diritto di azione»). In prospettiva contigua a quella indicata nel testo v., ad es., C. CALVOSA, *La condanna al risarcimento per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1954, 393 ss.; per una presa di posizione opposta, e cioè intesa ad attribuire alla disposizione dell'art. 92 una possibile estensibilità al di là delle specifiche previsioni dei due commi e dell'analogia con l'art. 2043 c.c., quindi prospettandone la configurazione come la disciplina in tema di utilizzazione «ingiusta o irrituale» dello strumento processuale cfr. E. GRASSO, *Note sui danni da illecito processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1959, II, 271-274, 277 ss.; ID., *Individuazione delle fattispecie di illecito processuale e sufficienza della disciplina dell'art. 96 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, spec. 98 ss.; ID., *Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali*, in *Commentario Allorio*, cit., I, 2, spec. 1034-1035; in analoga prospettiva, di recente, v. anche cenni in G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano 1998, 245; infine, per una ricostruzione del relativo dibattito e per ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. inoltre G. BONGIORNO, *La responsabilità delle parti per le spese nel processo* (voce *Responsabilità aggravata*), in *Enc. giur.*, Roma 1991, XXVI, 2 ss.

²⁸ Sul punto v., ad es., V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1954, I, 267.

adotta, dello strumento processuale; ossia il soggetto nei confronti del quale è indirizzata la sanzione, in ogni caso la conseguenza prevista.

Si tratta invero di un aspetto che vede collocate in analoga prospettiva le discipline degli artt. 92 e 96 c.p.c. Nei due casi è comunque la parte a subire le conseguenze dei comportamenti difensivi descritti, e non il difensore direttamente. A questo riguardo, è inevitabile constatare come costituisca una caratteristica comune delle due norme la mancata menzione dell'avvocato, del suo ruolo e delle sue conseguenti responsabilità. Una circostanza che appare significativa di un'impostazione compattamente omogenea nel senso di considerare in maniera indistinta le due figure del cliente e del difensore; e ciò nel contesto di una normativa che – specie con riferimento al primo comma dell'art. 92 – collega la previsione di conseguenze negative in termini di «onere delle spese» alle modalità della difesa, alle relative scelte di ordine tattico e strategico, anche nei confronti della parte vittoriosa²⁹.

In effetti, pur in assenza di un'estesa e approfondita elaborazione al riguardo, occorre rilevare che anche presso la nostra cultura per tradizione ormai risalente è – come più oltre si accennerà – nell'esercizio di attività spettanti propriamente al difensore che si sono configurate ipotesi di abuso nella pratica del processo³⁰. Nonostante questo accostamento a fenomeni di esercizio genericamente catalogabili come impropri dell'attività di difesa tecnica, accade tuttavia altrettanto tradizionalmente che non si sia individuato nel difensore il referente della disciplina in qualche modo concernente tali fenomeni.

Non è certo questa la sede per un'analitica verifica delle ragioni di una simile circostanza nel contesto del nostro ordinamento processuale e della nostra cultura giuridica. Sembra qui sufficiente rilevare come, per contro, da una ricognizione pur molto rapida e inevitabilmente circoscritta, proprio questo risulti l'elemento caratterizzante l'assetto disciplinare presente al riguardo in altri modelli di processo civile, notoriamente molto evoluti.

3. Sua configurazione in altre discipline del processo civile

Questa prospettiva appare in effetti particolarmente presente in un ordinamento come quello statunitense, nel quale il problema dell'abuso ha da tempo, ma specialmente a partire dagli ultimi due decenni, assunto rilievo ormai centrale nell'ambito del dibattito sulla riforma del processo civile, soprattutto a livello di normativa federale³¹.

a. Anche presso di noi risulta ampiamente noto che nell'ambito della cultura giuridica nordamericana è in generale profondamente radicata l'assunzione di una 'prospettiva dell'avvocato' in ordine ad ogni questione attinente al diritto, e ovviamente al processo

²⁹ Cfr., ad es., C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*⁹, Torino 1997, I, 317-319; A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, cit., 240 ss.

³⁰ Cfr. G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*², Roma 1935, 381 ss.; P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.* 1950, 32, 35 ss.

³¹ Per un'analisi di questo approccio, delle relative soluzioni e problemi, nella dottrina italiana cfr. A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., loc. cit. (nonché le indicazioni bibliografiche in n.1); ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1991, spec. 83 ss., 91 ss.

civile in particolare³². Certo anche in ragione di ciò, e comunque del tutto all'interno di una concezione del diritto come ipoteticamente inscindibile dalla sua elaborazione e tutela in giudizio ad opera di un avvocato, trova la sua fondamentale giustificazione il diretto riferimento a questi della disciplina in tema di *abuse of civil proceedings*, nonché delle relative sanzioni³³.

Si tratta invero di una disciplina per così dire diffusa, all'interno sia della normativa delle *Federal Rules of Civil Procedure* sia delle discipline di etica professionale, e in particolare delle *Model Rules of Professional Conduct*³⁴. Sembra anzi corretto affermare che proprio nella reazione apprestata da tali norme nei confronti della gestione eventualmente abusiva delle attività di difesa tecnica si possa ravvisare ormai uno dei loro caratteri di fondo, oltre che un loro rilevante elemento comune. Come si è detto, questo tipo di 'coerenza interna' trova essenziale fondamento nella sanzione (o nei tipi di sanzione) del comportamento abusivo del processo realizzato dall'avvocato nell'esercizio della sua attività di difesa, e soprattutto nella circostanza che ciò avvenga direttamente nei confronti di tale soggetto.

Per ragioni di sintesi, si limiterà l'individuazione dei momenti nei quali tale approccio trova manifestazione nella normativa delle *Federal Rules of Civil Procedure* alle due ipotesi più significative, che si collocano all'interno della disciplina della fase introduttiva (*pleading*) e di quella concernente la raccolta e lo scambio reciproco fra le parti del materiale probatorio in fase di *pre trial (discovery)*³⁵.

È in particolare con riguardo al *discovery* che appare proprio il riferimento alla nozione di abuso, dal momento che il fenomeno dell'*'abuse of discovery'* ha da sempre rappresentato il problema cruciale del funzionamento di questo meccanismo; ossia fin dalla sua introduzione nel 1938 con la versione originaria delle *Federal Rules*³⁶. Occasionato in gran parte da una diffusa concezione liberale del *discovery* come *'broad discovery'*, tale da consentire tendenzialmente qualsiasi e comunque formulata richiesta di materiale probatorio nei confronti dell'avversario, il fenomeno dell'abuso giunge ben presto a straniare il funzionamento della *machinery of discovery* dalla sua finalità istituzionale di strumento di

³² In questo senso cfr., ad es., V. DENTI, *La giustizia civile – Lezioni introduttive*, Bologna 1989, 56 ss., 201 ss.; A. DONDI, *Introduzione*, in ID. (ed.), *Avvocatura e Giustizia negli Stati Uniti* Bologna 1993, 22 ss.; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1992, 130 ss.

³³ Nella dottrina italiana, v., ad es., A. DONDI, *Cultura dell'abuso*, cit., 797 ss.; ID., *Spunti in tema di legal ethics come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 261 ss.; nella dottrina statunitense in generale sul punto, cfr. JOSEPH, *Sanctions – The Federal Law of Litigation Abuse*², Charlottesville Va. 1994, spec. 106 ss.

³⁴ Per richiami anche di ordine bibliografico al riguardo cfr., ad es., A. DONDI, *opp. citt. ante*; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *op. cit.*, 30 ss.; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Digesto civ.*, Torino 1989, VI, 324 ss.

³⁵ Al riguardo, nella dottrina italiana, v. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim*, spec. 189 ss.; ID., *Introduzione della causa*, cit., spec. 123 ss.; ID., *Cultura dell'abuso*, cit., *loc. cit.*; M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ Al riguardo, cfr., ad es., A. DONDI, *Effettività*, cit., spec., 191 ss.; ID., *Introduzione della causa*, cit., 129 ss.; nella recente dottrina statunitense, v., spec. L.S. MULLENIX, *Discovery in Disarray: the Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfunded Rulemaking*, in 46 *Stan. L. Rev.* 1994, 1394 ss.

reciproca informazione fra le parti a strumento di minaccia, pressione nonché di dilazione estrema dei tempi della controversia³⁷.

La lunga e diffusa prevalenza nella pratica del processo di tali obbiettivi distorti trova del resto riflesso nell'ormai tradizionale tipizzazione almeno delle principali modalità di *abuse of discovery*, nella duplice prospettiva dell'*overuse* o dell'*avoidance* (*stonewalling*). Così è per la tecnica della richiesta di informazioni sovrabbondanti (*overdiscovery*) e, ad opera della parte che risponde, la correlativa presentazione di masse di documenti all'interno dei quali è reso arduo rinvenire quelli effettivamente utili alla difesa dell'avversario (*bulk discovery* o *hide and seek play*); la formulazione in maniera intenzionalmente vaga e imprecisa delle *discovery requests* (*fishing expeditions*); la mancata collaborazione attraverso l'opposizione di *negative defenses* fittiziamente fondate su impedimenti di ordine tecnico-processuale a collaborare alle richieste di controparte³⁸. A questo tradizionale catalogo gli emendamenti succedutisi specie nell'83 e nel '93 hanno poi aggiunto altre rilevanti categorie di possibile *abuse*, come soprattutto quelle previste dalla nuova versione della *rule* 26(f) e concernenti la mancata collaborazione alla strutturazione del programma delle attività di *discovery* (*discovery plan*) oltre che la mancata sottoscrizione delle istanze di *discovery* da parte dell'avvocato di cui alla *rule* 26(g), e la mancata realizzazione delle *automatic disclosures* disposte dalla *rule* 26(a)(1) e (2)³⁹.

Occorre subito aggiungere che, fin dall'origine, la normativa delle *Federal Rules* non mancava di strumenti di reazione a questo riguardo, come in particolare, le sanzioni previste nella *rule* 37 in caso sia di mancata collaborazione sia anche di gestione abusiva – sulla linea delle ipotesi ora illustrate – delle difese in questa fase. Concepita come sorta di norma di chiusura della disciplina del *civil discovery*, la *rule* 37 predispone in effetti un articolato spettro di sanzioni rivolte tanto nei confronti della parte quanto direttamente del difensore. Appartengono, ad esempio, alla prima categoria sanzioni-conseguenze come l'ipotesi che alla mancata collaborazione o corretta utilizzazione della *machinery of discovery* il giudice possa collegare il rigetto della pretesa (*striking out*)⁴⁰.

Di maggior rilievo per quanto qui interessa è che – del tutto discrezionalmente, nel senso sia di una irrogazione eventualmente cumulativa sia del ricorso a qualsiasi reazione intesa come «*appropriate sanction*», anche al di là dell'espressa indicazione della norma – il giudice possa rivolgere il suo potere sanzionatorio nei confronti dell'avvocato. Le misure previste dalla *rule* 37 sono di triplice natura, e corrispondono alla sottoposizione a un ordine di *contempt of court*, al pagamento delle spese di difesa sostenute dalla parte

³⁷ Cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 118 ss. (e le indicazioni in n. 9, per una iniziale bibliografia)

³⁸ V. ancora A. DONDI, *op. ult. cit.*, 120-133; ID., *Cultura dell'abuso* cit., 793 ss.; L.S. MULLENIX, *op. cit.*, 1412 ss.; e, con ampiezza, F. HARE, J.L. GILBERT, S.A. OLLANIK, *Full Disclosure-Combating Stonewalling and other Discovery Abuses*, Washington 1995, 73 ss., 117 ss.; R. DESSEN, *Pretrial Litigation*, St. Paul Minn. 1996, *passim*.

³⁹ Cfr. soprattutto G. JOSEPH, *Santions – The Federal Law of Litigation Abuse*, cit., 517 ss., 539 ss.; R. DESSEN, *op. cit.*, 203 ss.; F. HARE, J.L. GILBERT, S.A. OLLANIK, *op. cit.*, 60 ss.

⁴⁰ Al riguardo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, ancora A. DONDI, *Effettività*, cit., 175 ss.; ID., *Introduzione*, cit., 140 ss.; ID., *Cultura dell'abuso*, cit., 791 ss.; per il testo della *federal rule* 37, cfr. *Federal Rules of Civil Procedure (and Selected Other Procedural Provisions)*, Westbur-New York 1995, 85 ss.

avversaria in ragione delle attività abusive del *discovery*, fino all'avvio di procedimenti di espulsione dall'ordine (*disbarment*)⁴¹.

Anche più netta è l'impostazione sanzionatoria del comportamento difensivo, che si configuri come abuso del processo, nella *rule 11* delle *Federal Rules of Civil Procedure*⁴².

Relativa alle responsabilità derivanti per gli avvocati dalla loro sottoscrizione degli atti introduttivi di parte (ossia, essenzialmente dei *pleadings*), la norma disciplina in realtà l'impostazione eventualmente abusiva di una controversia civile sanzionandone fin dalla fase iniziale la presenza o l'assenza di alcuni caratteri minimi di fondatezza, quali: la *proper purpose*, la *non frivolousness*, la probabile esistenza di un *evidentiary support*, oltre che infine la non genericità delle allegazioni di fatto⁴³.

Emendata nel 1983 per funzionare come uno strumento di sanzione automatica – sulla base di un '*objective standard*' – del mancato controllo da parte del difensore della presenza di requisiti essenziali dell'atto introduttivo in fatto e in diritto, tale da rendere la pretesa *frivolous* e non *meritorious*, la norma ha rivelato un impatto coercitivo e sanzionatorio di tale severità da provocare (per il cosiddetto '*chilling effect*') una drastica deflazione nel ricorso alla risoluzione giudiziale delle controversie civili a livello federale⁴⁴. È nella prospettiva di un'attenuazione considerevole di tale impatto che nel 1993 la norma viene ulteriormente emendata, con lo specifico intento di sostituire all'*objective standard* e al carattere conseguentemente *mandatory* delle sanzioni la valutazione discrezionale del giudice circa la loro imposizione⁴⁵.

Nonostante la riduzione dell'effetto coercitivo della *rule 11* in tal modo realizzata, con una minore applicazione delle sue sanzioni rispetto alla loro peraltro abnorme utilizzazione nel decennio '80-'90, la presenza di un apparato sanzionatorio costituisce comunque anche in questo caso l'elemento qualificante tale norma come il principale strumento di reazione all'*abuse of civil proceedings* nella disciplina del processo civile a livello federale. Si tratta, in questo caso particolarmente, di sanzioni pesantemente concernenti l'avvocato, e anzi dal 1993 applicabili non solo nei confronti del singolo legale ma anche «jointly» a tutti i membri del suo stesso ufficio legale (*law firm*)⁴⁶.

⁴¹ Cfr. G. JOSEPH, *op. cit.*, 577 ss.

⁴² Per il testo della norma v., ad es., A. DONDI, *Cultura dell'abuso*, cit., 806 (n. 49); inoltre, *Federal Rules of Civil Procedure – And Other Selected Procedural Provisions*, cit., 40 ss.

⁴³ Sul punto, v. ancora (anche per le relative indicazioni bibliografiche) A. DONDI, *Introduzione*, cit., 83 ss., 100 ss.; ID., *Cultura dell'abuso*, cit., 794 ss.; nella letteratura statunitense, cfr. inoltre, ad es., G. VAIRO, *Rule 11: a Critical Analysis*, in 118 *F.R.D.* 1988, 198 ss.; C.W. TOBIAS, *Rule 11 Recalibrated in Civil Right Cases*, in 36 *Vill. L. Rev.* 1991, 105 ss.; Comment, *Call for Written Comments on Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure and Related Rules*, in *F.R.D.* 1990, 335 ss.; inoltre, ampiamente v. anche G. JOSEPH, *op. cit.*, spec. 4-40.

⁴⁴ Cfr., ad es., fra le altre indicazioni nelle nn. ante G. JOSEPH, *op. cit.*, 215 ss.; di recente inoltre v. E.R. THIESSEN, *After a Decade, the Pendulum Swings Back: an Examination of the History and Practical Implications of the 1995 Amendments to Rule 11*, in 45 *Drake L. Rev.* 1997, spec. 274 (e indicazioni bibliografiche in n. 14).

⁴⁵ Cfr., ad es., E.R. THIESSEN, *op. cit.*, 283-284; per il testo delle *Advisory Committee Notes*, relative agli emendamenti del 1993, v. G. JOSEPH, *op. cit.*, 61 ss.

⁴⁶ Sul nuovo testo della *rule 11* (a) v. ancora E.R. THIESSEN, *op. cit.*, 280; sul rilievo di tale norma all'interno del modello processualciviltistico statunitense, v., ad es., R.H. ARONSON, D.T. WECKSTEIN, *Professional Responsibility*, St. Paul Minn. 1991, 70-71, 98 ss.

Di più, in uno spettro di sanzioni analogo a quello della *federal rule 37*, appare significativo che – secondo quanto è espressamente indicato nelle *notes* dell'*Advisory Committee* – non nei confronti delle parti ma dei loro difensori si suggerisca di comminare sanzioni pecuniarie, specie per l'ipotesi (prevista nella *subsection* (b) (2) della norma) di formulazione di pretese o risposte manifestamente infondate, ossia *frivolous*⁴⁷.

Non stupisce in questa prospettiva che, con un raccordo presente a tale livello solo nel diritto statunitense, si conformi all'impostazione della *rule 11* anche una delle disposizioni più 'processuali' fra quelle della normativa di etica professionale, ossia la *rule 3.1* delle *Model Rules of Professional Conduct*; che, in materia di *meritorious claims and contentions*, impone all'avvocato di non intraprendere ed esercitare attività di difesa in giudizio «*unless there is a basis for doing so that is not frivolous*»⁴⁸.

b. Pur con forti differenziazioni rispetto all'assetto statunitense, anche nel panorama europeo-continentale sono rinvenibili soluzioni al problema dell'abuso all'interno di normative generali del processo civile. Ciò accade in particolare con riguardo a un modello di processo per vari aspetti molto omogeneo al nostro, come quello francese. Occorre tuttavia subito dire che in questo ordinamento, sotto il profilo che si considera, la disciplina del *Nouveau code de procedure civile* si configura molto diversamente da quella sopra considerata degli artt. 88 e seguenti del nostro c.p.c., non foss'altro che per la presenza di una norma come l'art. 32.1 espressamente relativa all'abuso del diritto di azione⁴⁹.

Questa norma – introdotta nel 1978 con un emendamento successivo alla versione originaria del *N.C.* – appare intesa a delimitare la definizione ampia che del diritto di agire forniscono le norme contenute nei precedenti artt. 30, 31 e 32⁵⁰. Questo obbiettivo viene realizzato in via principale attraverso il riferimento a una nozione di abuso del diritto di agire (*abus de procedure*) variamente individuata. Da un lato, essa risulta infatti collegata alla messa in atto di attività dilatorie nel corso della difesa tecnica esercitata dall'avvocato. Dall'altro, occorre anche dire che l'ambito di applicazione dell'art. 32-1 non viene tuttavia limitato a tale aspetto; invero le sanzioni previste si estendono all'ipotesi verosimilmente più generale che si configuri come *abusive* l'attività di colui che «*agit en justice*»⁵¹.

A sua volta piuttosto articolato è inoltre l'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 32-1, in quanto alla precisa indicazione dell'ammontare di una sanzione pecuniaria si aggiunge il possibile risarcimento, nella forma tipica dei *dommages interets*, dei danni derivanti

⁴⁷ G. JOSEPH, *op. cit.*, 65.

⁴⁸ Sul punto, per un'estesa analisi di questa e di altre analoghe disposizioni di tale normativa di etica, cfr. G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering – A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*², I, Englewood Cliffs 1990, 543 ss.; nella letteratura disponibile in italiano v. anche G.C. HAZARD, *Per l'indipendenza professionale dell'avvocatura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, 414 ss.

⁴⁹ Cfr., ad es., J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*^{2A}, Paris 1996, 77; E. BLARY-CLEMENT, *Spécificités et sanctions des manoeuvres dilatoires du proces civil*, in *J.C.P.* 1991, I, 3534; Y. DESDEVISES, *L'abus du droit d'agir en justice avec succes*, in *D.S. (Chron.)* 1979, 21; J. VIATTE, *L'amende civile pour l'abus du droit de plaider*, in *Gaz. Pal. (Doctr.)* 1978, I, 305 ss.

⁵⁰ Per il testo dell'art. 32-1, cfr., ad es., J. NORMAND, G. WIEDERKEHER, Y. DESDEVISES, *Nouveau code de procédure civile*⁸⁹, Paris 1997, 50 (e n. 1 ss. per indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali).

⁵¹ Cfr. Y. DESDEVISES, *op. cit.*, 22; L. BOY, *Reflections sur l'action en justice*, in *Rev. trim. dr. civ.* 1979, 499.

dal comportamento abusivo⁵². Si tratta di sanzioni per le quali non è espressamente previsto il riferimento in via diretta al difensore. L'utilizzazione della nozione di *dommages et interets* è tuttavia notoriamente di tanto ampia portata da rappresentare – in combinato con quanto all'art. 183 del *Décret* n.91-1197 del 1991 – un indice di possibile estensione in via interpretativa di misure sanzionatorie anche nei confronti dell'avvocato per l'ipotesi di esercizio di attività di difesa qualificabili come *abus de procédure*⁵³.

Sempre riguardo all'ordinamento francese, occorre anche aggiungere che la disciplina in materia di *abus de procédure* contenuta nel *N.C.* non si esaurisce nella previsione del solo art. 32. 1. Che la possibile realizzazione di attività di abuso del processo civile non si sia infatti intesa come limitabile agli atti introduttivi, alla prima istanza o alla cognizione è dimostrato dalla previsione di analoghe disposizioni per ciascuna di tali ulteriori fasi: così è per l'art. 559, concernente l'appello (*appel principal dilatoire abusif*); come pure per gli artt. 581 e 628 in tema di *recours extraordinaire* o presso la *Cour de Cassation* (*recours dilatoire ou abusif*)⁵⁴.

In questa sede è probabilmente possibile limitare a cenni minimi il richiamo all'esperienza tedesca, e rilevare come di recente il problema si sia principalmente manifestato nell'ambito del diritto societario, nella forma dell'abuso di impugnazioni di delibere assembleari, cosiddette impugnazioni emulative o strumentali (*Missbrauch des Anfechtungsrechts*)⁵⁵. La conseguenza del carattere di *Klage unbegründet* che a tale attività – manifestazione peraltro di una scelta difensiva di intrinseca natura tattico-processuale – viene attribuito sembra esplicitare la netta prevalenza in tale ordinamento di un'impostazione ancora del tutto sostanzialistica dell'abuso, come cioè *Rechtsmissbrauch* secondo la previsione dei paragrafi 2 *BGB*⁵⁶.

Che ciò sia è indirettamente dimostrato dall'assenza di collegamenti, a livello normativo, ma anche di elaborazione dottrinale e di prese di posizione giurisprudenziale, con le attività difensive svolte nel processo civile dall'avvocato. Un significativo indice di tale circostanza è rinvenibile nella sostanziale carenza di disciplina delle modalità di comportamento processuale, nella prospettiva della sanzione esplicita e ivi specificatamente disciplinata di pratiche abusive, all'interno della recentemente novellata normativa di eti-

⁵² Si rinvia alle indicazioni nelle due nn. che precedono; circa il dibattito sulla necessità di introdurre tale disciplina cfr., ad es., voce *Action*, in *Encyclopedie Juridique Dalloz*², Paris 1978, 2.

⁵³ Il testo della norma riferita – l'art. 183 del *Decret N. 91-1197 du 27 novembre 1991* in tema di *organisation de la profession d'avocat* – è il seguente: «*Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement a la probité, a l'honneur ou a la delicatesses... expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires...*» (la norma fa riferimento particolarmente a tale riguardo a quelle di cui al successivo art. 184 del *Décret*, che vanno dall'*avertissement* alla *radiation*); a questo riguardo cfr. *La profession d'avocat – Textes législatifs et réglementaires*, Paris 1993, 93; J. HAMELIN, A. DAMIEN, *Les regles de la profession d'avocat*⁷, Paris 1992, spec. 375 ss.

⁵⁴ Per il testo delle norme citt. – e relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali – si rinvia a J. NORMAND, G. WIEDERKEHR, Y. DESDEVISES, *Nouveau code*, cit., 317, 335, 391.

⁵⁵ Al riguardo cfr., ad es., U. HUFFER, *Aktiengesetz*, München 1993, 1123 ss., spec. 1124-1126.

⁵⁶ Così U. HUFFER, *op. loc. ult. cit.*; G. HENN, *Handbuch des Aktienrechts*⁵, Heidelberg 1994, 436-439; in generale nella prospettiva dell'esplicito collegamento della nozione di *Missbrauch* alla nozione sostanziale di abuso di diritto anche con riguardo all'ambito processuale v. E. SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*², Köln, Berlin, Bonn, München 1995, 555.

ca professionale (*BRAO*), ove pure è articolatamente prescritto – al paragrafo 43, (a) – il dovere dell'avvocato di fornire dichiarazioni veritiere⁵⁷.

4. Qualche impressione conclusiva

Ancorché estremamente rapida e per molti versi altrettanto parziale, la ricognizione che precede consente alcuni minimi rilievi conclusivi riguardo alle modalità di emersione della nozione di abuso del processo civile. Si tratterà di rilievi essenzialmente riferiti alla sua configurazione a livello disciplinare. In effetti, dalla prospettiva qui adottata sono stati esclusi sia la ricognizione delle singole modalità di abuso (processuale) sia l'elaborazione di una nozione di abuso più o meno articolata e suddivisa al suo interno⁵⁸.

È probabile che la risposta fornita nel contesto del nostro e di altri ordinamenti processuali al problema dell'abuso costituisca un elemento per tentare di teorizzarne una nozione generale, o una serie di suoi possibili aspetti specifici. Le modalità della sanzione normativa potranno, ad esempio, risultare utili per individuare la «relazione strumentale appropriata... di ogni rimedio processuale» con gli «scopi da perseguire» nel processo e circoscrivere, per converso, i caratteri dell'attività difensiva inappropriata, abusiva⁵⁹. Sembra tuttavia meno probabile che da ciò si possa direttamente derivare una nozione strutturata di abuso processuale, che consenta di determinarne in precise categorie le modalità di realizzazione; ad esempio suddividendo nella sua manifestazione esterna in categorie rigidamente predefinite, come «abuso della tutela giurisdizionale» o come «abuso dei singoli strumenti processuali», ma anche catalogandolo sul piano per così dire interno come manifestazione sia dell'intento di realizzare un risultato anomalo sia dell'esercizio di attività comunque inserite nell'ambito di scelte in qualche misura discrezionali⁶⁰.

La presenza di norme concernenti l'abuso all'interno di discipline generali del processo non appare insomma tanto utile come strumento di ricognizione delle molteplici, forse non definitivamente catalogabili, modalità di manifestazione di questo fenomeno, quanto piuttosto come indice generale di una valutazione in termini etici delle modalità di esercizio dell'attività di difesa. Nella disciplina processuale dell'abuso si manifesta, in altri termini, la presenza nell'ordinamento di un'accezione di 'abuso processuale' necessariamente comprensiva e dell'impostazione 'frivola' della controversia e dell'utilizzazione distorta di singoli meccanismi del processo. Soprattutto, in questa prospettiva, rileva l'intento sanzionatorio di tali attività, e in particolare la sua effettività⁶¹.

Invero, proprio questo aspetto della sanzione dell'abuso sembra costituire un rilevante elemento di valutazione dei singoli ordinamenti come modelli processuali non solo più o meno 'virtuosi' ma anche ispirati a criteri di efficienza, come cioè produttori di giustizia

⁵⁷ Cfr. M. HENSSLER, H. PRUTTING, *Bundesrechtsanwaltsordnung – Kommentar*, München 1997, 346 ss., 377; più in generale, cfr. H.-J. AHRENS, *Anwaltsrecht für Anfänger*, München 1996, 40 ss., 70 ss.

⁵⁸ Per questa prospettiva, v. M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in AA.Vv., *Diritto privato III*, Padova 1997, 435 ss.

⁵⁹ Cfr. anche per le espressioni virgolettate nel testo, M. TARUFFO, *op. ult. cit.*

⁶⁰ Così, ancora, M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ Cfr., ad es., in lavori non solo cronologicamente peraltro molto lontani, P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., 31-35; A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (ed.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, 144, 149 ss.

in tempi rapidi. A tale risultato si avvicinerebbe maggiormente il modello più capace di ridurre l'incidenza nella pratica di attività abusive, comunque svianti e complicanti l'andamento fisiologico del processo⁶². È avendo presente questo sfondo che l'individuazione nell'avvocato, o anche nell'avvocato, del referente delle sanzioni previste dall'ordinamento in caso di abuso appare cruciale.

Sotto questo profilo, il modello statunitense si configura come quello nel quale è stato più chiaramente esplicitato e si sono tratte più rigorose conseguenze dal collegamento fra l'abuso del processo e la realizzazione – da parte del difensore tecnico appunto – delle attività di difesa in giudizio⁶³. Che l'imposizione di sanzioni direttamente nei confronti del difensore possa essere collegata a un dato per così dire antropologico pervasivo e risalente proprio di quel mondo è del tutto probabile. Per certo, e indipendentemente da ciò, questa circostanza ha consentito all'ordinamento statunitense di affrontare, anche in termini di raffinata elaborazione culturale, più di ogni altro il problema dell'*abuse of civil proceedings*, con ragguardevoli risultati in termini di efficienza e di deflazione⁶⁴.

Non sembra inoltre trascurabile la circostanza che all'interno di questo ordinamento si registra una completa omogeneità di approccio, nel senso di sanzionare direttamente l'avvocato per l'esercizio di difese abusive, anche con riguardo alla disciplina di etica professionale⁶⁵. Questo dato oggettivamente estende l'ampiezza dello scarto fra l'assetto disciplinare statunitense a questo riguardo e l'assenza negli altri ordinamenti di un'analoga prospettiva sanzionatoria; e ciò anche al di là della tendenza ancora diffusa presso di noi a considerare sotto questo e altri rispetti comunque 'altro', al punto della concreta inutilità di ogni raffronto, quel mondo e quella cultura⁶⁶.

Occorre per contro notare che nel modello processuale europeo ove più evidente è l'intento di sanzionare le difese abusive, quello francese, proprio sul versante del raccordo fra norme di etica e normativa processuale generale si registra uno iato. Per il resto, con riguardo al nostro ordinamento, in assenza di misure sanzionatorie esplicite e predeterminate all'interno della stessa norma, non appare sostanzialmente valutabile ai nostri fini anche una previsione come quella dell'art. 14 del nuovo Codice deontologico forense in tema di «dovere di verità»; norma che – in analogia con la corrispondente disposizione tedesca⁶⁷ – pare soprattutto manifestare la suggestione di un comportamento difensivo commendevole, garantendo in ogni caso l'agevole superamento di tale «dovere» ove le attività non veritiere fossero realizzate dall'avvocato non intenzionalmente⁶⁸.

⁶² Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*; A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*

⁶³ Cfr. G.C. HAZARD, *Per l'indipendenza professionale dell'avvocatura*, cit., loc. cit.

⁶⁴ Cfr. E. R. THIESSEN, *op. cit.*, 286-287.

⁶⁵ Rinvia a quanto *sub* 3 (a), *ante*.

⁶⁶ Per un recente esempio di tale atteggiamento presso la nostra dottrina v. G. SCARSELLI, *op. cit.*, 249.

⁶⁷ Per una recente illustrazione di tale disciplina v. G. VINATZER, *L'avvocato in Germania – Deontologia e procedimento disciplinare*, in *Rass. Forense* 1997, III, 787 ss.; nella dottrina italiana, per una recentissima discussione di questi problemi, v. L.P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *N.G.C.C.* 1998, XIV, 128 ss. (si vedano in particolare le considerazioni al par. 3).

⁶⁸ Cfr. *Codice deontologico forense*, in *Foro it.* 1997, V, 343 (e ivi R. DANOVÌ, *Il Codice deontologico degli avvocati*, 340); inoltre, si vedano i rilievi largamente condivisibili di L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*; cui più in generale *adde* ID. e V. ZAGREBELSKY, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.* 1993, 435, 438, 441.

5. ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS: REGIONAL REPORT FOR ITALY AND FRANCE*

SUMMARY: 1. Complex and Controversial Definition of APR. – 2. Some Aspects of the Italian Conception of Abuse. – 3. Emerging Perception of Procedural Abuse in the Italian Normative Context. – 4. The ‘French Approach’ Concerning the Problem of Procedural Abuse. – 5. Lawyering, Legal Ethics and Procedural Abuse; with some Concluding Remarks.

1. Complex and Controversial Definition of APR

Given a general definition of APR that adhered strictly to a procedural and normativistic approach, nothing might look more discrete than two legal systems such as the Italian and the French although they are in many ways very close. There is actually no *pendant* in the Italian context to the specific rule concerning procedural abuse in the *Nouveau code de procédure civile* (article 32.1)¹.

In spite of this, however, there is a relationship between these two models on the subject of APR, or more precisely on ‘abuse’ as a notion and as a specific culture.

Both share the same basic idea of abuse as ‘abuse of legal rights’ in the French sense of *abus de droit*, i.e. of substantial rights. And thus for both, the natural approach or the starting point for considering the question of abuse seems deeply rooted in substantive law, with special regard to the concept of property and related rights.

Earlier in the French and – with sharp differences – subsequently in the Italian legal culture, this process of elaborating a notion of abuse has traditionally been linked to the evolution of the concepts of property that took place around the end of the last and the beginning of this century. A fundamental role in this connection was performed by the perception of the social values involved in the notion of property together with a widespread relativization of its functional place. Such a reduction was mainly brought about by the progressive rejection of the traditional concepts of property due to an increased appreciation of the many interactions possibly existing between the carrying out of the specific rights of the proprietor and the protection to be granted to the many surrounding interests of the community, taken either as a general entity or as single individuals affected by the activities performed by the proprietor.

In other words, the basic notion of abuse originated in the context of devising a ‘modern’ framework for the concept of property rights of the 19th century. Still largely unrefined at the turn of the century, this notion kept being seriously developed mainly by the French legal culture, and was very quickly transformed from a sort of makeshift and fuzzy

* Questo scritto è stato pubblicato in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague-Boston-London 1999, 109-124.

¹ See, e.g., J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*², Paris 1996, 77; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*³, Paris 1996, 319; for the text and comment on article 32-1, see J. NORMAND, G. WIEDERKEHR, Y. DESDEVISES (eds.), *Nouveau Code de Procédure Civile*, Paris 1997, 50.

perception into a specific conceptual tool for reshaping many apparently immutable legal and social constructions².

As is widely shown in a famous essay by Josserand, shortly before the 1930s, the notion of *abus de droit* had in fact reached, at least in France, a remarkable level of elaboration³. Not only has this notion received steady acceptance, but it has also increased and extended its influence in many areas, while a theoretical articulated specification of its functional features has taken place.

Of special interest in this view is the progressive overcoming of the original operative area of the notion of abuse. The notion begins, in fact, to be extended beyond the traditional context of the right of proper disposal belonging to the owner into further areas. Among these, a fundamental role is played by procedural strategies. Not by chance the procedural machineries, envisaged by Josserand as «*arsenals riches en armes juridiques*», begin to represent the specific tool through which the most common, effective, and widespread activities of abuse of legal rights (i.e. *abus de droit*) are actually performed⁴.

Accordingly, an overlapping of the substantive and the procedural sides of the problem of abuse of legal rights has in the long run turned out to be practically unavoidable. Legal scholarship and case law show that the more the notion of abuse is analyzed, as will be explained later on, the more evident the connection with the use of the strategic power provided by procedural law becomes⁵.

These drastically summarized general features of the notion of abuse stem from the elaboration performed by French legal culture. It is only since the 1950s that some meaningful Italian contributions are traceable⁶. This can be seen as revealing in itself – this fundamental problematic aspect of the evolution we are here considering: i.e., the marginal placement of the notion of abuse in the general context of the Italian legal culture, while conversely, a firm, widespread and fruitful reception by the French⁷.

² An early example of a definition of *abus de droit* can be found in the decision of the Chambre des requêtes of Dec. 26th 1893, which seizes this idea where «...l'usage d'une faculté dégenère en abuse», see *Dalloz périodique*, 1895, I, 5321 (note 3).

³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie de l'abus des droits)*, Paris 1927, *passim*; about this essay and its present influence see A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits: réflexions sur le destin des théories de Josserand*, in *D. Chron.* 1972, 67; ID., *L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence françaises*, in M. ROTONDI (ed.), *L'abus de droit*, Padova 1979, 334.

⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit...*, cit., 54, 66.

⁵ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*², Paris 1962, II, 193, 397.

⁶ Even if some studies seem to show the presence of a different approach as is recalled, providing a short bibliography, among many in A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Diritto privato 1997*, III, *Abuso del diritto*, Padova 1998, 459 (notes 5, 6, 10, 11.).

⁷ As exemplified, although critically, for instance, in L. CADIET, *Abus de droit*, in *Enc. Dalloz*, I, 1992, 3; P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Diritto privato 1997*, cited in n. 6, 90 (the other essays contained in this book are also of general interest).

2. Some Aspects of the Italian Conception of Abuse

Keeping this in mind, and trying to deal with the line of questions suggested by the general reporter, what one can immediately derive from the shortcomings characterizing the Italian approach is the lack of clearly defined examples of 'procedural abuse'.

A tentative explanation for this vacuum could be connected with the strict conception of the basic notions of property rights as well as of procedural law in Italian legal culture. These concepts could be summarized as denying, in principle, any room for limiting the fundamentally absolute quality of rights of ownership disposal and the widest possible use of procedural tools aimed at granting such free disposal.

An altogether typical example of this approach is contained in the forewords to the first Italian *Codice di procedura civile* (enacted in 1865). Here the freest resort to strategic procedural skills by the parties of a lawsuit is clearly meant as a *pendant* of the unconditional concept of fundamental rights, among them property rights especially. According to this approach, procedure is conceived essentially as a weapon for the enforcement of the virtually unlimited freedom granted to the owner by substantive law⁸.

Because of the prevailing acceptance of this deeply rooted approach, the French notion of *abus de droit* has not undergone in Italy an evolution allowing the elaboration of a similar specific concept of *abuso* or any ideas on procedural fairness or standards of legal ethics. A situation that doesn't seem to have been affected even by the presence of some examples of considerable concern for the problem of abuse in evidence now and then at scholarly level since the second decade of this century⁹.

The lack of influence of these studies, more or less belonging to the mainstream of the French elaboration of a notion of *abus de droit*, is blatantly shown by the disciplines of the *Codice Civile* and of the *Codice di Procedura Civile*, both enacted in 1942. The whole philosophy of these two sets of norms is in fact far from taking into serious account any previous proposal aiming at reducing or limiting the traditionally absolute conceptions above mentioned, and placing somewhere as a sort of threshold a notion of abuse, of rights as well as of procedure. Here one finds a sort of demonstration *sur le champ* of the by now widespread evaluation of these two codes rather as examples of an inherent conservative approach than as results of any pervading dictatorial imprinting¹⁰. Although common to both *Codici*, this circumstance displays some common differences worth noticing here.

⁸ See Relazione Ministeriale sul Libro primo del Progetto di Codice di Procedura Civile, presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863 (n. 63), in S. GIANZANA AND OTHERS, (eds.), *Codice di procedura Civile del Regno d'Italia*, Torino 1889, I, 3, esp. 83-84; also in *Raccolta dei Lavori Preparatori del Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*, Palermo-Napoli 1866, II, 75, 82-83, 89 (where, on the other hand – at p. 75 – the same concept is used to stress the '*fatto politico*' related to procedure, where 'political' is conceived as the power to oblige another citizen to engage in a civil action in front of a judge, a circumstance involving chances of abuse, in themselves regrettable and hence to be avoided); as to this event and the Italian civil procedural code of 1865, see also M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna 1980, 107, 116, 142.

⁹ See, e.g., M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1923, 209, 417, 1054; recently on this event, see G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano 1993, 3, 16.

¹⁰ See, among many others, M. TARUFFO, *La giustizia civile* (cited in n. 8 *supra*).

The Italian *Codice Civile* of 1942, while short of any express reference to the notion of abuse of rights, actually contains at least a norm – article 833 – revealing some marginal and almost fortuitous trace of a perception of the problem¹¹. Located just after the rule concerning the right of property, its contents and functionality, article 833 provides a sort of limitation in the case of activities performed voluntarily by the owner exclusively for the sake of harassing or jeopardizing other people's rights¹².

The «*divieto di atti di emulazione*» defining this provision, rather than an actual reception into Italian law of a notion of *abus de droit*, seems to represent an inevitable boundary to a conception of ownership still conceived in principle as absolute¹³. Going beyond the original philosophy of the *Codice*, in which social hints remain vague and in any case relegated to subjects such as the relationships between employers and employees, subsequent scholarly interpretations incorporated the notion of *abuso di diritto* into the provisions of article 833¹⁴. Based on a less traditional idea of ownership and taking into account the large social concerns typical of the Italian *Costituzione* of 1947, these interpretations have, in fact, suggested re-framing this notion in consistence with the prevailing conception of solidarity asserted in rules like 2 and 42 of the same *Costituzione*¹⁵.

Unfortunately, the effort to derive from these interpretations a somewhat refined notion of improper or abusive disposal of legal rights hasn't so far been successful in the Italian context, perhaps because of the method adopted at scholarly level to accomplish this task. The attribution to article 833 of the *Codice Civile*, the function of a sort of *lex generalis* sanctioning any even unintentional deviation from a socially-consistent use of rights like that of property, has actually turned out to fairly tentative. Not purporting any correlative transformation of this norm – so far expressly asserting as a fundamental condition the clear intention to cause totally useless harm – this interpretation hasn't succeeded in incisively stimulating case law in this direction¹⁶.

¹¹ See, e.g., C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà – arts. 832-833*, in P. SCHLESINGER (ed.), *Il Codice civile – Commentario* Milano 1994, 9, 44, 130; G. PERLINGIERI (ed.), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* Napoli 1991, II, 53; L. BIGLIZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Il sistema giuridico italiano – Diritto civile – III, Obbligazioni e contratti*, Torino 1989, 708.

¹² See P. CENDON (ed.), *Commentario al codice civile* Torino 1991, III, 101; C.M. BIANCA, G. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano 1991, 2.

¹³ See U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 23.

¹⁴ Add to the previous citations in the last footnotes, S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica raccolti da Giovanni Tarello*, Bologna 1972, II, 439; M. BESSONE, *Proprietà 'egoista', abuso del diritto e poteri del giudice*, in Id., *Saggi di diritto civile*, Milano 1979, 275.

¹⁵ See, again, C. SALVI, *Il contenuto*, cit., 9; U. NATOLI, *La proprietà (Lezioni)*, Milano 1963, 129; L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, 7; and again S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale*, (cited at the n. 14), *passim*.

¹⁶ Quite on the contrary, the trend still prevailing in the decisions by the Cassazione seems to attribute fundamental importance to the intentionality of the harmful action as a condition for the application of the rule devised in the *articolo* 833; on this subject see for instance G. PERLINGIERI (ed.), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*², Napoli 1991, III, 54 (quoting the

This approach appears even more of a failure when compared with the sophisticated level of elaboration attained in this area by the French legal culture. The relative gap between the two systems might be summarized like this: while a precise *animus nocendi* still seems to be required by Italian case law to conceive the form of abuse corresponding to the «*atti emulativi*» of article 833, this approach is largely outdated in France where the mere *faute* is by now traditionally considered sufficient basis for envisaging *abus de droit*¹⁷.

3. Emerging Perception of Procedural Abuse in the Italian Normative Context

Despite its scant conceptual and factual results, an aspect of the Italian discussion on abuse seems worth considering here: the widespread tendency to attribute any abusive event to the performance of procedural activities. Accordingly, abuse is in general detectable in pleadings blatantly inconsistent with acknowledged law philosophies. An approach based on a notion deeply rooted in Italian legal culture and actually belonging to Roman law is the use of *exceptio doli*, i.e. a procedural tool for alleging misuse of procedural rights whenever they are not grounded on the proper boundaries defining substantive legal rights, as those of property¹⁸.

In principle, the connection between abuse of rights and procedural abuse seems to be very close in the Italian legal culture (in other words, abuse is considered as almost necessarily performed through procedural activities and in a procedural context). However, no highly developed normative apparatus somehow concerning abuse is actually traceable in Italian procedural law. Quite surprisingly, this situation could be summarized as a sort of clumsy shuffling of the problem of coping with abuse from the 'substantive' to the 'procedural' sides of the legal doctrine, ending in a normative and intellectual *vacuum*.

Some understanding of this situation can be gained by a look at the basic philosophy still permeating Italian civil procedural culture¹⁹. A strictly adversarial approach providing parties' lawyers with virtually absolute powers over the development of procedural options and strategies still largely prevails. A threat to the untouchable powers granted to the lawyers can possibly be ascribed to an approach that includes a notion of abuse.

This fairly makeshift summarization is confirmed by a glance at the Italian normative context. While no rule expressly defines a notion of abuse, a small set of norms show, nevertheless, some residual perception of the problem we are dealing with, i.e. articles 88, 92

decison n. 4708, 1977). The concise definition suggested is basically taken from the fundamental essay by P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1965, I, 216, and U. NATOLI, *Note preliminari a una storia dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 26.

¹⁷ See, e.g., H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris 1962, II, 397; but also, much before, F. LAURENT, *Principii di diritto civile* (Italian translation by GANDOLFI) Milano 1926, VI, 136; recently, among many other interventions, see L. CADIET, *Abus de droit*, in *Enc. Dalloz*, 1992, I, 3.

¹⁸ See, e.g., G.L. PELLIZZI, voce *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Nuoviss. Dig. it.*, Torino 1960, VI, 1075; M. ALLARA, *Atti emulativi*, in *Enc. dir.*, Milano 1959, IV, 37; C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1969, II, 606; A. GAMBARO, voce *Emulazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1991, VII, 442.

¹⁹ For a notoriously prominent description of this cultural situation, see V. DENTI, *La giustizia civile – Lezioni introduttive*, Bologna 1989, 155 and *passim*.

and 96 of the *Codice di Procedura Civile*²⁰. Although in different ways and from different perspectives all these norms are related to procedural behaviour of lawyers, which in itself appears quite unusual in the Italian normative context where the accepted tradition is to avoid any explicit reference to the lawyers' various professional duties²¹.

Therefore, although exceptionally related to the procedural activities carried out by lawyers, these rules seem to be all but homogeneous in their single dispositions. While all of them represent an unusual link between procedure and legal ethics, it's essentially *articolo* 88 that is expressly related to respect of standards of professional conduct, as stated in its title definition referring to «duty of loyalty and of professional integrity»²². The vagueness of this initial definition finds a meaningful *pendant* in the internal dispositions of the rule, where no further analytical explanation of the meaning of loyalty and integrity (referred to as virtually self-evident standards) is actually provided. The same rule likewise lacks any sanctioning provisions whatsoever for noncompliance of duties so fuzzily defined (unless one considers a sanction to be the altogether marginal chance of the judge informing the local bar association of improper behaviour on the part of a lawyer)²³ – but, how detected or on what basis?

These fuzzy and unsanctioned standards, understandably defined as «empty masks for nothing»²⁴, seem to cope perfectly with the approach to the problem of abuse most commonly accepted in Italy. Actually, the other two above-mentioned norms (articles 92 and 96) do not depart from the tendency not to provide a precise definition of procedural abuse nor any sort of sanctioning apparatus.

Both deal in general terms with fee shifting. These norms continue a sort of tradition of studies dating back to the turn of the last century that have showed some very marginal concern for the problem we are dealing with²⁵.

In the area of legal fees, the fundamental 'Italian rule' is actually based on the notion that responsibility for expenses falls entirely (i.e. attorney's fees as well as any other procedural expense) on the losing party, this of course with some exceptions. Among these exceptions in connection with the problem of abuse seems to be the one provided in the

²⁰ For a short but extremely updated comment on the text of these rules, see F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile – Compendio giurisprudenziale*, Padova 1996, 242.

²¹ For some critical hints on this approach see A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – I, Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*.

²² For an analogous evaluation of the whole approach of this norm see, for instance, C. MANDRIOLI, *Corso di Diritto processuale civile*, I, 313.

²³ This vagueness seems on the contrary to have found widespread appreciation among Italian procedural scholars as an example of 'suggested free application of legal norms', see e.g. C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino 1973, I, 961; F. MAZZARELLA, *Avvocato e procuratore Diritto processuale*, Roma 1988, II, 4.

²⁴ See S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1959, I, 292.

²⁵ The most relevant study in this connection, given also the prominence of the author traditionally considered the founder of modern Italian procedural scholarship, is by G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino 1901, 381.

first section of article 92 of the *Codice di Procedura Civile*²⁶. This prescribes that – unlike the general rule of, in principle, charging the loser with whatever trial expenses. There are refunds to the winner in cases of «excessiveness or superfluity» in carrying out procedural activities will not made²⁷.

On the whole extremely weak as a form of reaction to what the «guidelines from the general reporter» here call «abuse of specific procedural devices», this provision has undergone an altogether poor elaboration in Italian case law. Among the expenses derived from procedural choices by the lawyer to be considered non-reimbursable according to the provision of the article 92 are: burdensome travelling expenses; ungrounded third-party practice or vouching in; unjustified resorts to expert witness testimonies²⁸. In the provision considered there is nothing close to the wide and comprehensive disposition of U.S. Federal Rule 11 which provides through the yet, sometimes, ambiguous notion of ‘frivolousness’ or ‘improper purpose’ a general definition of abusive procedural practices²⁹. Another circumstance seems actually more interesting in comparison with this rule. Unlike the complex and in many ways overcomplicated sanctioning apparatus of F.R.C.P. 11, *articolo* 92 lacks any direct sanction of the attorney. As a result, the only consequence of the abusive behaviour defined by article 92 is hence related solely to the client, and this in the minimal form of non-reimbursement of expenses previously paid out.

4. The ‘French Approach’ Concerning the Problem of Procedural Abuse

All in all similar evaluations of the weakness of the Italian approach might be expressed in close comparison with the French legal system. The enormous gap between the Italian and the French legal systems in terms of perception and elaboration of the problem of abuse has already been pointed out. This gap is even easier to appreciate when taking into account the dispositions of the *Nouveau Code de Procédure Civile*, and chiefly article 32.1³⁰.

This rule marks a so far unbridgeable difference between the two legal systems by the mere fact of its existence as a disposition unambiguously speaking of what no Italian norm ever mentions, namely, procedural abuse. According to article 32.1, the «*abus du droit d’agir en justice*», is dealt with in the wide meaning either of dilatory practices or of specific improper procedural strategies (i.e., *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende*)³¹.

²⁶ As it has been by, e.g., C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, (cited at n. 23 *supra*); R. VACCARELLA, G. VERDE, *Codice di procedura civile commentato*, Torino 1997, I, 287.

²⁷ See F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*³, Padova 1994, 203; ID., *Compendio giurisprudenziale*, Padova 1996, 254.

²⁸ See the citations in the previous note.

²⁹ See in general G.P. JOSEPH, *Sanctions – The Federal Law of Litigation Abuse*², Charlottesville Va. 1994, 106 and *passim*.

³⁰ See, e.g., J. NORMAND, G. WIEDERKEHR, *Nouveau code de procédure civile*⁸⁹, Paris 1997, 50; J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*²⁴, Paris 1996, 77; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, Paris 1996, 319.

³¹ See the essays cited in the previous footnote.

It is blatantly appreciable how far this disposition stands from the one, say, contained in article 92 of the Italian *Codice di Procedura Civile*. Not only does the French norm face the problem of abuse openly but it also suggests a precise solution to the question of figuring out what abuse is meant to be about, instead of adopting the fuzzy, evasive, and altogether ambiguous Italian approach. But even more noticeable and intrinsically relevant seems the connection in the same rule – as provided in article 32.1 – of the consequences and the sanctions for carrying out abusive practices³².

In terms of consequences and sanctions, this rule evokes, first, the expected solution of an ‘*amende civile*’, a monetary sanction expressly devised to range from 100 to 10,000 francs; a sanction to be, under the circumstances, combined with the even more traditional device of compensatory damages in the form of the so-called ‘*dommages-intérêts*’³³.

Further to these combined sanctions can be added the now typical device, of *astreinte* (i.e., a monetary sanction bound to increase according to persisting non-compliance) in cases of non-compliance to judge’s orders³⁴. However, the solution provided by article 32.1 might raise problems in terms of effectiveness, because not confined to the pleading stage of a civil litigation³⁵.

Actually, further norms of the *Nouveau Code de Procédure Civile* deal in quite the same terms as article 32.1 with the problem of abusive or delaying practices, performed either at the appellate stage (article 559, referred to as *appel principal dilatoire ou abusif*) or at a *recours* stage – *extraordinaire* or *de Cassation* – (articles 581 and 628, concerning the *recours dilatoire ou abusif*)³⁶. In all these cases – to which ought to be added the analogous discipline of article 550 concerning the *appel incident*³⁷ – the sanctioning apparatus is

³² See, e.g., Y. DESDEVICES, *L’abus du droit d’agir en justice avec succes*, in *D. Chr.* 1979, IV, 21-22; G. WIEDERKEHR, *La notion d’action en justice selon l’article 30 du nouveau Code de procédure civile*, in *Mel. Habraud* 1981, 949; more recently G. COURTIEU, *Droit à réparation – Abus du droit. Notion*, in *J.-Cl. Responsabilité civile* 1997, Fasc. 131-1, 14 (concerning more precisely the problem of the ‘*réparation et sanctions de l’abus du droit*’ rather than the abus de procédure); ID., *Droit à réparation – Abus du droit d’agir en justice*, in *J.-Cl. Responsabilité civile* 1997, Fac. 131-3, 5, and *passim*.

³³ See e.g., J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, as cited at note 1 *supra*; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, cited at note 1, 325.

³⁴ See, e.g., L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris 1932, 414; RESQUEC, *La nature juridique de l’astreinte matière civile*, in *J.C.O.G. – Sem. Fur.* 15.9.1993, n. 37, 354; in general about the loi n. 91-650 of 1991, reforming the *astreinte*, see J.P. CHABAS, *La réforme de l’astreinte*, in *D. Chr.* 1992, 299.

³⁵ For an almost ancient elaboration of such a question, see J. MOREL, *Les dommages – interets au cas d’exercice abusif des actions en justice*, (th.) 1910, *passim*; LECOMTE, *La responsabilité du plaideur envers son adversaire en matière civile et commerciale*, Paris 1938, 481; more recently, J. MESTRE, *L’abus de droit de recouvrer une créance*, in *Mel. Raynaud*, Paris 1985, 450-455.

³⁶ See, for the text of roue mentioned norms and comment, J. NORMAND, G. WIEDERKEHR, *Nouveau Code de procédure civile*, Paris 1997, 335, 365, and also, e.g., G. COURTIEU, *Droit à réparation – Abus du droit d’agir en justice*, (cited in n. 32), (fac. 131-3), 9-14.

³⁷ Originally stemming from the notion of ‘*fol appel*’, anyhow justifying just a minimal monetary sanction, (from 50 to 150 francs) a harsher sanctioning trend in this connection dates back to the *Loi* of 1942 and was further modified with the decret of December 22nd 1958 aiming at increasing effectiveness and adequacy of these sanctions, see J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile* as quoted at note 1 *supra*.

basically modelled on the solution provided by article 32.1, with the combination of a specified civil penalty and compensatory damages of some sort.

Especially in French case law the criteria for applying these sanctions have been deeply analyzed. The progressively prevailing trend in this respect is the sufficiency attributed to the notion of negligence and fault (*comportement fautif*) to justify enforcement through the above mentioned sanctions³⁸. What French case law has performed in this area is the accurate and meaningful scanning and recognition of specific examples of abusive procedural activities³⁹.

At the pleading stage of a lawsuit, this is clearly shown by two specific norms: article 123 (concerning the kind of peremptory exceptions called *fin de non recevoir* leading virtually to dismissal on the merits) and article 118 (concerning specific exceptions for invalidity of procedural steps that would lead to a void judgment). The proposition of these exceptions early in a civil action merely for delaying reasons allows the court to apply the above mentioned monetary sanctions, together with the compensatory damages of *dommages intérêts*⁴⁰. French legal doctrine and case law have developed standards concerning notions such as *faute* or of *faute simple*, implying intention or malice of any sort⁴¹.

At the initial stage of a controversy, one of the most relevant aspects of an *action abusive en justice* has traditionally been to single out groundless pleadings (i.e. vouching in a third party for the mere sake of harassment)⁴². At the appellate stage, the same has been detected in activities aiming to delay a consolidated or a cross appeal and not prosecuting them opportunely⁴³.

Further opportunities for carrying out abusive practices are generally singled out in the multiplication of lawsuits alleging different causes of action (i.e. *montage procedural artificiel*)⁴⁴.

³⁸ Dating very far back, to the 1930s and the 1940s this approach is by now deeply rooted in the French legal culture as a way to fence the use of a right and at the same time a way of suggesting its proper exercise, with care and attention (i.e., with prudence, avoiding negligence), see, for instance, L. JUILLOT DE LA MORANDIERE, in A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil français*⁸, II, par. 195; in general and for a rapid excursus on the evolution on this very subject, see G. COURTIEU, *Droit à réparation – Abus de droit. Notion, – Responsabilité civile*, fasc. 131-1, *F. Class.*, 1997, 3-4.

³⁹ See G. COURTIEU, *Droit à réparation – Abus du droit d'agir en justice Responsabilité civile*, fasc. 131-3 (cited in n. 1), 5 and *passim*.

⁴⁰ See G. COURTIEU, *Abus du droit d'agir...*, 3; Y. DESDEVISES, *L'abus du droit d'agir en justice avec succes*, (cited in n. 32), 22.

⁴¹ For an example of this by now long lasting approach, see Cass. Ire civ., 10 janv. 1964, in *Bull. civ. I*, n. 310; and more recently Cass. 2 civ., 10 janv. 1985, in *Gaz. Pal.* 1985, I, pan. 113 (with a note by S. GUINCHARD).

⁴² See, for instance, J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*²⁴, Paris 1996, 77 (nn. 4, 5 about the most recent way of approaching the sanctioning process by the Cassation in these cases see *Cass. soc.*, 28 janv. 1997 (pourvoi n. 95. 42. 866; rejet n. 445), in *Gaz. Pal.* (3 juill. 1997), n. 215, 8.

⁴³ See, e.g., again J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 830, 833; G. COURTIEU, *Droit à réparation – Abus du droit d'agir en justice*, 6 and 10 (about *recours abusifs* especially dealt with by article 550 of the *Nouveau code de procédure civile*).

⁴⁴ See Y. DESDEVISES, *L'abus du droit d'agir en justice*, cit., 21; G. COURTIEU, *Droit à réparation – Abus du droit d'agir en justice*, (*supra*) 9.

Typologies apart, both the sanctioning apparatus and some of the aspects of the Italian and French legal systems which are similar such as the area of legal fees or procedural expenses deserve a few more words. Article 700 of the *Nouveau Code de Procédure Civile* deals with related problems in a way roughly similar to the above mentioned article 92 of the Italian *Codice di Procedura Civile* and especially to article 96 of the same code. Article 96 regulates the so-called *responsabilità aggravata* of a lawyer litigating issues knowingly and openly inconsistent with the law through monetary sanctions working as compensatory damages (but they are almost never actually awarded because of the difficulties related with the demonstration of the damage causation). Likewise article 700 provides that the losing party, in addition to the expenses to be *ex lege* refunded, can at the court's discretion be burdened with further expenses *à titre de frais exposés et non compris dans les dépenses*⁴⁵.

While this rule does not mention explicitly any kind of abusive practice, it usually admits – following a specific party's request – the accumulation of these further expenses with the monetary sanctions representing the typical reaction to procedural abuse in the French context⁴⁶.

5. Lawyering, Legal Ethics And Procedural Abuse; with some Concluding Remarks

A. Approaching the conclusion, the so-called 'sanctioning apparatus' seems to deserve some further consideration. As a matter of fact, one might properly speak of actual sanctions only in the French legal system, while in the Italian legal system the proper definition would rather be 'likely consequences'. The Italian approach hardly seems to face the problem of procedural abuse; while the contrary seems true of the French which is characterized by quite an impressive elaboration of philosophies of abuse, sanctions and forms of reaction at large.

Either through monetary sanctions or negative consequences in terms of costs, both legal systems seem to ascribe the responsibility for carrying out abusive practices to the parties exclusively. The actual performer, i.e. most probably the lawyer, is not expressly contemplated in norms like article 92 of the *Codice di Procedura Civile* or article 32.1 of the French *Nouveau Code de Procédure Civile*⁴⁷. Hence a party in a civil proceeding, after having suffered the abusive activities performed by his lawyer paradoxically risks being considered the only one responsible for their legal consequences; and this while no prescribed sanction will expressly concern the lawyer by whom these strategic choices were actually carried out. Such a remark is actually pointing out an aspect very seldom taken into account in Europe (and, contrarily, taken seriously into account in the U.S.), i.e. the

⁴⁵ For the text of the rule and a comment, see J. NORMAND, G. WIEDERKEHR, *Nouveau code de procédure civile*, (cited in n. 1) 391, in general, see R. MARTIN, *L'abus de droit et l'article 700*, in *J.C.P.* 1976, G, IV, 6630; J.F. PANSIER, J.M. PANSIER, *Abus de procédure, article 700 du Code de procédure civile et référé*, in *S.J./G, Doctrine* 1983, I, 3105.

⁴⁶ See again J.F. PANSIER, J.M. PANSIER, *Abus de procédure, article 700*, cit., 21.

⁴⁷ For some remarks in this perspective, see A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, (cited in n. 6).

inevitable mingle of ethical and procedural factors in the area of procedural abuse⁴⁸. Short of some relative variations, a fundamental factor to be pointed out is the scarce relevance of legal ethics in the European context. Here, recognition of its necessary interaction with procedural law, while so far less than marginal, seems actually a factor of special relief in areas like that of abuse where the influence of lawyers' activities appears by no means pivotal. Not only in the area of procedural law is there apparently no room left for involving lawyers in sanctions for abusive practices, but just as scant and marginal is the concern shown for this problem by the rules of legal ethics.

This is certainly true for Italy: in the brand-new *Codice deontologico forense* of 1997 any idea of burdening lawyers with so much cumbersome responsibility is actually completely lacking. In this *Codice* there's no rule, like the A.B.A. Model Rules of Professional Conduct 1.2 (a), 3.1, and 3.2, directly disposing against the lawyer who engages in abusive practices, and expressly sanctioning his/hers professional behaviour⁴⁹.

In the Italian context the sole provisions likely to purport this kind of question are conceived in the form of vague general contentions or random suggestions. In the above mentioned *Codice deontologico forense* such an approach is, for instance, shared by articles 5 and 6 – concerning lawyers' «dignity and decorum» and «loyalty and correctness» in performing their professional activities, and by article 14 – in which the «duty of truthfulness» finds a very fuzzy definition⁵⁰.

In this connection the only shadow of sanction – a disciplinary proceeding held in front of a panel of practicing colleagues – is submitted in the *Codice deontologico* to a finding of express maliciousness on the part of the performer.

This extremely lenient approach of the Italian *Codice deontologico* is also apparent in a rule – subsection 2 of article 23, concerning the «duty of representation» – in which some hints of, although marginal, perception of the values involved in the notion of procedural abuse might be found⁵¹. According to this provision the lawyer must in fact refrain from – and object to – any groundless procedural activities disrupting the proper course of a judicial proceeding. In any case, because of the lack of an efficient sanctioning apparatus, it would seem at least improper to see this norm as a basic anti-abuse provision in the context of the Italian legal system.

An all in all similar approach seems to characterize the French discipline of legal ethics. Like the Italian, the French rules of legal ethics in fact do not provide specific provisions for sanctioning lawyers' abusive practices. The goal of the French rules of legal ethics seems rather to organize the legal profession as an institution rather than to cope with problems like the abuse of civil proceedings. The only provisions yet indirectly concerning these problems are those contained in article 131 of the *Décret* of November 21st 1991 (n. 91-119), holding the lawyer «*civilment responsable*» for the professional activities

⁴⁸ See again A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso*, *supra*; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*.

⁴⁹ See G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering – A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*², Englewood Cliffs 1990, I, *passim*.

⁵⁰ For the text of these rules, see *Foro it.* 1997, V, 341.

⁵¹ For the text, see the indications on the previous footnote.

accomplished by his associates (similar provisions are traceable in articles 25 and 26 of the *loi* of December 31st 1971 restructuring on the whole the French legal profession)⁵².

B. Far from a complete and satisfactory survey, this brief overview was just meant to provide some scattered clues to the status of APR in the, after all, rather limited context of the French and Italian legal systems. A basic consideration in this connection is that neither at a normative nor at a conceptual level do the two systems here considered share a common functional approach to cope with the problem of abuse, or effectively sanctioning abusive practices. This is true despite the common origins of these two systems and the still quite frequent cultural interactions concerning the notion of abuse⁵³. As a matter of fact, while some remarkable analogies remain – as the shortages envisaged in the area of legal ethics – normative and conceptual solutions seem to follow parallel tracks. In short, the lack of sanctions especially characterized by the Italian legal system faces, in the French legal system, the traditional philosophy of the *dommages et intérêts* and the resort to other monetary sanctions.

A further consideration is the fact that this apparently static situation, with its steady set of immutable factors, at a closer look doesn't seem to stand completely still. With regard to the Italian legal system, undoubtedly the less advanced of the two under consideration, it ought to be said that in the last years some hints of interest in the problem of abuse are showing up. The context in which the recent discussion on the multiple meanings of the notion of abuse⁵⁴ as well as the ever more frequent studies cataloguing the numerous examples of abusive procedural behaviours must be set⁵⁵. The same can be said for the, by now, long-lasting debate on the overuse of provisional remedies in Italian civil practice, an area in which multiple abusive practices begin to be detected⁵⁶.

⁵² See the text of this norm in *Journal officiel de la République française – La profession d'avocat, Textes législatif et réglementaires*, Paris 1993, 83; of course, in the *Loi* of December 31st 1971 (n. 71-1130), titled «Creation et organisation de la nouvelle profession d'avocat», provisions related to disciplinary proceedings and generally to the way of submitting lawyers to them are not missing (see articles 25 and 25.1, and 26 recalling in general the special provision mentioned in the text, in the same book here quoted, 13-14); With regard to the lawyers' professional responsibilities, see also in general R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, Paris 1995; and especially J. HAMELIN, A. DAMIEN, *Les règles de la profession d'avocat*, Paris 1992, 538-541.

⁵³ M. ROTONDI (ed.), *L'abus de droit*, Padova 1979, *passim*; A. GAMBARO, *Abuse of Rights in Civil Law Tradition*, in A.M. REBELLO (ed.), *Aequitas and Equity*, Jerusalem, 1997, 632.

⁵⁴ See, e.g., *Diritto privato 1997 – L'abuso del diritto*, (cited *supra* in n.6).

⁵⁵ See, e.g., M.C. TRAVERSO, *L'abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1992; M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 196; and, in much wider terms, G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano 1993, 39.

⁵⁶ See, e.g., C. MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *La tutela d'urgenza – Atti del XV convegno nazionale (Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile – XLII)* 1986, 22, 25, 32; in this same book (at 83, 104) see also G. VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 750 ss.; more recently and also as to the reform of this part of the Italian civil procedure together with the amendments of 1990 and 1995, see C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile* 1996, 679; Id., *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in *Giur. it.* 1998, III, 611; for some keen remarks concerning the chances of abusive practices in labour law proceedings, see L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. it. dir. lav.* 1994, 341, 345.

A final mention should be made of a very recent decision by the Italian *Corte di Cassazione* which holds the lawyer responsible – and condemned to the payment of compensatory damages – for the negative outcome of a judicial proceeding whenever brought about by his/her own negligent representation in court of the client's interests⁵⁷. Because of the monetary sanction involved will this decision represent the leading case in a new trend, linked rather to the notion of professional negligence than to recognized abusive practices, and roughly shaped on the French approach heavily sanctioning these activities through *dommages et intérêts*?

⁵⁷ *Cass. civ.*, sez. III, February 6th 1998, n. 1286.

6. A SHORT HISTORICAL SKETCH OF THE LEGAL PROFESSIONS*

Geoffrey C. Hazard Sr. e Angelo Dondi

SUMMARY: 1. Forewords. – 2. Officials Specialized in Law. – 3. Lawyers' Special Technique and Special Access. – 4. Professional Lore. – 5. Upper and Lower Level Lawyers. – 6. Criminal and Civil Practice. – 7. The Legal Profession from Sixteenth to Twentieth Centuries. – 8. 'General Practice'. – 9. A Competitive Vocation. – 10. Modern Admission Requirements. – 11. Persistent Grievances, Early Regulation. – 12. Modern Law Practice. – 13. Careers in Law in the 'Legalized State'.

1. Forewords

The history of legal ethics is derived from the history of the legal profession. The history of the legal profession is long, obscure in many respects and, because most histories have been written by lawyers, is shrouded in self-congratulatory myth¹.

Preliminary to analysis of legal ethics there is an important problem of definition of the concept of 'lawyer' and the related concept of 'judge'. In concept and certainly in modern context, both lawyers and judges are members of the 'legal profession'. This definition is itself derived from law. In modern regimes, a judge is constituted not by custom or religious tradition but by a legal procedure of appointment, generally a constitutional procedure. Similarly, in modern regimes lawyers are persons having an exclusive, legally-conferred license to call themselves by that name, based upon legally prescribed educational qualifications. In the absence of such a legal definition, it is difficult to distinguish a 'lawyer' from someone who acts as intermediary in a dispute between private persons and government officials or between private persons. Similarly, it is difficult to distinguish a 'judge' from other kinds of government official who make decisions guided by legal rules.

The difficulties of definition are illustrated in the procedure for resolution of legal disputes in classical Greece. Ancient Greece had a legal process but no developed substantive law, and a highly developed technique of advocacy but no 'lawyers' recognized as such. The audience for the technique of advocacy was the *polis* – the adult, male non-slave population sitting as a committee of the whole. The *polis* as a judicial forum determined the legal standards according to which judgment would be given, and also determined the relevant facts, and in this framework then gave judgment². Advocacy consisted of orations

* Questo scritto è stato pubblicato in *ZZP Int.* 2001, 205-238.

¹ Perhaps the best example is an American treatise by a distinguished academic lawyer that is nevertheless infused with professional mythology in R. POUND, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, Racine 1953.

² See, e. g. R.J. BONNER, *Lawyers and Litigants in Ancient Athens*, Chicago 1927; D.M. MACDOWELL, *Law in Classical Athens*, London 1978.

given for and against the accused³. The technique in advocacy was called rhetoric, a term that comes down to us as describing all forms of partisan speech, including that presented in political and parliamentary debate.

Advocacy in Greek legal disputes apparently was like the closing arguments of advocates in modern judicial procedure summations of evidence, invocation of the norms of proper decision, appeals to civic responsibility, etc. Because the Greek tribunal was constituted of ordinary citizens, the arguments strongly resemble those made to juries in American procedure, that is, resting on general conceptions of right and wrong rather than precise legal definitions. It is evident that some speakers, although not professionals in the modern sense, were more effective and more practiced than others. Apparently payment for services of such volunteers was prohibited, but it seems not improbable that the volunteers were permitted to accept gifts. Functionally, they can be identified as 'lawyers' although they were not formally identified as such.

Similar functional specialization no doubt emerged in other ancient societies.

The history of the legal profession in the Western tradition therefore conventionally begins with Rome⁴. In the Roman republican period it came to be recognized that parties to legal disputes could have representatives to make appearance on their behalf if, for example, they were abroad. They could also have advisers at their side. There was a conceptual difficulty and practical apprehension regarding both practices. The conceptual difficulty was that litigation is designed to conclude and determine personal rights, yet how could an assistant or agent do that for someone else? The practical apprehension was that allowing use of advisers could confer unfair advantage on litigants who could afford assistance. These issues concerning the authority and responsibilities of an attorney recur in the subsequent history of the profession.

Despite these unanswered questions, as Dr. Engelmann states, «Representation of parties to actions had already grown into a regular business, in the republican period». Acting as a representative was subject to various regulations. «None could appear as advocate unless he had studied law and obtained from a public official permission to exercise the calling. The advocates licensed to practice before a given court formed a corporation and were under the disciplinary power of the presiding judge». Professional advocates were permitted to charge fees⁵. The professional corporation constituted of Roman advocates is a progenitor of the modern bar association, and the disciplinary authority of the courts is a mechanism still universally employed in modern legal systems.

Another function of law-trained specialists in Roman practice was that of legal counselor or 'jurisconsult'. Some scholars suggest that this function was much more important than advocacy, in that provision of legal advice by jurisconsults was afforded through holders of political office and hence connected with political influence⁶. (A similar symbiotic relationship between legal advice and political influence is familiar to observers in some localities in the United States and elsewhere.) In any event, no later than foundation

³ See S. USHER, *Greek Oratory: Tradition and Originality*, Oxford 1999.

⁴ A classic exposition is A. ENGELMANN, *A History of Continental Civil Procedure*, Title III, Chapter I, Topic 3, (translation by Robert Millar), Boston 1927.

⁵ A. ENGELMANN, *op. cit.*, 341, 342.

⁶ H.J. WOLFF, *Roman Law: A Historical Introduction*, Norman 1961, 96-97.

of the Roman Empire in approximately 30 B. C. E., there was a distinct legal culture with formal legal rules and recognized legal practitioners. There certainly were persons especially conversant with the law and its procedures who could be consulted in connection with, and no doubt also in anticipation of, legal disputes⁷.

However, there are serious difficulties in historical analysis of the Roman period. Some of the difficulty results from the fact that we are required to discern the earlier Roman period through the lens of later Roman legal development, particularly the collection of laws usually referred to as the Justinian Code. The Justinian Code was promulgated in the late Roman Empire about the year 500 C. E. and had been commissioned by the Emperor in order to eliminate contradictions and ambiguities in versions of the law coming down from earlier times. The very fact that it was felt necessary to eliminate contradictions and ambiguities in Roman law signifies that there had been a prior legal tradition in which the contradictions and ambiguities had arisen.

Criminal procedure in Roman law assumed some resemblance to modern criminal procedure, that is, formal accusation followed by procedure of proofs, although the Greek procedure of decision by committee of the whole still persisted in some kinds of proceedings, exemplified by the performances of the rhetorician Cicero⁸. Procedural law in ordinary criminal cases took on distinct patterns called *formulae*. The formulae were the original form and core of the early Roman legal culture's concept of law: A standardized format for defining the issues in controversy and the means by which those issues were to be determined⁹. Nevertheless, this leaves unexplained precisely how trials were conducted – whether the parties ordinarily had assistance of legal advisers, and, if so, how the advisers might have interacted with the tribunal¹⁰. Through study of the *formulae* we know a great deal about the rhetoric or technical formulation of the law, while recognizing that the procedure was much more complicated. We also know that there was a category of practitioner with specialized legal knowledge to whom legal disputes were referred, the so-called *patronus*, engaged in an adjudicative or legal counseling function of some kind¹¹. However, we do not know precisely the functions performed by Roman legal advisers. The uncertainty is especially great with regard to civil cases. For that reason we cannot know whether there were rules or conventions of ethic¹².

⁷ See V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, Napoli 1977, 149 ss.

⁸ See M. BREONE, *Storia del diritto romano*⁴, Roma 1991, 155; J.M. DAVID, *Le Patronat judiciaire au dernier siècle de la République Romaine*, Roma 1992, 367.

⁹ See E. BETTI, *Diritto romano*, Milano 1935, I, 458; ID., *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi in Onore di G. Chiovenda*, Padova 1927, 100; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 19, 53, 117, 132, 268; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (Italian translation), Milano 1938, 150; M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*², München 1976, 200; and see especially G. PUGLIESE, *Il processo civile romano – Il processo formulare*, Milano 1963, II, I, 100; J.L. MURGA, *Derecho Romano Clasico – II. El Proceso*, Zaragoza 1980, 159, 287.

¹⁰ For such as is known about the function of lawyers in the roman empire, see T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*², New York 1994, 3, 16, 28.

¹¹ See J.A. CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, London 1995, 13, 16; J.M. DAVID, *op. cit.*, 49.

¹² See J.M. DAVID, *op. cit.*, 593, 642.

A further problem with the Roman legal system, which we do know about, was the diversity of legal regimes within the Empire. In general, the Roman imperial policy was to support the local governance regimes of the remote provinces of the empire. Roman citizenship was a prized privilege that entailed the special right to be adjudged according to Roman law, but persons not Roman citizens were subject to provincial authority in various forms. Accordingly, in a famous example, at the hearing before Pontius Pilate concerning Jesus, the Roman governor is reported to have remanded the accused for trial before the provincial Jewish authorities¹³. By traditional account, the accused was unrepresented by counsel.

2. Officials Specialized in Law

Because of the paucity of detail about the function of participants in legal procedure under the Roman Empire, the earliest point in western history at which there is detailed information about judges and lawyers is the later Middle Ages, the Twelfth and Thirteenth Centuries. The emergence of a vocational class identifiable as lawyers coincides with the emergence of a body of officials identifiable as judges¹⁴. There continues to be a definitional problem, however.

The primary definitional problem is to distinguish 'judges' from other kinds of governmental and administrative functionaries in the regimes of the Middle Ages. All judges exercise authority derived from some other source of political authority. A judge must be constituted or recognized as such by others who in turn are recognized by the relevant community as having authority to confer adjudicative authority. However, the concept of judge has to be distinguished from other functionaries in a regime – officials such as sagacious adviser, 'right-hand man of the king' or deputy or viceroy. Therefore, not all officials who exercise delegated authority can properly be called judges.

In modern context, 'judge' is an official given authority by the regime, through a regularized procedure, to hear and determine controversies that are framed in terms of claims of legal right and who is obliged to determine the controversy according to substantive legal standards and rules of procedure specified by law. A judge exercises authority not as a matter of discretionary dispensation, as would a king exercising the royal prerogative, but instead a judge is 'bound by' the law. The judge personally accepts, and is expected by others to accept, the discipline that his decisions are to be governed by legal rules and not merely by considerations of expediency, kinship, or 'reasons of state' in the Machiavellian sense¹⁵. Modern judges are selected through specified legal procedures, are required by

¹³ Gv. 18, 31 («Take him yourselves and judge him by your own law») *The Revised English Bible*, Oxford 1989.

¹⁴ P. DEL GIUDICE (ed.), *Storia del diritto italiano – Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Milano 1900, VI, I, 270; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino 1930, 728.

¹⁵ The classic formulation is by Max Weber, discussing the distinctive features of 'bureaucratic' government. See M. WEBER, *The Three Types of Legitimate Domination*, in 4 *Berkeley J. of Sociology* 1958, I, originally published in German in 1922.

law to have special qualifications (for example, a legal education), and are constituted in office by legal forms of appointment¹⁶.

All lawyers are engaged in assisting people involved in controversies over rights and duties, but not all people providing such assistance can properly be called lawyers. In modern business organizations, all kinds of functionaries apply various kinds of legal knowledge and technique – lending officers in banks, insurance company staff, personnel officers supervising company compliance with employment law, etc. Modern lawyers in particular become such through specified legal procedures (for example, successfully passing a qualifying examination), are required by law to have special qualifications (a legal education), and are constituted in office by legal forms of appointment (being admitted to the bar). However, these elaborate modern legal formalities are the product of a long evolution.

In many modern regimes, there are distinctions internal to the category of ‘lawyer’. Thus, in England the function of barrister or advocate is distinguished from legal counsellor (‘solicitor’ in English terminology) and, in civil law systems such as that of France and Germany, there is a distinct category of *notaire*. A *notaire* is a legally trained official who documents and solemnizes standard transaction (particularly those affecting title to real property, such as deeds, leases and wills); authentication by a *notaire* is required to make such transactions legally effective. In Sweden, no legal boundary prohibits anyone from functioning as a lawyer, the only restriction being that a person may not identify himself as an ‘advocate’ unless he has been formally admitted to practice before the courts¹⁷. As a result of these variations, the modern definition of ‘lawyer’ therefore is necessarily somewhat ambiguous¹⁸.

At approximately the beginning of the Twelfth Century, beginning in Italy and thereafter evolving in other parts of Europe, there occurred what is retrospectively known as a ‘legal renaissance’. This development was linked to that of the city-state and to the rise in influence of a merchant class side by side with the more ancient military class¹⁹. At one stage or another in various parts of Europe, a body of functionaries emerged who could be called lawyers, or at least proto-lawyers. These functionaries performed two basic tasks. One was assisting people who had disputes with the governing regime, or disputes with neighbors in which one of the disputing parties petitioned the regime to impose a resolution or to mediate the dispute. This function corresponds to the function of the modern advocate. The other task was to advise people involved in such disputes,

¹⁶ In modern regimes, the authority to appoint judges is formally conferred by law. See. e. g., Basic Law, Federal Republic of Germany, Art. 94 (providing that half of the members of the Federal Constitutional Court are elected by the *Bundestag* and half by the *Bundesrat*); United States Constitution, Art. II, Sect. II.

¹⁷ See L. LINDSTROM, C.M. VON QUITZOW, *The Legal Profession in Sweden*, in A. TYRELL, Z. YAQUB, (ed.), *The Legal Profession in the New Europe*² 1996.

¹⁸ The ambiguity of the definition of ‘lawyer’ corresponds to the ambiguity of the term ‘practice of law’. The latter term is significant in regimes that confine ‘practice of law’ to ‘lawyers’. See D.L. RHODE, *Policing the Professional Monopoly: A Constitutional and Empirical Analysis of Unauthorized Practice Prohibitions*, in 34 *Stan. L. Rev.* 1 1981.

¹⁹ See A. SOLMI, *Contributi alla storia del diritto Comune*, Roma 1937, 230, 235; G. POST, *Studies in Medieval Thought – Public Law and State*, 1100-1322, Princeton 1964, 18, 80; H. MITTEIS, *Le strutture giuridiche e politiche dell’Età Feudale*, Brescia 1962, 272.

or concerned that they might in the future become involved in disputes, about how to mitigate the dispute or to improve their position if the dispute devolved into litigation. Assistance of this kind could be pursued with even greater foresight, where the aim was to avoid a dispute altogether. Assistance of this kind corresponds to the function of the modern legal counselor.

3. Lawyers' Special Technique and Special Access

Lawyers in all eras have special legal knowledge and have had special access to the courts. The special legal knowledge can be called 'technique'. 'Technique' in the classical Greek sense includes formally acquired knowledge derived from the study of texts and attendance at lectures, as in the legal *curriculum* at a university, and also includes specific professional arts or skills. A primary professional art for lawyers is that of employing rhetoric – the art of persuasion. The art of persuasion is a complex interpersonal procedure, learned chiefly by experience. Lawyers employ the technique of persuasion as advocates in addressing judges, and employ it also in negotiation when addressing lawyers representing other parties. Another professional art is that of gauging the opportunities and risks in resolving human conflicts, whether through litigation or negotiation or other means. That art is often called professional judgment and it too is learned chiefly through experience.

Lawyers in all eras have also had special access to courts. A limited form of access is the right to advise a litigant about how the litigant should present his case to a court. In more advanced form, the lawyer's special right is that of an advocate, who is authorized to present direct address to the court on behalf of a litigant. The advocate thus enjoys a special right to discuss legal disputes with the judges prior to the time when judicial decision has been reached. This right is called the lawyer's 'right of audience'. The lawyer's exercise of the right of audience can influence how the judge understands the governing legal rules and how the judge assesses controverted evidence. The purpose of the lawyers' arguments is to enlighten the judge's decision by giving reasons for and against a particular result.

The right of audience historically was limited to those having special training as advocates²⁰. Qualifying as an advocate required an aspirant to carry out an apprenticeship in the service of the court or with an established advocate. Apprenticeship provided opportunity for the candidate to learn the substance of the law and the lore and practices of the profession. Apprenticeship also provided the judges and established lawyers opportunity to assess the candidate's competence, diligence and discretion. As the legal profession became more formalized during the Middle Ages, requirements were imposed for systematic education at some kind of legal institute or university, or *studia* as early institutes were called. A most famous 'law school' (to use a modern term) was at Bologna, an *imperial studium legale* dating back to the Eleventh Century; others soon afterward were established in Pavia and later on at Padua²¹. However, some form of apprenticeship

²⁰ See G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. DEL GIUDICE, *Storia del Diritto Italiano*, III, II, 220.

²¹ A. SOLMI, *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma 1937, 235, 257, 287, 304; G. TAMASSIA, *Bologna e le scuole imperiali di diritto*, in *Arch. Giur.* XL, 1888, 267 ss.; H. MITTEIS, *Le strutture giuridiche e politiche dell'Età Feudale*, 1962, 441; M. BELLOMO, *Saggio sull'università nell'età del Diritto Comune*, Roma 1996, 25, 52, 61, 132, 229; G. ERMINI, *L'educazione del giurista nella*

remained an element of a lawyer's training, whether by legal requirement or by practical necessity. A lawyer's vocation is 'practice' which is an activity learned by experience as well as academic instruction.

In the medieval period, one can imagine an ordinary citizen being able to navigate the legal system and effectively present a legal claim without assistance of a lawyer. As political systems stabilized in the Renaissance and afterwards, legal systems became more elaborate and technical. In developed legal systems, such as that which evolved in Europe by the Sixteenth Century, it is a practical impossibility for the ordinary litigant to represent himself effectively. The procedure in such a system is intelligible to an educated jurist but would have been baffling to an unsophisticated litigant²². Referring to the situation in England at the close of the thirteenth century, Professor Brand observes:

The new royal courts were run by judges... who had already gained knowledge of the law from service as clerks or as professional lawyers...

This meant that litigants needed expert legal assistance in dealing with a set of rules and procedures with which they were not and could not be familiar...²³

A developed legal system therefore creates its own demand for advocates²⁴.

The other primary function of lawyers consists of legal counselling. Legal counselling is an important step removed from the function of advocacy in litigation. A practical question for litigants in most legal disputes is whether it will be useful to pursue the dispute into court. Obviously, it will not be useful to do so when it can be predicted that the result will be adverse. In such cases, the litigant will suffer not only loss of the case on the merits but also the cost of litigation (the court fees and the fees of his advocate) and, in most legal systems, also liability for the opposing party's costs. A litigant as a matter of prudence therefore would ordinarily be guided by advice as to whether to proceed. Advocates in their relationships with clients are legal counselors insofar as they give advice about the prudence of pursuing litigation, based on their estimates of the chance of success and the cost of carrying through with the litigation²⁵.

However, estimations of the chance of success can be made by others who are also familiar with the behavior of courts. These include clerks of court, assistants to judges and advocates, and others in position to observe patterns of litigation. That experience puts such observers in a position of familiarity similar to the position of advocates, without their being engaged in the function of advocacy. This kind of experience is the primary basis of the 'lower level' kind of law practice whose evolution is to be considered in Sec. 5.

Tradizione del Diritto Comune, in *L'Educazione giuridica*, 1978, II, *passim*; D. SEGOLONI, 'Practica', 'Practicus', 'Practicare' in *Bartolo e in Baldo*, in A. GIULIANI, N. PICARDI (eds.), *L'Educazione Giuridica*, Perugia 1979, II, 52; G.P. MASSETTO, *Gli Studi di Diritto nella Lombardia del Secolo XI*, in *Lanfranco Pavia e l'Europa del Secolo XI*, Roma 1993.

²² See, e. g., the description of French civil procedure in the seventeenth century in A. ENGELMANN, *A History of Continental Civil Procedure* (translation by R. MILLAR), IV, Topic 3, Ch. III, Boston 1927.

²³ P. BRAND, *The Origins of the English Legal Profession*, Oxford 1992, 32.

²⁴ See, e. g., D. RHODE, *In the Interests of Justice*, New York 2000, *passim*.

²⁵ On the problem of estimating the chances of success in litigation see, e. g., F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*⁴, Boston 1992, sec. 6.4.

4. Professional Lore

Legal texts expound the legal rules that govern the relationships among persons and organizations in the community (substantive law) and the rules that govern how the courts function (procedural law). However, specialized legal knowledge or technique also includes information and insight as to how the legal system actually functions, how judges carry out their judicial functions, and how particular judges are likely to decide a case if a dispute comes down to a judicial decision. This component of a lawyer's knowledge can be called 'professional lore', meaning informal knowledge shared within the profession. It is acquired by observation of practice, by direct experience in dealing with the courts, and by informal conversations – professional gossip – among lawyers.

Lawyers have always intensively engaged in professional gossip²⁶. Convivial discussion among opposing lawyers engenders suspicion on the part of clients, who wonder how a lawyer so friendly with an opponent in one moment can in another moment be a stalwart advocate for the client. Such worries are understandable but ordinarily unjustified. Talk between opposing lawyers ordinarily concerns the possibility of settling the matter immediately in dispute or negotiation over the next steps in handling the matter, or consists of professional gossip. Discussion of possibilities of settlement or of next stages in a litigation or transaction is part of the lawyer's responsibility, while engaging in professional gossip serves various other purposes. These purposes include release from tensions arising in lawyers' work, opportunity to complain about judges and clients, relief from boredom, etc. Professional gossip addresses such topics as the mental habits and inclinations of judges and court officials, the ways of dealing with various government agencies, the state of the calendar in various courts and agencies, the rise and fall of standing and reputation of fellow practitioners, recent events in the law courts, and political gossip concerning the state of affairs locally, in the nation and sometimes in the world. Professional gossip thus provides lawyers with additional insight into the ways, idiosyncrasies and prejudices of judges and court staff or other members of an official bureaucracy²⁷. Exchanging professional gossip is an important function of gatherings of lawyers. More or less organized gatherings of lawyers evolve into bar associations.

Gossip cumulatively becomes part of the lore of the profession and helps define its culture. The resulting professional culture in turn has much force in shaping attitude and behavior of individual lawyers.

Professional lore is captured in professional anecdotes and pronouncements that are handed down from generation to generation and which migrate from locality to locality. Many of them are funny, although usually ironic in tenor. A fair sample of the genre

²⁶ Traces of professional gossip can be found in earlier works about the legal profession. See, e. g., G.B. DE LUCA, *Dello Stile Legale*, Roma 1674, 98; ID., *Il dottor volgare, ovvero il compendio de tutta la legge civile, canonica e municipale*, I *Proemio*, Roma 1673, Chap. VII, 46. Concerning De Luca, see A. LAURO, *Il Cardinale Giovan Battista de Luca – Diritto e riforme nello Stato della Chiesa 1676-1683*, Napoli 1991, XI, XX, 265. For an American counterpart, see the diaries of John Adams, lawyer in Massachusetts prior to the American Revolution and later second President of the United States, J. ADAMS, (L.H. BUTTERFIELD, ed.), *Diary and Autobiography of John Adams*, Cambridge, Mass. 1962.

²⁷ For discussion of early professional bureaucratic culture, see, e. g., N. ELIAS, *La società di corte*, Bologna 1985, 214 (italian translation of *Die Höfische Gesellschaft*, 1975).

is contained in a treatise on the legal profession in India, including aphorisms and anecdotes not only from Indian practice but also from England and the United States²⁸. Among the aphorisms are the following:

- Law is not natural reason, but... the artificial reason and judgment of the law.
- The Bar and the Bench are the joint guardians of the rule of law.
- Every man owes some of his time to upbuilding of the profession to which he belongs.
- It is not the duty of a legal practitioner blindly to follow every instruction his client gives him.
- One of the standard anecdotes is this:
- Judge of appellate court to counsel: «You need not cite any more authorities; you may safely assume that the Court knows something».
- Counsel in response: «The assumption that the Court knew something was the mistake I made in the Court below».

Another anecdote:

- Clergyman to lawyer: «I always understood that you gentlemen of the bar were not in the habit of charging clergymen for your services».
- Lawyer in response: «You are much in error. You clergymen look for your reward in the next world but we lawyers have to get ours in this».

Perhaps the most persistent pronouncement in lawyers' professional lore is lamentation over decline in the ethics of the profession. Similar lamentations have been uttered apparently in every historical era. For example, a leader of the American bar stated in 1894 that «There has been some decadence in the lofty ideals that formerly characterized the profession ...» The terms 'former' and 'ideals', together with demands for repair and restoration, have been standard pronouncements by leaders of the bar in all regimes in, all ages. The invocation of lofty ideals by leaders of the bar could be considered, in Samuel Johnson's phrase, «as the triumph of hope over experience». Another interpretation is that they are endeavors at reinforcement of professional ideals in a profession whose ideals are perpetually under intense stress.

5. Upper and Lower Level Lawyers

The legal profession as it evolved in the Middle Ages was constituted into upper level and lower levels. The boundary formally defining the upper level lawyers is 'the bar'. The bar literally is the rail in a courtroom that separates the court proper from the benches open to the public, much as a similar rail or screen in a church marks off the area of the altar. The terms 'member of the bar' and 'bar association' stem from this physical separation of the judge and the advocates, on one hand, and the general public on the other.

The upper level practitioners were the advocates those having the right of audience in court. In the church courts of the Fourteenth Century, for example, the division between upper and lower levels was between advocates and what were called 'proctors'. The advocates gave formal opinions and presented argument in court. The proctors «were not expected to be legal experts and hence depended less on academic credentials and more on

²⁸ C.L. ANAND, *Professional Ethics of the Bar*², Allahabad 1987.

their practical ability to manage litigation and to guide litigants successfully through the procedural and bureaucratic labyrinths of the court»²⁹. The lower level lawyers performed various auxiliary tasks, that were regarded as legally unsavory and others that simply were illegal. For example, exercising persuasive influence on a court clerk to see that a matter was placed on the court calendar ahead of other matters is unsavory, but it would be illegal where there are definite rules governing priority in calendaring. Paying a bribe to a court clerk for the same purpose is illegal in all legal systems and is considered also to be seriously wrong in most systems.

It would be a mistake to suppose that in pre-modern times the differentiation between upper level and lower level practitioners was clearer than was the definition of the legal profession itself. As Mr. J. H. Baker has said of the English legal profession in the Fifteenth Century:

- When we contemplate lawyers as a whole, we are bound to wonder whether these diverse men of law can properly be regarded as constituting a single profession. Some lived from the profits of public office, other from private practice; many combined both. Some were in the permanent employ of great magnate; or religious houses, other grubbed for work of a more ad hoc character among lessor folks; many had mixed practices, serving high and low as occasion offered. Some specialized in advocacy or 'counselor', including skilled draftsmanship, advice, and acting in arbitrations. Others kept to the more menial tasks associated with attorneyship, clerkship and auditorship. Some followed both callings at once, and may even have combined them with other occupations³⁰.

Nevertheless, it is possible to distinguish between upper and lower level practitioners in general terms even if it is impossible to do so cleanly as an empirical matter³¹.

Upper level practitioners are the lawyers called upon to appear in the appellate courts and the trial courts of general jurisdiction, as distinct from courts exercising petty jurisdiction. In appearances in court, the upper level advocate is expected to employ technical discourse and exhibit sober demeanor corresponding to that of the judges in the upper level courts. Emulation of judicial style signifies deference to judicial authority and recognition of the advocate's role as the judge's subordinate colleague. The modern model for advocates is the English barrister, where identification with the judges is particularly strong. In France, Germany, Italy and England, lawyers when in court wear black robes like those of the judges. Even in the United States most lawyers conduct themselves in most courts with a measure of gravity and wear dark formal clothing. The courtroom lawyer for the United States Government in cases before the Supreme Court traditionally wears a cutaway and tails.

²⁹ J.A. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, London 1995, 137-138.

³⁰ J. BAKER, *The English Legal Profession, 1450-1550*, in W. PREST (ed.), *Lawyers in Early Moderna Europe and America*, New York 1981, 17.

³¹ For the situation in continental Europe, see, e. g., A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla Codificazione*, Milano 1900, VI, I, 270, 274; J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968, 125; G. GORLA, L. MOCCIA, *A 'Revisiting' of the Comparison Between 'Continental Law' and 'English Law' (16th-19th Century)*, in 2 *J. Legal History* 1981, 152. Concerning the English bar, see P. BRAND, *The Origins of the English Legal Profession*, Oxford 1992, 93, 117.

In France, the upper level lawyers were called *avocats*. In the *ancien regime* they enjoyed something of noble status, with attendant privileges. Concerning their status in that period a legal historian notes as follows:

- [T]he advocate was exempted from military service; he could expel from his neighborhood any artisan who disturbed his work; the eldest members of the bar had the right to bring their cases directly to the highest courts, just as aristocrats did³².

Upper level lawyers in France, Spain and England in the Sixteenth and Seventeenth Centuries considered themselves to be public figures and members of the governing class in great empires – an aristocracy ‘of the robe’³³.

An advocate’s direct interaction with the judges in litigation yields special insights about how the court might decide a legal dispute that has not yet ripened into litigation. In proportion as the advocates shared the technical and cultural viewpoint of the judiciary, an advocate’s legal opinion could approximate a pronouncement of a court. This is the basis of legal counseling performed by senior advocates and conventionally is given expression in the form of written opinions. Such an opinion could be obtained, although for a fee, more quickly and less expensively than an adjudication, and had the additional virtue of being private. Providing such opinions remains today an important function of lawyers whose legal opinions command respect among judges and other members of the legal community.

In every bureaucracy, however, there are discrepancies between how the system is ordained to function and how it actually functions. There are people who know how the system actually works and who are ready to apply that knowledge in operation of the system. The purveyors of this assistance in the operation of the courts were the lower levels of legal practitioner. Historically, the lower levels of legal practitioner in the English courts were called «attorneys» or «solicitors», in contradistinction from barristers. In Spain, the division was between upper level *abogados* and lower level *procuradores*; in Italy, the division was between *avvocati* and *procuratori*. In France, the lower orders of the profession included *greffiers* or *huissiers*³⁴.

These lower level practitioners dealt with the more routine and less attractive aspects of legal procedure: helping litigants by filing papers, keeping track of their cases during pendency of litigation, making excuses to the court for delay or absence of the client or

³² L. BERLANSTEIN, *Lawyers in Pre-Revolutionary France*, in W. PREST (ed.), *op. cit.*, 164.

³³ For the outlook of the governing circles in general, see N. ELIAS, *La Società di corte*, Bologna 1980, 198, Italian translation of *Die Höfische Gesellschaft*, Darmstadt 1975; ID., *The Civilizing Process*, New York 1982; P. BÉNICHOU, *Morales du Grand Siècle*, Paris 1988, 143. Concerning the legal profession, see E. AMKIEWICZ, *Histoire des Institutions 1750-1914*, 144, Paris 1992, 61; J. BRISSAUD, *Histoire du Droit Privé*, Paris 1908, 534; L.R. BERLANSTEIN, *Lawyers in Pre-Revolutionary France*, in W. PREST (ed.), *Lawyers in Early Moderna Europe and America*, New York 1981; B. SUR, *Histoire des avocats en France des origines à nos jours*, Paris 1998, 22, 30; R.L. KAGAN, *Lawyers and Litigation in Castile*, in W. PREST (ed.), *Lawyers in Early Moderna Europe and America*, cit., 181, 264.

³⁴ See W. PREST (ed.), *Lawyers in Early Moderna Europe and America passim*, cit.; J.L. HALPÉRIN, *Avocats et notaires en Europe*, Paris 1997; L. KARPIK, *Les Avocats, Entre l'État, le Public et le Marché*, Paris 1995; for Italy in particular, see A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Milano 1900, VI, I, 272-277.

his advocate, serving as go-betweens among the lawyers, judges and court staff, etc. Lower level practitioners also could convey information to the upper level advocates about how the court actually functioned and to potential clients about the availability and fees for lawyer's services.

The following, for example, is a description of these functionaries in France:

- The litigant's first and most enduring contact with any kind of lawyer would probably be with an attorney. [The attorney's] function was to steer cases through the court and take care of the procedural details... A client's best protection was sometimes endless stalling, and he could count on the skilled attorney to uncover one procedural twist after another³⁵.

So also the function of lower level lawyer in renaissance Spain, the *solicitador*, is described by Professor Kagan:

- One of the solicitor's tasks was to act as go-between, arranging for bribes, pay-offs and gifts designed to steer his client's cases through the courts... Solicitors were a combination of legal agent and overseer for busy clients: keeping tabs on their other lawyers [i.e., the *abogado* or *procurador*], assisting in the preparation of law suits, distributing monies and otherwise making certain that their clients' cases were developing as they should³⁶.

Auxiliary practitioners often developed skills in drafting routine court documents and other legal documents such as deeds and contracts. The clever and ambitious among these functionaries could also provide guidance to their professional betters inside the bar. However, lower level practitioners faced a formidable barrier to improvement of their status as distinct from their competence. This was the strong and persistent effort of the higher level practitioners to maintain their distinct identity and their affinity with the judiciary³⁷. The upper level lawyers emphasized, for example, their professional independence and integrity and their scruples about fees, and the principle that the practice of law is a profession and not a 'business'.

A sociological interpretation of this division of the profession is that it allowed the upper level practitioners to maintain their claims to probity and intellectual sophistication in law on a plane just below that of the judiciary – professional *honor* – while the lower level practitioners took care of less noble but necessary details in service of clients. Thus, the complicated *glossae* of the Roman law could be read and expounded only by practising with university training, and not by lower practitioners who lacked the requisite literary knowledge³⁸. A similar division in English practice until the Seventeenth Century

³⁵ L. BERLANSTEIN, *Lawyers in Pre-Revolutionary France*, in W. PREST, *op. cit.*, 164.

³⁶ R.L. KAGAN, *Lawyers and Litigation in Castile, 1500-1750*, in W. PREST, *op. cit.*, 190.

³⁷ See P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, Milano 1923, II, 113, 122. Nineteenth Century American expressions reflecting similar concerns emphasized the importance of universal high ethical standards rather than differentiation according to status. See D. HOFFMAN, *A Course of Legal Study*, Baltimore, 1836; G. SHARSWOOD, *Aims and Duties of the Profession of Law*, Philadelphia 1854.

³⁸ See A. PADOA-SCHIOPPA, *Il Diritto nella Storia d'Europa*, Padova 1995, 168 ss.; M. SANTORO, *La trasformazione del campo giuridico. Avvocati, procuratori e notai dall'Unità alla Repubblica*, in *Storia d'Italia – Annali 10 – I professionisti*, Torino 1996, 83.

separated the judges and advocates, who could use the archaic Law French that was the *lingua franca* of the courts, from the lower orders of practice³⁹. A similar distinction prevailed among upper level lawyers in some Italian states, particularly Venice, Lombardy, Rome and Naples.

In the modern democratic era, formal distinctions of all kinds have become eroded if not erased. But actual stratification persists in many fields of human activity, for example, the academic world, the world of art and culture, etc., and in the legal profession. Even though there is formal equality among all persons admitted to practice law in most modern legal systems, there are in fact divisions between upper level lawyers and lower level ones. Upper level lawyers characteristically are in large law firms engaged in corporation and business law, while lawyers who practice criminal law and domestic relations law (divorce and related matters) are generally held in lesser esteem. This stratification has been documented in sociological studies in the United States but is evident in most modern legal systems⁴⁰.

6. Criminal and Civil Practice

The analysis in this book centers on law practice in civil matters as distinct from criminal law. From the medieval era until the Seventeenth Century, in most Western legal systems persons accused of crime were not permitted the assistance of legal counsel⁴¹. Historically, the office of prosecutor was and is an important instrument of state and in many legal systems has traditionally been distinct from that of lawyers who represent defendants accused of a crime. In the continental European legal systems, the prosecutor is still considered to be a member of the tribunal who fulfills a quasi-judicial role, as Professor Damaska has explained in his illuminating analysis⁴². Indeed in some legal systems the official who conducts a criminal prosecution is called a judge. The ethical responsibilities of prosecutors in all legal systems are essentially similar to those governing lawyers in civil practice, with an important if highly ambiguous qualification. A prosecutor is held to be a 'minister of justice' and hence responsible for being not only an advocate but also a guarantor of fairness to criminal defendants⁴³. However, it is unclear how this obligation

³⁹ On use of Law French, see W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*⁴, London 1936, II, 479-482.

⁴⁰ See J. HEINZ, E. LAUMANN, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*, New York 1982.

⁴¹ For England, see T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*⁴, London 1948, 410. For canon law, see J.A. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, Longman, London 1995, 147-149.

⁴² See M. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven 1986, 192-194.

⁴³ See generally ABA, *Standards for Criminal Justice: Prosecution Function and Defense Function*, Washington D.C., 1993. The ABA Canons of Ethics, promulgated in 1908, stated in Canon 5 that: «The primary duty of a lawyer engaged in public prosecution is not to convict, but to see that justice is done». That this duty was envisioned as not extending very far, however, is implied in the sentence immediately following this pronouncement: «The suppression of facts or the secreting of witnesses capable of establishing the innocence of the accused is highly reprehensible».

could go further than the obligations imposed on lawyers generally concerning truthful evidence, candor to the court and fairness with an adversary⁴⁴.

The historical development of the lawyer's function in criminal defense practice is more recent. In all modern legal systems today, a criminal accused is recognized as having a right to legal counsel. Defense counsel in criminal cases are members of the bar at large and not a distinct profession. The ethical responsibilities of criminal defense counsel have generally been assimilated to those of lawyers in civil practice and are covered by the modern codifications of legal ethics. Accordingly, the ethical obligations of criminal defense lawyers generally are the same as those of advocates in civil matters. These include avoiding conflicts of interest (for example, trying to represent co-defendants whose interests may diverge), refraining from improper delaying tactics, and showing proper respect for the court.

Nevertheless, there are some modifications and important nuances in application of these obligations to criminal practice. The American code of ethics, for example, recognizes that a criminal defense lawyer has wider latitude in carrying the proceeding to trial than does a lawyer in civil practice. Rule 3.1 of the ABA Rules of Professional Conduct formulates the difference as follows:

- A lawyer shall not bring or defend a proceeding...unless there is a basis for doing so that is not frivolous... A lawyer for the defendant in a criminal proceeding... may nevertheless so defend... as to require every element of the case be established.

The idea is that an accused in a criminal case can rightly demand that the prosecution establish guilt by proof and that counsel can participate in giving effect to that right. Essentially the same latitude is recognized in the practice in other legal systems.

A further difference in nuances of ethical obligation of criminal defense lawyers concerns the problem of perjury by a criminal accused or a witness on behalf of the accused. This problem is much discussed in American professional discourse. The basic rule applicable to all lawyers is that an advocate may not present perjured testimony⁴⁵. All lawyers accept that this restriction applies in civil matters and that in criminal matters it applies to presentations by the prosecutor and to presentations by defense counsel of testimony other than that of the accused. But when it comes to testimony, by the accused, a different view is held by most lawyers doing criminal defense work and by many judges and scholars. Under this view it is absurd to demand that an accused facing a long term in prison be obliged to speak truthfully about his own alleged complicity, and unfair to require that the accused refrain from testifying in his own behalf. By the same token, it is thought to be pretentious and fatuous to require defense counsel to impose these obligations on their clients⁴⁶.

In any event, it is common practice among criminal defense lawyers not to press the accused to 'tell the whole truth and nothing but the truth', if and when the accused gives

⁴⁴ See F.C. ZACHARIAS, *Structuring the Ethics of Prosecutorial Trial Practice: Can Prosecutors Do Justice?*, in 44 *Vanderbilt L. Rev.* 45, 1991.

⁴⁵ A classic statement is in *Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157, 166, 1986 («counsel is precluded from... assisting the client in presenting false evidence»).

⁴⁶ A strong and well known statement of this viewpoint is M.H. FREEDMAN, *Understanding Lawyers' Ethics*, New York 1990.

testimony in court. For one thing, the obligation to give this admonition to a client arises only when a lawyer 'knows' that the client will testify falsely⁴⁷. Criminal defense lawyers profess that they cannot arrive at such knowledge, at least until a client has undertaken to plead guilty (typical disposition in criminal prosecutions), in which case the dilemma does not arise⁴⁸. Many criminal defense lawyers simply avoid direct questions to a client that would produce embarrassing responses.

In most legal systems where a criminal accused can give testimony or a statement on his own behalf, it is generally assumed that, if necessary from the defendant's viewpoint, the testimony will be false. When that problem arises in the American system, the ethical code in effect transfers responsibility to the judge⁴⁹.

7. The Legal Profession from Sixteenth to Twentieth Centuries

The basic characteristics of law practice and of the legal profession persisted in substantially similar form from the Sixteenth Century until consummation of the industrial revolution in the latter part of the Nineteenth Century. The industrial revolution changed the structure of society and hence the organization of legal systems. Old socio-economic organization was based on local communal life and production for local markets by artisans working on small scale. That pattern was gradually displaced by mass production, industrial capitalism, and global markets, which have become characteristic of the Twentieth Century. The demands on the legal system slowly but inexorably evolved accordingly, and with those changes also the requirements for effective law practice.

In our discussion we will treat the modern period as beginning in 1870. Any specific date for the beginning of the modern period is of course arbitrary. Moreover, the changes in law practice emerged at different rates and began at different times in various countries. In particular, the appearance of law firms, as distinct from practice conducted as a sole proprietor, occurred first in the United States in the period before the Civil War (1861-1865) and only thereafter in solicitor offices in England. (English barristers as such still practice as solos, although in recent years English barristers have been employed in firms of solicitors.) For a much longer period in Italy, France and Spain, legal practitioners adhered to established traditions in the organization and conduct of practice⁵⁰. These traditions were based on the mode of general practice by solo practitioners dependent on personal reputation as a basis of attracting clients, and the ideal of independence from the state and from improper client interests. Not only was emergence of law firms, as distinct from solo practice, much later in Europe than in the United States, but change in the subject matter of practice also emerged later. The subject matter of office practice shifted from real estate transactions, for example, to corporate transactions much later in coun-

⁴⁷ See ABA Rule 3.3(a)(4) («A lawyer shall not knowingly offer evidence that the lawyer knows to be false»).

⁴⁸ See K. MANN, *Defending White Collar Crime*, New Haven 1985 (based on extensive empirical study).

⁴⁹ ABA Rule 3.3(a)(4), after imposing the duty to avoid offering perjured testimony, provides that a lawyer, upon learning that perjured testimony is involved, «shall take reasonable measures». Comment 111 to this Rule states that the lawyer should advise the court and that «it is for the court then to determine what should be done... ».

⁵⁰ See P. CALAMANDREI, *Troppi Avvocati*, Firenze 1921, 34 and *passim*.

tries whose economy remained primarily agricultural than in counties where industrialization had evolved earlier. However, until World War I law practice even in the United States generally shared the characteristics prevailing among European lawyers, adherence being stronger in provincial cities and towns than in metropolitan centers.

Characteristics of what may be called classic law practice are as follows:

First, the principal functions of lawyers were representation as an advocate in litigation and assistance as legal counselor in property transactions. Most litigation, apart from criminal matters, also involved property transactions. The functions of advocate and counselor were performed both by upper level and lower level lawyers according to overlapping and shifting divisions. Upper level lawyers – the barristers and *avocats* – represented clients in major litigation before the courts of higher jurisdiction. The lower level lawyers – the attorneys and procurators – represented litigation in petty cases before local tribunals. There was competition between the two levels of practitioner in cases of middle range and the boundaries between their respective spheres of dominance changed over time.

Among legal counselors there was a corresponding division of function in transactional matters. The attorneys, solicitors and scriveners handled routine transactions, the staples of their practice being sales and leases of land and simple wills. These lawyers also provided assistance to the upper level lawyers in preparation and monitoring of litigation in the higher courts; in some systems, they took care of matters at the fringe of legality, such as providing fees, commissions and ‘presents’ to officials handled various kinds of essentially business functions, such as collecting rents and checking on tenants. The upper level of the bar handled transactional matters that involved greater wealth and complications. There was competition for clientele between the two levels here as well. In America and other places where the formal division of the bar was not maintained, lawyers nevertheless sorted themselves into more or less corresponding levels⁵¹.

Second, virtually all lawyers were solo practitioners, except as law firms began to evolve in the United States in the late Nineteenth Century. This was true of English barristers and their upper level counterparts in continental Europe and also of lower level practitioners. In England it came to be a settled custom and then a rule that barristers could not practice in firms; in most other parts of Europe it was a matter of settled custom for advocates to practice as ‘solos’. In terms of professional status, functioning as solo practitioners was a demonstration that law was a profession and not a business, as might be implied if practice was carried out through a business association such as a partnership.

Among all levels of practice, the uncertainties of income inhibited lawyers from submitting to the complications of functioning through a law firm. Every lawyer’s practice was considered to be his own work product in a very personal sense. That fact precluded achievement of any substantial efficiencies through internal specialization in group practice, although a lawyer usually would have an apprentice in the copying of documents and other drudgery. The law firms that developed in North America were very small by

⁵¹ See J.P. HEINZ, E.O. LAUMANN, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*, New York-Chicago 1982; J.P. CARLIN, *Lawyers on Their Own: The Solo practitioner in an Urban Setting*, rev. ed., Chicago 1994; J.F. HANDLER, *The Lawyer and His Community: The Practicing Bar in a Middle-Sized City*, Madison 1967 (field studies of American law practice in the 20th Century, demonstrating similarities to the division of practice described in the text).

modern standards – two – person or sometimes three-person enterprises, not counting apprentices⁵². The ‘lower branch’ of the English profession (the solicitors) gained status and respectability memorialized in the Law Society Act of 1843⁵³. However, English solicitors remained a corps of solo practitioners or very small partnerships until after World War II⁵⁴. In all parts of the world today except the United States, lawyers practicing in small cities and towns, as distinct from major urban centers, still predominantly practice alone or with one or two partners.

Although most lawyers practiced as ‘solos’ well into the Twentieth Century, in many countries they often maintained their offices in commonly occupied professional quarters. Having common quarters was sometimes required by professional regulation. In any event, it was a matter of convenience, quite as tradesmen and artisans tend to congregate close to each other along vocational lines. The English Inns of Court have this origin, as places where the lawyers resided when carrying on their work. In many continental countries the lawyers officed in a ‘college’ or similarly designated institution, essentially a cluster of offices. These arrangements facilitate interchange in legal transactions, maintenance of group law libraries (law books have long been a major item of a lawyer’s office overhead), training of apprentices, and a forum for professional gossip and simple social conviviality. The opportunity for socializing with fellows cannot be overlooked. The distrust and opprobrium that have always attended law practice mean that lawyers often can find friendship primarily among their own fellows⁵⁵.

8. ‘General Practice’

As a consequence of being solo practitioners, lawyers at all levels of practice necessarily were more or less general practitioners rather than specialists either in litigation or in transaction work. A law office was predisposed to handle whatever matter a prospective client might have, because professionals do not like to turn away new business. Hence, within the range of types of practice carried on in a specific community, every lawyer ordinarily was ready to undertake whatever business came through the door. This in turn meant that the members of the bar in any community shared in high degree similar experience and knowledge of professional technique⁵⁶. Shared professional experience resulted in lawyers’ having common professional interests and made for solidarity as against judges and clients, although it also bred competition among themselves.

Professor Leubsdorf observes, concerning the French legal profession:

⁵² See L. FRIEDMAN, *A History of American Law*², New York 1985, 311, 640.

⁵³ See Solicitors Act of 1843; 6, 7 Vittoria c. 73 (conditions for admission as attorney or solicitor); W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*⁴, London 1936, XV, 223-231.

⁵⁴ R. ABEL, *The Legal Profession in England and Wales*, Oxford-New York 1988, 199-2000. See also A.H. MANCHESTER, *A Modern Legal History of England and Wales, 1750-1950*, London 1996, 53, 57.

⁵⁵ See G. ORTALLI, *Scuole e Maestri tra Medioevo e Rinascimento – Il Caso Veneziano*, *passim*, Bologna 1996.

⁵⁶ See G. GORLA, L. MOCCIA, *A ‘Revisiting’ of the Comparison Between ‘Continental Law’ and ‘English Law’ (16th-19th Century)*, in 2 *J. Legal Hist.* 143, 1981; J.P. DAWSON, *Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968, 222.

- The solo practitioner is still the norm in France. Only one-fourth of the *avocats* in Paris, and one-tenth of those in the rest of France, practice in firms, although many other had looser forms of association... The number of Paris firms increased from 113 in 1974 to almost one thousand in 1993. But in France the profession places the... protection of each *avocat*... at the center of its concerns⁵⁷.

The profession's self-image remains that of the solo or small firm practitioner, but the reality is changing, more slowly in France and Italy but rapidly in other countries, particularly those in the common law world. As Professor Ross states, speaking of Australia:

- Many more lawyers are working for large organizations, law firms, government or corporations... Figures for New South Wales [a state in Australia] showed that 46 percent of the profession were solo practitioners in 1948, falling to 21 percent by 1985... [As of] March 1997, 27 percent of practicing solicitors are in firms with 11 or more partners⁵⁸.

Being a general practitioner, ready to handle most kinds of law business, was feasible because the subject matter of the law had a much narrower range than it does in modern conditions. The traditional subjects of litigation included conflicting claims to real property, contract disputes, bankruptcy, divorce proceedings, administration of decedents estate, and legal controversies with the government. The traditional subjects of office law practice were conveyancing of real property, mortgages on real property to secure indebtedness, contracts in unusually ally complicated business transactions, marriage settlements (i.e., property arrangements for prospective spouses), and testamentary dispositions. The common subject matter of law practice was thus conducive to common experience, common identity and common interests⁵⁹.

A general practitioner's vocation was confined to a single locality and usually, a narrow set of professional connections. Most country lawyers lived out their lives in a single town. The same was true of lawyers in the cities such as London and Bristol in England, Paris and Lyon in France, and Rome and Florence in Italy. City barristers and their auxiliaries occasionally traveled to the country for a trial or some other matter, particularly in England where the courts periodically went on circuit away from London. Similarly, a specific city barrister would serve the legal needs in the city of 'country cousin' solicitors. However, the difficulties of travel and communication constricted the geographical scope of transactions, with corresponding effect on the geographical scope of a lawyer's practice.

⁵⁷ J. LEUBSDORF, *Man in His Original Dignity*, Aldershot 2001, 29.

⁵⁸ S. ROSS, *Ethics in Law: Lawyers' Responsibility and Accountability in Australia*, Sydney 1998, 464-465.

⁵⁹ See, e. g., P.L. ROVITO, *Respubblica dei Togati – Giuristi e Società nella Napoli del Seicento*, Napoli 1982, 152; R. ECKERT, 'The Gentlemen of the Profession': *The Emergence of Lawyers in Massachusetts, 1630-1810*, New York 1991, 147-148; H.P. CANADY, *Gentlemen of the Bar: Lawyers in Colonial South Carolina*, New York 1987, 282-283; P. AYLETT, *A Profession in the Marketplace: The Distribution of Attorneys in England & Wales 1730-1800*, in 5 *Law and History Review* 1987, 1; G. HAMES, *Lawyers and Society in Augustan England*, London 1982, 157.

This too made for a high degree of shared professional experience among the local bar in any community⁶⁰.

Populations prior to the Twentieth Century were mostly rural and primarily engaged directly or indirectly in agriculture. Until as late as 1900, over half the populations of Western Europe and the Western Hemisphere lived and worked in rural areas, and in some countries the proportion was considerably higher. An agricultural economy follows traditional patterns and involves relatively few transactions compared with an urban economy. In contrast, an urban economy involves mercantile and financial transactions which, when of unusual character, can produce legal business, for example, formation of a joint venture or documentation of a commercial loan. Equally important, courts and other agencies of government such as the tax collector are concentrated in cities and towns. As a result of these characteristics of 'legal needs', the practice of law was and remains an urban calling, more than the practice of medicine or the ministry, for example.

A lawyer's practice typically involves continual interaction with other lawyers and with judges and other government officials. Lawyers thereby ordinarily acquire much more 'inside' information about civic affairs than the average citizen. City lawyers have immediate continuing contact with various urban sources of such information such as courts, judges and other officials. Country lawyers through their city connections often are conduits of information about official activities in the capital. Having special information about civic affairs is useful in law practice and results in an information disparity between lawyers and many of their clients, ordinarily to the lawyer's advantage. Clients have always been fearful, and rightly so, that lawyers know things that the clients do not.

9. A Competitive Vocation

Traditional law practice was intensely competitive except in small towns where a single lawyer might have a monopoly. Most lawyers' work was and still is inherently competitive. Litigation is by definition competitive because, when a dispute goes to judicial conclusion, there is a winner and a loser. Some American academic critics, understandably dismayed at the hyper-competition in contemporary American law practice, think or wish that law practice could be less competitive, and often point to European practice as a model. In the civil law system of adjudication, it is true that the advocate has a less visible and less active role than his counterparts in common law litigation. However, this lesser role does not mean there is not intense competition in the interaction between advocates, but only that assertiveness must be expressed in more sublimated fashion. Similar competition, although even less visible, pervades the office practice in transactional matters. Every client wants the best lawyer he can afford and every lawyer wants a reputation of doing legal work that is as good as any other lawyer, and either better or less expensive. At any rate, the American co-author of this article has never met an English or civil law practitioner who was not keenly on edge about matters for which he was responsible.

Beyond the inherently competitive nature of legal work is the fact that formal entry into the profession generally has not been very difficult. At times in some countries, restrictions have been maintained on entry into the legal profession, for example, in con-

⁶⁰ See D. LEMMINGS, *Blackstone and Law Reform by Education*, in 16 *Law and History Review* 1998, 211, 217-218 and sources cited therein.

temporary Japan. However, there have never been effective legal restrictions on quasi-profession or paralegal vocations that compete with law practice, particularly in performing routine legal tasks. Becoming a lawyer holds prospect of improving justice, which has always been a social ideal. Learning enough to become a lawyer requires no psychological competence beyond the ability to be firm, or stubborn if necessary, and no special preparatory knowledge beyond strong facility with language. Being a lawyer has always been honorific in some degree, notwithstanding public suspicion of lawyers, and is therefore attractive to persons who seek upward social mobility. Many lawyers have made a comfortable living and a few have even become rich. Hence, many young people feel called to the vocation, particularly people below the upper class who want to better themselves and who have intelligence and drive to do so⁶¹.

The notion has been widely accepted in various academic disciplines that 'the bar' has been resolutely successful in maintaining barriers to entry into the profession⁶². The requirement of a university education as a condition of becoming lawyer is certainly a barrier to fully democratic admission to law practice. So is the economic obstacle facing a young lawyer who has neither family connections nor a strong academic record. So is the historically strong and still persisting general prejudice against women and racial minorities. Nevertheless, analysis of the profession suggests that law practice is relatively open to aggressive newcomers and that it is constantly threatened by practitioners in rival callings.

There certainly has been incessant competition in the practice of law among upper level practitioners, among lower level practitioners, and between levels of practice. There has also been incessant competition with people who were not members of the legal profession, however one defines the profession in any given historical period. For example, the modern English barristers first emerged in the Fifteenth Century as lower status and less expensive competition for the elite sergeants at law, who constituted a very small and cohesive group of legal advisors to the crown. The 'attorneys' in England, the *procureurs* in France, the *procuradores* in Spain, and the *procuratori* in Italy emerged as lower status and less expensive 'lawyers' drawn from unofficial attachés of the courts. Much of the business available to lawyers in small towns, such as rent collection and handling relations with agricultural tenants, could also be done by non-lawyers. In the cities, printers put out standard form legal documents, originally drafted by some kind of a lawyer. Non-lawyer advisers and lobbyists were available to conduct any public business for clients except that of appearing inside the bar of a court. Non-lawyers who can read closely and write coherently always have been able to perform many tasks for which lawyers have claimed special competence.

From the Sixteenth Century to the late Nineteenth Century, and in many countries until the latter part of the Twentieth Century, the patterns in general practice remained

⁶¹ See D. BELL, *Lawyers and Citizens: The Making of a Political Elite in Old Regime France*, Oxford 1994, 36-38; A. ABBOTT, *Status and Status Strain in the Professions*, in 86 *Am. J. of Sociology* 1981, 819; A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, II, ch. XVI (14 Reeve, translation) (New York 1900) (the legal profession as the 'American aristocracy'); P. BORDIEU, *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, in LXIV *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, 3 ss.

⁶² See, e. g., J. AUERBACH, *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*, New York 1976; M. LARSON, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*, Berkeley 1977; R. ABEL, *American Lawyers*, New York 1988.

remarkably stable. Lawyers engaged in conducting litigation or seeking to avoid litigation through legal documentation in business and property transactions. Some practitioners took on criminal cases as the law gradually enlarged the procedural rights of persons accused of crime. Lawyers operated as solo practitioners, would undertake most of the kinds of practice considered to be lawyers' work, and were in continually intense competition with other lawyers and with practitioners in functionally adjacent callings. At the same time, most lawyers shared bonds of common identity and interest that moderated competition within the profession and which were often directed at suppressing or controlling competition from without. They maintained collective undertakings through institutions such as the Inns of Court, professional 'colleges' and prototype bar associations. They had affinity with, but also distance from, judges and other government officials and hoped that the public would recognize that their calling was dedicated to justice⁶³.

10. Modern Admission Requirements

In the modern democratic era, the tendency to erase formal distinctions in all sectors of society has intensified. This tendency manifested itself at different historical periods in different countries. In the United States, by the early Nineteenth Century distinctions had ceased to be recognized between advocates and 'attorneys' or 'scriveners'. A person was admitted to practice as a lawyer simpliciter. In some American states in this period, limitations on admission to practice were abolished and anyone could appear as a lawyer who wanted to do so and who could persuade a client to engage him⁶⁴. In most of the English commonwealth jurisdictions, the distinction between barrister (the upper level practitioner) and solicitor (the lower level) was not carried over from the mother country, although some Australian States continue the division⁶⁵. In the 1990's, the distinction in England between barrister and solicitor was substantially reduced so far as authority to appear in court is concerned, although the differentiation in titles has been continued⁶⁶. So also in the same period in France, the historical distinction between *avocat* and *avoué* was abolished, and in Italy, the distinction between *avvocati* and *procuratori*⁶⁷.

In the modern era, the procedures for determining competence as a lawyer are the bar examination and, in most countries, a period of apprenticeship. The bar examination is a written interrogation addressing legal terminology, legal concepts, and legal analysis. The examination extends at least one day of approximately six hours and in most countries more than one day. In some countries the written examination is supplemented by an oral

⁶³ See G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, 33.

⁶⁴ See L. FRIEDMAN, *A History of American Law*², II, 7, New York 1985.

⁶⁵ G.J. HAND, D.J. BENTLEY, (eds.), *The English Legal System*⁶, London 1977, XXI; G.L. GALL, *The Canadian Legal System*, Scarborough, Ont. 1983, 59; D.J. GIFFORD, K. H. GIFFORD, *Our Legal System*², Sydney 1983, 64.

⁶⁶ See Higher Courts Qualification Regulations, 1992 (published in Law Society's Professional Standards Bulletin No. 10) (March 1994).

⁶⁷ See R. PERROT, *Institutions Judiciaires*⁵, Paris 1993, 385, 403; E. BLANC, *La Nouvelle Profession d'Avocat*, Paris 1973; C. CHARLE, *Pour une histoire sociale des professions juridiques à l'époque contemporaine. Note pour une recherche*, in 76-77 *Actes de la recherche en sciences sociales* 1989, 117.

examination. The 'pass' rate varies widely. In Japan, for example, the pass rate is less than five percent of those sitting for the examination; in many countries the pass rate is nearly one hundred percent. Obviously, the bar examination has much different significance in Japan than elsewhere. In any event, the bar examinations today are on a national basis except in some federal systems (including the United States) where the examinations are prescribed and administered at the state or provincial level. Successful completion of the bar examination is effective throughout the jurisdiction administering the examination⁶⁸.

Apprenticeship systems in the modern era may be formal or informal. In a formal system, all applicants are required to pursue a fixed period of tutelage, usually a year or two years, under supervision of one or a series of mentors. The mentors may include judges and prosecutors (as in Germany) or be typically limited to lawyers in private practice (as in Ontario, Canada). Admission to practice requires satisfactory performance in the apprenticeship program as well as passing the bar exam.

An informal apprenticeship 'system' prevails in many countries, including those in Latin America and the United States. In these systems, although an applicant becomes a licensed member of the bar by passing the bar examination, the typical neophyte lawyer knows little about how to practice law. That knowledge must be acquired by working in a law firm or law department. But there is no guaranty of employment and there is great disparity in employment opportunities. A young lawyer endowed with a strong academic record or inherited wealth or family connections usually can readily obtain a junior position in an established law firm. Others aspirants will have to search for a place where they can 'devil' – doing routine and often boring work in a law office until they learn enough by experience and observation to try to act for clients on their own. The quality of this kind of experience varies greatly. In many countries the education provided in the university law curriculum is theoretical and shallow, so that law graduates in these systems have only a fragmentary concept of their vocation. But they are fully licensed to practice law.

In recent years in several countries, there has been better integration of formal legal education and apprenticeship. Several countries have established formal programs of practice instruction taking place after university graduation and in place of apprenticeship in a law office. The aim is to supplement the theoretical legal education with practice-oriented training, and, at the same time, to provide more intense and systematic practice training than has been afforded in office-based apprenticeship. For example, Italy has now instituted such a program and in England the Bar and the Law Society have established similar programs for apprentice barristers and solicitors respectively.

A continuing debate in the United States involves essentially the same issue⁶⁹. Lawyers and judges complain that law graduates may know legal and social theory but are ignorant of the 'realities of practice'. Well-established law offices have in-house training programs aimed at overcoming these deficiencies. Many American law students acquire prac-

⁶⁸ See H.J. AHRENS, *Anwaltsrecht für Anfänger*, München 1996; W. HARTUNG, T. HOLL, *Anwaltliche Berufsordnung*, München 1997.

⁶⁹ See, e. g., ABA Task Force on Law Schools and the Profession, *Legal Education and Profess. Development – An Educational Continuum*, 1992; ABA Committee on Teaching Professionalism [Macerate Report]. See also, e. g., H. EDWARDS, 'The Growing Disjunction Between Legal Education and The Legal Profession', in 91 *Michigan L. Rev.* 1921, 1993. Compare R.A. POSNER, 'The Deprofessionalization of Legal Teaching and Scholarship', in 91 *Michigan L. Rev.* 1921, 1993.

tical knowledge through internships in law firms and judicial chambers in the summers between semesters or during the school year. Other law graduates must learn through experience. In any event the 'learning curve' is very steep in a lawyer's first job.

11. Persistent Grievances, Early Regulation

Grievances about lawyers are found in the Bible⁷⁰. In Europe, grievances are recorded in earliest annals of public affairs, some dating back to the Thirteenth Century. The types of grievance have a remarkable continuity, in that statements of grievance from one historical period are virtually identical to statements in other periods. So also, regulations attempting to suppress lawyer misconduct have taken forms that are repeated in later eras.

The persistent grievances can be classified into the following general categories:

- abuse of litigation in various ways, including use of dilatory tactics and use of false evidence or frivolous arguments to the courts;
- preparation of false documentation, for example, false deeds, contracts or wills;
- deceiving clients and other persons and misappropriating property;
- procrastination in dealings with clients; and
- charging excessive fees.

One form of regulation is an oath of office. A lawyer's oath of office is a formal promise to observe ethical obligations of the profession, sometimes in specific detail. Lawyers in modern systems take such an oath and in some circumstances the terms of the oath may be subject to legal enforcement. An early example is the oath imposed on advocates in the Church courts in the Thirteenth Century. The terms of the oath, as translated by Professor Brundage, suggest the ethical deviations that the oath was designed to control:

- He would faithfully execute the duties of an advocate;
- He would withhold his services from clients with unjust, desperate, or unconscionable cases;
- He would refrain from advancing [contentions] that were malicious or merely dilatory;
- He would not unnecessarily prolong proceedings before the courts;
- He would not instruct witnesses, suborn perjury, put false documents into evidence, or produce witnesses he knew to be lying;
- If he discovered that his client, his witnesses, or any of his documents were untruthful, he would so inform the court⁷¹.

The obligations in this oath refer to the role of advocate, as distinct from legal counselor. In general, ethical norms for lawyers have given primary attention to the role of advocate. This focus no doubt results from the fact that the courts are naturally concerned with obligations owed to the judiciary, whatever might be obligations owed to clients.

⁷⁰ LC. 11,45, *Revised Standard Bible* («Woe to you lawyers also! For you load men with burdens hard to bear, and you yourselves do not touch the burdens with one of your Fingers»).

⁷¹ See J.A. BRUNDAGE, *The Calumny Oath and Ethical Ideals of Canonical Advocates*, in P. LANDUA, J. MUELLER, (eds.), *Proceedings of the Ninth International Congress of Medieval Canon Law*, in 10 *Monumenta Iuris Canonici*, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1997. We are indebted to Professor Jonathan Rose of Arizona State University for this reference.

For England in the medieval period the pattern is explained in a recent study by Professor Jonathan Rose⁷², who identifies the following catalogue of grievances from a Thirteenth Century statutory regulation, Statute of Westminster I, Chapter 29 (1375):

- deceit and collusion on the part of advocates, through forgery, false allegations and the like, resulting in deception of the court or of opposing parties;
- bribery of and collusion with court clerks and officers;
- conspiring with real or spurious clients to foment unjustified litigation (offenses known in English law as maintenance, champerty and barratry);
- extortion by threat of legal proceedings; and
- acting purportedly for a client but without authority, abandoning clients and cheating clients in various ways, including charging excessive fees.

From the London Ordinance of 1280, Professor Rose identifies other forms of lawyer misconduct in the courts of the City of London, including conflict of interest by representing both sides in a dispute, or representing one party and then abandoning him to represent the other. In medieval times this vice was charmingly called 'ambidexterity'. In Italy, in the medieval and early renaissance periods there was a similar pattern⁷³ as there was in other countries⁷⁴.

Forms of regulation appearing in the late medieval period include the following:

- statutory prohibition of specified forms of misconduct, enforceable with penal sanctions;
- judicial control through the sanctions such as of contempt of court;
- restriction on admission to practice on the basis of qualifications of competence and integrity;
- exercise of disciplinary authority by organizations of the legal profession, including the power to expel a lawyer from practice or to request the courts to do so (disbarment); and
- in exceptional circumstances, imposition of civil liability for malpractice.

Most or all of these forms of regulation also continue to be employed in modern context.

12. Modern Law Practice

As the modern era opened, about a century and a half ago, the characteristics of the legal profession in Europe, and in countries absorbing European institutions, had been determined by the mercantile-artisan character of the political economy that had succeeded the previous agrarian-feudal economy. In the mercantile-artisan economy, the cities became the centers of politics and business, including manufacturing and trade finance. With the growth of cities was the burgeoning of transactions sufficiently important to justify the formal documentation that lawyers could supply. Legal disputes could no longer be confined to local manorial or borough courts, but found their way into tribunals maintained

⁷²J. ROSE, *The Legal Profession in Medieval England*, in 48 *Syracuse L. Rev.* 1998, 1; J.A. BRUNDAGE, *The Medieval Advocate's Profession*, in 6 *Law and History Rev.*, 1988, 439, 450.

⁷³See P. DEL GIUDICE, *Storia del Diritto Italiano*, Milano 1923, II, 113, 122.

⁷⁴See J.A. BRUNDAGE, *The Medieval Advocate's Profession*, in 6 *Law & Hist. Rev.* 1988, 439, 446-454.

at a higher level of government. The transition from the agrarian-feudal economy to the mercantile-artisan economy, occurring at various times in various places, typically was accompanied by the emergence of the law office consisting of one or two, perhaps three lawyers, all engaged in general practice.

The coming of modern industrialism in the Nineteenth Century created a different economic and political environment. Modern industrialism is based on business enterprises that employ power-driven machinery operated in large-scale factories, transportation employing power driven equipment such as railroads, and communication through the telegraph and later the telephone. The scope of state activities correspondingly increased and so also the need for supporting legal technicians in both public and private sectors.

Law practice in the modern era embraces much broader and more various subject matter than traditional practice and is conducted in new organizational forms. The newer types of law practice generally augment rather than displace the other subject matter. Thus, most modern litigation practice continues to involve the traditional subject matter, including disputes over money and property, but now extends to criminal defense litigation, claims for personal injury and divorce litigation. Modern transaction practice continues to include traditional subject matter, such as real estate sales, financial transactions, organization of businesses as partnerships or corporations, and testamentary dispositions. Alongside these traditional subject matters have arisen other fields of practice, most of them a consequence of increased government regulation and heavier taxation, for example, tax law, securities regulation, environmental law, and anti-trust law. In the organization of law practice, solo and very small law firms (two or three lawyers) continue to be characteristic, but alongside them have grown large organizations providing legal services, including the law departments of government and corporate business and the large law firm.

These changes in law practice have reflected more general changes in the political and economic environment of developed countries. In most Western European countries, the state underwent two important transformations, although these occurred in varying rates and degrees from one country to another.

First, the activities of the state greatly expanded, either directly or by support of favored corporate enterprises, in the fields of transportation, communication, education, manufacturing, and mining. Transportation was developed through improvement of roads, building of canals and straightening rivers for navigation, and later through construction of railways. Communication improved through expanded postroads and later through telegraph and telephone service. Education was developed through primary and secondary schools, compulsory education, creation of technical training institutes, and expansion at the university level. Manufacturing developed in all manner of ways, notably fabrication in iron and later steel, and transformation of power source in manufacturing from water to steam and electricity. There was a corresponding expansion of public finance, including taxation and expenditure, which necessitated an enlargement of government bureaucracies. Expansion of government bureaucracies in turn required manifold directives and regulations, resulting in increase in the number and variety of legally defined interactions with citizens and non-government organizations, including business⁷⁵.

⁷⁵ See, e. g., A.S. MILWARD, S.B. SAUL, *The Economic Development of Continental Europe, 1780-1870*, London 1973; C. TREBILCOCK, *The Industrialization of the Continental Powers*, London

A second transformation was the ‘legalization’ of the political foundations of the modern state. Until the American and French Revolutions at the end of the Eighteenth Century, monarchy, or a combination of monarchy and aristocracy, had been the ubiquitous constitutional form. Beginning with those revolutions, the *anciens regimes* were replaced or diluted in favor of various cabinet and parliamentary regimes. These new regimes in turn depended on legal regulation to define their own powers and the authority and responsibility of their component bureaucracies⁷⁶. There were concurrent efforts to systematize the law as a whole, exemplified in the Napoleonic Code and other codification and reform endeavors in common law countries. The constitutional basis of government and the ‘rule of law’ did not spring forth full-blown, nor did the principle that government officials were legally accountable. But by the early Twentieth Century the concept became accepted that officials had authority only as defined by law and could be held accountable through legal procedure.

The classic exposition is by Max Weber:

- The basic idea is that laws can be enacted... by a formally correct procedure. The governing body is either elected or appointed... The administrative staff consists of officials appointed...; the law-abiding people are members of the body politic (‘fellow citizens’).
- Obedience is not owed to anyone personally but to enacted rules and regulations... The person in authority, too, obeys a rule when giving an order, namely, ‘the law’ or ‘rules and regulations’ which represent abstract norms⁷⁷.

The changes in the structure of business enterprise more or less corresponded to the changes in the state, except on a smaller and more decentralized basis. Again in varying rates and degrees, businesses grew in scale and larger businesses came to be bureaucratically organized⁷⁸. Large business enterprises were organized as corporations instead of partnerships and carried out their functions through corporate officials and employees rather than, as in earlier capitalism, through proprietors and apprentices. The complexities of the corporate organization were governed by legal documents such as corporate charters, franchises, and finance contracts with shareholders and creditors. Again in contrast with the smaller proprietorships of an earlier era, large corporate enterprise engaged in myriad more transactions and relationships with third parties, such as suppliers and customers, relationships that were increasingly impersonal and governed by standardized documentation.

In combination these developments have resulted in the ‘legalization’ of the state and of economic activity. The control of governmental and business operations is accomplished not primarily through personal leadership but by rules prescribed either by stat-

New York 1981; P. MATHIAS, S. POLLARD (eds.), *Cambridge Economic History of Europe*, VIII, *The Industrial Economies: The Development of Economic and Social Policies*, Cambridge 1989.

⁷⁶ The classic analysis is M. WEBER, *The Theory of Social & Economic Organization*, A.M. HENDERSON, T. PARSONS translation, New York 1947.

⁷⁷ M. WEBER, (R. SWEDBERG, ed.), *The Three Types of Legitimate Domination*, in M. WEBER *Essays in Economic Sociology*, Princeton 1999. The essay was originally published in German in 1922.

⁷⁸ A.D. CHANDLER, *The Visible Hand*, Cambridge, Mass. 1977; H. VAN DER HAAS, *The Enterprise in Transition*, London 1967; D. GRANICK, *The European Executive*, New York 1962.

utes and regulations (in the case of the state) or by contracts and internal regulations (in the case of business).

13. Careers in Law in the 'Legalized State'

Legal technique and legal technicians are required to facilitate the 'legalization' of governmental and business procedures. Legal technique can be provided by members of the bar and by officeholders in the state and corporate bureaucracies who have the requisite legal knowledge. However, in these career patterns there evolved a difference between the European practice, particularly Continental Europe, and that in the United States. Explanation of this difference in career patterns begins with reference to the systems of higher education.

The European educational system provides education in law at the university level, as distinct from post-graduate education. The European law curriculum parallels curricula in other subjects such as philosophy, history and economics. European university graduates who pursue a law curriculum acquire a knowledge of legal concepts essentially the same as that provided to students who later become lawyers. Thus, graduates in 'law' in the European universities have a knowledge of law that would equip them to handle most 'legal' matters in the government departments and in business organizations. Those who do not become lawyers have a general education in law that is the same as that of lawyers except for apprenticeship⁷⁹.

These European law-trained university graduates could find employment in the evolving bureaucracies of government and departments of corporate enterprise. Their university training in law, along with fluency and precision in language, was and is sufficient to carry out many of the tasks of written specification and documentation required in the 'legalization' of government and corporate enterprise. Moreover, in the civil law system prevailing on the continent, the actions of government officials were generally not subject to challenge in the ordinary courts of law. Rather, administrative actions were the subject of specialized jurisdiction, with specialized tribunals, in what can be called administrative law⁸⁰. It therefore can be said that in Europe a distinct system of administration arose, based on government regulations operating outside the jurisdiction of the traditional courts, and staffed by people trained in law but who were not part of the traditional legal profession. Private bureaucracies similarly provide themselves with legal counseling through internal staff.

This system continues in the modern era. In some countries the status of 'in house' lawyers is formally recognized. For example, in Germany persons trained as lawyers and who have passed the bar examination, and then assume employment in a corporation,

⁷⁹ H. SIEGRIST, *Gli avvocati e la borghesia. Germania, Svizzera Italia nel XIX secolo*, in J. KOCKA (ed.) *Borghesie europee dell'ottocento*, Venezia 1989, 357; ID., *Profilo degli avvocati italiani dal 1870 al 1930*, in Polis 1994, VII, 223; M. MALATESTA (ed.), *Society and Professions in Italy 1984-1914*, Cambridge 1995, *passim*; G.C. HAZARD, *Japan's Legal Profession Slowly Accepts Change*, in *National Law Journal*, June 15, 1998, A25; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna 1980, 107; in general, for a thoughtful consideration of these aspects: M. SANTORO, *La trasformazione del campo giuridico. Avvocati, procuratori e notai dall'Unità alla Repubblica*, in *Storia d'Italia - Annali 10 - I professionisti*, Torino 1996, 81.

⁸⁰ See, e. g., C. DADOMO, S. FARRAN, *The French Legal System*, 3, London 1993.

are designated by the title *Syndikusamwalt*. As such they have a legal status specified in the regulations governing the profession. The specified status includes the concept of professional independence⁸¹.

In England, university education often included a law curriculum, conveying a legal background similar to that of university law graduates on the continent. Although these university graduates did not thereafter become barristers or solicitors, they could perform work with 'legal' aspects in the ministries and corporations. Also, persons trained as solicitors or barristers could migrate from private practice into service in government and in corporations, thereby providing them 'in house' legal staff. A roughly similar pattern emerged in other common law countries.

In the United States, however, by the beginning of the Twentieth Century the training of lawyers had been transformed from university education plus apprenticeship (similar to Europe) to a law curriculum presented at the post-graduate level in specialized law schools. American law schools offered a distinctly professional curriculum, i.e., study of law for prospective practitioners. The result was that, as 'legalization' in American government and corporations evolved, legal assistance was provided by persons who had not only a university education but who were also graduates of the American law schools.

Despite these differences in historical development, there is a common theme in the phenomenon of 'legalization'. Legal services, particularly legal counseling in transaction matters, are continually necessary in the functioning of government agencies and business corporations.

More or less concurrent with evolution of law departments in government and business was the evolution of the multi-member law firm. This evolution has occurred at different periods in various countries, with the evolution initially being most rapid in the United States, then in other common law countries, and now in Europe. The new model law firm, emerging at the beginning of the Twentieth century, consisted of as many as a dozen lawyers. In later evolution, large law firms have come to be constituted of dozens, then hundreds of lawyers, along with supporting staff of secretaries, technical assistants (para-legals) and administrative personnel. The new model law firm is different from solo or small firm practice not only in scale but in organization and economics. Instead of equal partners each engaged in his own work, the firm carries out its work through coordination by a managing partners or management committees. As the modern American-type law firm became larger, the hierarchical structure evolved into still more complex form, with 'departments' (for example, a litigation department, a banking law department, etc.), department managers, and a more or less definite rank ordering of lawyers according to proficiency, earning capacity, and seniority. On the other hand, some relatively large law firms actually operate as a cluster of small firms practicing under a single name. This pattern persists in continental Europe.

The modern multi-member law firm first evolved in the United States in the 1890's. The innovation is attributed to the 'Cravath' firm, whose present name is Cravath, Swaine & Moore, but the concept probably originated earlier⁸². The key elements were recognition of the importance of technical skill, particularly in complicated financial matters;

⁸¹ See § 46 of German *BRAO* (German Federal Attorneys Act).

⁸² See generally H. ABADINSKY, *Law and Justice*, Chicago 1991, 108-119; R.T. SWAINE, *The Cravath Firm*, New York 1946; C.M. BRAUER, *Ropes & Gray 1865-1990*, Boston 1991.

differentiation of the function of maintaining client relationships from the function of performing technical legal work; and internal specialization of function within the firm.

In the traditional small firm, each lawyer handles all kinds of legal matters, except that in many firms there is a division of function between the courtroom work and the office work. From an economic viewpoint, a lawyer in solo practice or in a small firm receives compensation based on the clientele that he brings to the firm and for whom he performs the legal work. Apprentice lawyers have little or no earnings because they have no clients, have no clients because they have no experience, and have no experience because they lack clients for whom to provide legal service. Beginning lawyers therefore necessarily depend on family connections and the like to obtain clients and thus to establish themselves in practice.

The 'Cravath system' was very different from the traditional small firm in this respect. Firms adopting the Cravath system considered that all clients were clients of the firm, not clients of any individual lawyer. Fees from clients went into a common 'pot' from which compensation to firm lawyers was allocated according to systematic estimation of the quantity and quality of services the lawyers had rendered for the clientele. This method of compensation presupposed that there were significant differences among lawyers in their technical skills. Thus, compensation was based on technical professional merit rather than affinity with clients. In the Cravath firm, the senior partner, Paul Cravath, in fact was by far the most successful in attracting clients and was dominant in the firm's management, circumstances which facilitated the operation of the system⁸³. In effect, Mr. Cravath was an employer of other lawyers whom he recruited and continually evaluated and who were then promoted to partnership if they met his exacting standards. In legal form, however, the firm was a traditional partnership although larger than other firms.

Because compensation in the new model law firm was based on technical proficiency rather than ability to attract clients, recruitment and apprenticeship of young lawyers proceeded on a very different basis than in the traditional law firm. In the new model, it was irrelevant whether an apprentice had family connections or other means of attracting clients. Conversely, it was critically relevant whether an apprentice had technical proficiency and capacity to develop higher proficiency. This shift in focus in turn led the new model law firms to evaluate potential recruits on the basis of merit. 'Merit' was manifested by strong academic performance in law school and in university prior to law school, and by personal traits such as high energy, ability to concentrate, assertiveness, and ability to instill confidence in clients.

The economic organization of the new model law firm facilitated specialization of lawyers within the firm. Firm lawyers could concentrate in different legal fields – for example, corporation law or commercial law – without being inhibited by fear that they would not share in the fees being generated by their work. A lawyer in the new model firm also did not need to wry whether he could handle a legal problem outside of his field of specialization. When such a problem arose for a client with whom the lawyer was working, he would simply refer it to another lawyer in the firm who was specialized in that field.

The new model firm was an organization based on differentiated functions hierarchical structure (senior partners guiding and reviewing work of subordinates), specialization of fields of practice, and personnel recruited and promoted on the basis of technical skill

⁸³ R.T SWAINE, *The Cravath Firm and Its Predecessors, 1819-1947*, New York 1948, II, 1.

and performance. In short, the new model law firm became a modern bureaucracy, although smaller in scale compared with most government and corporate bureaucracies. A further result was that, in general, these efficiencies resulted in larger financial returns for lawyers in large firm practice.

Not coincidentally, the new model law firm was well-adapted to providing increasingly specialized legal services required by increasingly complex business corporations. Hence, in modern law practice the large law firm is primarily engaged in providing legal services to relatively large business organizations as distinct from small business proprietorships and individuals⁸⁴.

The new model law firm developed in the United States in the period before World War II and even more rapidly thereafter. By 1970 there were firms in the new model in all American cities of substantial size, and many of the firms opened branches in Europe and Japan. The English solicitor firms undertook similar expansion, becoming even more aggressive in the 1990's. The new model is now established in continental Europe and Asia, chiefly by merger of old line small firms in those regions. In Latin America, particularly Brazil, Argentina and Mexico, there has been a somewhat different pattern of development. The transformation from agricultural economy to modern production occurred much more recently, since 1950, and much more rapidly. The 'traditional' forms of practice therefore have been more completely engulfed by larger metropolitan law firms servicing the new, explosively growing economies in these countries.

Inevitably, the differences in the modern law firm's organizational characteristics from the classic solo or small firm practice pose special problems of legal ethics.

⁸⁴ M. GALANTER, T. PALAY, *Tournament of Lawyers*, Chicago 1991; M. STEVENS, *Power of Attorney: The Rise of the Giant Law Firms*, New York 1987; R.J. GILSON, R.H. MNOOKIN, *Coming of Age in a Corporate Law Firm: The Economics of Associate Career Patterns*, 41 *Stan. L. Rev.* 1989, 567.

7. RESPONSIBILITIES OF JUDGES AND ADVOCATES IN CIVIL AND COMMON LAW: SOME LINGERING MISCONCEPTIONS CONCERNING CIVIL LAWSUITS*

Geoffrey C. Hazard Jr. e Angelo Dondi

SUMMARY: Introduction. – I. Roles of the Advocate and Judge: Traditional Comparative Discourse – II. Roles of the Advocate and Judge: A Functional Analysis. – A. Advocates. – 1. Selection of the Forum. – 2. Formulation of Claims and Defenses. – B. Judges. – 1. Identification of Evidence. – III. Convergence of Modern Procedural Systems.

Introduction

In a period in which an event as interesting and important as the formulation of Principles and Rules of Transnational Civil Procedure by the American Law Institute and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) is sternly advancing to accommodate basic procedural concepts for both the civil and common law systems, a central problem faced in such conciliation seems to be that of clarifying the actual roles and responsibilities of judges and lawyers in the conduct of a civil dispute¹. To do so will essentially mean scrutinizing the value and validity of settled conceptions of the inherent features of civil and common law systems, including the notion that these systems are basically opposite each other². In other words, we will attempt to evaluate the correctness and reliability of this assertion, as well as to the unavoidable opposition it incurs.

Focusing on the respective roles of lawyers and judges is especially convenient in conceiving a different configuration of the relationship between civil and common law systems, and reaching a more appropriate (though maybe less reassuring and simple) vision of the reality. The traditional view of the fundamental difference between the so-called 'civil' and 'common' law systems in the allegedly crucial different responsibilities of the judge, on the one hand, and of the advocates for the parties, on the other, makes such an approach necessary³.

* Questo scritto è stato pubblicato in 39 *Cornell Int'l L.J.* 2006, 59-70. Geoffrey C. Hazard, Jr., is the Thomas E. Miller Distinguished Professor of Law at the University of California Hastings College of the Law. The authors wish to thank Dr. Vincenzo Ansaneli for the precious help provided editing and reshaping of the footnotes.

¹ See, e.g., A.L.I./UNIDROIT PRINCIPLES AND RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE, discussion draft no. 4 (2003); see also G.C. HAZARD, *Transnational Rules of Civil Procedure: a Challenge to Judge and Lawyers*, in 51 *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche, Politiche, ed Economiche* 1999, 247.

² See, e.g., M. TARUFFO, *Il processo civile di 'civil law' e di 'common law': aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, 345.

³ See, e.g., R. STURNER, *Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT*, in *Int'l. Law.* 2000, 1071 (discussing the present state of transnational civil

One question to be considered – the first part of our discussion below – is why the analysis of these responsibilities is conceived as a ‘natural’ pathway for understanding both the characteristics of the two systems and their mutual relationship represented in itself.

The second part of the discussion will provide a closer inspection of the nature of these responsibilities, including their functional details. What too often happens, in our opinion, is that these roles are referred to in general terms, rather than focusing on their functionality, with the result of either exaggerating the differences between the systems or disregarding important similarities.

The third topic considered will be the widespread trend of procedural systems toward reducing their mutual differences. We would tend to identify – roughly speaking – commercial disputes as the area in which this phenomenon is most commonly observed. This kind of lawsuit typically takes place between experienced businesspersons who engage in litigation concerning only serious and substantial disputes and who have the resources to employ competent advocates⁴. Other categories of legal disputes, such as family law litigation, employment disputes, or environmental regulation controversies, present different problems. On the other hand, all legal systems ought to recognize the possibility that procedural rules may be adapted differently to various kinds of legal disputes. With this in mind, it is important to note that we refer specifically to the tendency towards convergence of procedural rules in commercial disputes.

I. Roles of the Advocate and Judge: Traditional Comparative Discourse

As mentioned above, the traditional differentiation between the civil and common law systems is the difference in the responsibilities of judges and lawyers. This differentiation is basically founded on the assumption that, in civil law systems, civil cases are actually directed by the judge, with subordinate participation by the parties’ advocates⁵. An illustration of this conception of the judge’s role is that traditionally it was thought to be up to him to determine the matters in dispute, identify the necessary evidence, schedule the necessary intermediate and final hearings, and eventually formulate the judgment according to the law and the proof⁶. In such a system, the lawyers’ activities may be characterized as residual. They may make suggestions concerning the evidence, as well as propose either issues to be examined or questions to be asked at the hearings, or eventually submit com-

procedure, including the ‘fundamental difference’ of the roles of lawyers and judges in civil and common law systems).

⁴ Cf. R.L. MARCUS, *Malaise of the Litigation Superpower*, in A.A.S. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford 1999, 71, 92, *passim* [hereinafter Zuckerman] (discussing the rising costs of litigation in American courts, which potentially inhibits pursuing claims involving in substantial matters).

⁵ See G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics: a Comparative Study*, Stanford 2004, 63-108.

⁶ See J.H. LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in 52 *U. Chi. L. Rev.* 1985, 835-845 (discussing the traditional conception of the German civil procedure system, an oft-used example of a civil law system); J.H. LANGBEIN, *Trashing the German Advantage*, in 82 *Nw. U. L. Rev.* 1988, 763.

ments concerning the legal basis of the dispute⁷. In a metaphorical comparison, the judge is conceived as the priest, while the advocates act as the acolytes-deferential assistants in a ceremony controlled thoroughly by the judge.

A similar and grossly simplistic conception of the common law judge is that of a passive moderator between presentations organized and directed by rival advocates. The fundamental responsibility for identifying the legal contentions to be considered, the evidence to be considered, and the ultimate basis of judgment remains with the advocates⁸. Furthermore, the presence of the jury to determine facts – as in the United States system of litigation – renders the judge even more passive⁹. The jury is bound to decide the facts on the basis of legal instructions that, while given by the judge, are initially proposed by the advocates.

Accordingly, advocates in common law litigation are referred to as ‘combatants’, such as those participating in a tennis or wrestling match, while the judge acts as an umpire in the traditional metaphor¹⁰. What seems easy to perceive from these conceptions is that the differences between the two allegedly most important law systems are stressed, and that, in this perspective, these differences seem substantial and, as such, virtually unbridgeable. In other words, the basic assumption is that the systems can be defined only by way of contrast, rather than by way of similarities. This assumption is in fact commonplace in the traditional comparative study of law, especially procedure, and is still perpetuated nowadays¹¹.

⁷ See, e.g., E. BLANKENBURG, U. SCHULTZ, *German Advocates: A Highly Regulated Profession*, in R.L. ABEL, P. S.C. LEWIS (eds.), *Lawyers in Society: The civil law world*, Washington D.C. 1988, 124, 133, 135-136 (discussing the distribution of responsibilities between judges and advocates in Germany); A.T. VON MEHREN, *Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and the Federal Rules*, in 63 *Notre Dame L. Rev.* 1988, 609.

⁸ M.E. FRANKEL, *Partisan Justice*, New York 1980, 11, 25, 75; A.R. MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, in 69 *Minn. L. Rev.* 1984, 1, 14-15.

⁹ Cf. S. KUTNJAK IVKOVIĆ, V.P. HANS, *Jurors' Evaluations of Expert Testimony: Judging the Messenger and the Message*, in 28 *Law & Soc. Inquiry* 2003 441 (demonstrating the further weakening of the judge's role in the jury system with regards to expert testimony); J. RESNIK, *Changing Practices, Changing Rules: Judicial and Congressional Rulemaking on Civil Juries, Civil Justice and Civil Judging*, in 49 *Ala L. Rev.* 1997, 133, 136-47 (discussing some commentary from federal judges on the proposed expansion of federal civil juries to twelve members).

¹⁰ See A.C. HUTCHINSON, *It's All in The Game: A Nonfoundationalist Account of Law and Adjudication*, Durham 2000, 288-319; see generally W.D. BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, 1295 (providing a classic account of some of the problems with an adversarial system during discovery).

¹¹ See, e.g., D.S. CLARK, *Comparing the Work and Organization of Lawyers Worldwide: The Persistence of Legal Traditions*, in J.J. BARCELÓ III, R.C. CRAMTON (eds.), *Lawyers' Practice & Ideals: A Comparative View*, The Hague-Boston 1999, 9, 35-69 (outlining the differences in the roles of lawyers worldwide).

II. Roles of the Advocate and Judge: A Functional Analysis

It must be said, however, that in commercial litigation, this traditional contrast seems at least misleading, especially considering that the parties are generally sophisticated in business affairs, have real disputes about substantial and material matters, and tend to employ experienced advocates to represent them. Of course, the problems of procedure and justice in other areas, such as family law litigation, in which the parties may be of unequal competence, the disputes arise out of personal relationships, or one or both parties lack competent counsel, are different.

A. Advocates

In both civil and common law systems, the advocates in modern commercial litigation have a primary role in defining the disputes, as well as the legal and factual bases under which they are adjudicated. However, in both common law and civil law systems, the judge maintains a pivotal role in managing the development of the case and the sequence of addressing and resolving issues, as well as a general managerial role in setting each single hearing. Regardless, the best metaphor for the roles of judge and advocates in modern commercial litigation in both civil and common law systems is that of a committee in which there are representatives for each different interest (the advocates) and a chairperson (the judge) responsible for the orderly exploration and resolution of the controversy. Further, in modern litigation, there are often more than two parties involved – at times several parties – and consequently the resolution frequently becomes a combination of adjudication, mediation and negotiation. Thus, some typical elements of the advocate's role in modern commercial litigation must further be considered.

1. Selection of the Forum

In this context, the initiative is clearly with the parties. Usually, the injured party selects the forum, barring an enforceable forum selection clause in the contract between the parties. As all realistic analysts of civil procedural realize, this choice is fraught with consequences and affects the resolution of a legal controversy. However, the judge takes no part in the initial choice of forum, despite its importance to the ultimate resolution of the dispute. Traditionally, the judge has only the negative authority to refuse jurisdiction whenever the initiating party has chosen an improper or inappropriate forum.

2. Formulation of Claims and Defenses

A rule generally found in most legal systems is that the advocate for the plaintiff formulates the claims to be considered, while the respondent's counsel bears a corresponding responsibility to formulate the defenses and counterclaims, if applicable. These tasks must be accomplished in the context of the pleadings or, as in the American system, in the pre-trial order that follows the pleadings. Similar chances to formulate or change the claims or defenses after the pleadings exist also in some European systems, for instance the Italian legal system. In the Italian system, the defendant's advocate can actually delay the formulation of the response well after the initial phase, triggering either mutual options

to respond on the side of his opponent lawyer for the plaintiff, and a virtually endless postponement of the actual framing of the case in view of its definition by the judge¹².

On the other hand, the parties' advocates have almost as much room for this kind of strategic choices in most of the other European legal systems, although with a lesser scope of inherent powers on the side of lawyers. This is also the case in France, and to an even greater degree in Germany. The provisions on this subject in the French *Nouveau Code de Procédure Civile* provide the advocate – within the boundaries of basic *fondement sérieux* of each pleading or request¹³ – with an extremely wide range of strategic choices and professional undertakings. The lawyer's role is of fundamental value in the stages of *mise en oeuvre de l'action* and *déroulement de l'instance*, although the lawyer acts with constant judicial supervision aimed at fully carrying out principles «*de la contradiction*» and «*de la coopération*» between the parties' advocates¹⁴. Likewise, the German ZPO (the German code of civil procedure) grants the lawyer a similar range of options through the written complaint (the *Klage*), which controls the 'procedural initiative' in order to properly shape the complaint at the outset of the litigation through the judge, called the *Hinweispflicht*¹⁵.

In a different cultural context, the recent Spanish procedural reform embodied in the so-called '*LEC 2000*' or '*LEY 1/2000*' adopted a similar interaction between the advocates and judicial power in the initial stage of a civil litigation. The great number of chances to frame pleadings by the lawyers of each party is fully balanced – as provided by the *Artículo 401* of the new *LEY* – against the very strong powers of the judge, whose control is aimed at avoiding abusive strategies by the advocate in the very beginning of a civil case¹⁶.

¹² Cf. A. DONDI, *Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France*, in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, The Hague, Boston 1998, 109-112 (discussing the lack of a defined concept of 'abuse of procedural rights' in Italian civil procedure).

¹³ See S. GUINCHARD ET AL., *Droit processuel: droit commun du procès*, Paris 2001, 520 (discussing the recent shuffle in French civil procedure rules); see also M. DOUCHY, *Le décret n. 98-1231 du décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile: l'adoption partielle des propositions du rapport de J. M. Coulon*, reprinted in 2001 *Gazette ou Palais [Gaz. Pal.]*, *Doctrine*, II, 1999, 831.

¹⁴ NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE [N.C.P.C.] arts. 1-8⁹⁶, 16, 53-59, Dalloz, 2004, (Fr.); see also L. CADIET, E. JEULAND (eds.), *Droit judiciaire privé*⁸, Paris 2004, 376; G. CORNU, J. FOYER (eds.), *Procédure civile*, Paris 1996, 437.

¹⁵ See P.L. MURRAY, R. STURNER, *German civil justice*, Durham 2004, 12-13, 166; P. GOTTWALD, *Civil Justice Reform: Access, Cast, and Expedition. The German Perspective*, in A.A.S. ZUCKERMAN, *supra* note 4, at 207, *passim*.

¹⁶ See J. MONTERO AROCA ET AL., *El nuevo proceso civil – LEY 1/2000*, Valencia 2000, at 246-247, 445; J.D. MORENO, *Título II: Del Juicio Ordinario*, in A.M.L. NAVARRETE (ed.), *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, II, Valladolid 2000, 2081-2193; J. PICÒ I JUNOY, *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 65. But see J. MONTERO AROCA, *Il processo civile 'sociale' come strumento di giustizia autoritaria*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 553 (taking a critical approach to the new rules).

B. Judges

In both civil and common law systems, the courts have authority to permit amendments to the initial pleadings. Despite this trend, it remains the exception in civil law procedure, where the general philosophy still favors limiting the occasions for the judge to intervene and allow amendments¹⁷. Though such an authority is by no means more frequent in the common law procedure, it is structurally more liberal in this respect. The much broader power to frame the case conferred to the parties must be considered, as it allows them to intellectually shape the basis of a legal controversy¹⁸. Hence, in practice most common law judges do not interfere with parties' formulation of the issues, particularly where experienced advocates are involved¹⁹. However, the fact seems to be that in all legal systems the advocates actually frame the legal basis of a case. The ability to frame the legal basis of a case has some consequences of fundamental importance, particularly that the formulation of the legal basis of the case determines what evidence can be relevant. In other words, the relevance of evidence is derived from the issues to be determined, and again those issues are more or less directly derived from the contentions formulated by the advocates²⁰. And in both civil law and common law systems it is within these boundaries, initially established by the advocates for the parties, that the authority of the judge is exercised. Returning to the above-mentioned metaphor of the priest, it might be true that the priest – like judge gives the sermon, but the believer – like lawyers have already determined from which part of the Bible the lesson for the day will be taken.

¹⁷ See, e.g., P.L. MURRAY, R. STURNER, *supra* note 15, at 237-239 (stating that the German ZPO «represents a legislative narrowing of [the] traditional liberality» of allowing late submissions of factual or legal materials and that «new claims for relief... which change the subject matter of the proceedings... may be added only under limited conditions»).

¹⁸ For some fairly recent discussions of the problem, see E. CAVANAGH, *Pleading Rules in Antitrust Cases: A Return to Fact Pleading?*, in 22 *Rev. Litig.* 2002, 1; C.M. FAIRMAN, *Heightened Pleading*, in 81 *Tex. L. Rev.* 2002, 551; J.A. PARNES ET AL., *The Substantive Elements in the New Special Pleadings Laws*, in 78 *Neb. L. Rev.* 1999, 412.

¹⁹ See ALI-ABA, *Latest Developments in Complex Civil Litigation: An Analysis of the Federal Judicial Center's New Manual for Complex Litigation*, Washington 2003, 108; B. COMNINOS KRUZANSKY, Note, *Sanctions for Nonfrivolous Complaints? Sussman v. Bank of Israel and Implications for the Improper Purpose Prong of Rule 11*, in 61 *Alb. L. Rev.* 1998, 1359; R.L. MARCUS, *The Puzzling Persistence of Pleading Practice*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 1749; see also M. GARRY, *A Nation of Adversaries: How the Litigation Explosion is Reshaping America*, New York 1997, 139; W.K. OLSON, *The Rule of Lawyer: How The New Litigation Elite Threatens America's Rule of Law*, New York 2003, 73; S.N. SUBRIN, T.O. MAIN, *Honoring David Shapiro: The Integration of Law and Fact in an Uncharted Parallel Procedural Universe*, in 79 *Notre Dame L. Rev.* 1981. 2016, 2004.

²⁰ See sources cited *supra* note 16; see also S. BRINKER, Comment, *Opening the Door to the Indeterminate Plaintiff: An Analysis of the Causation Barriers Facing Environmental Toxic Tort Plaintiffs*, in 46 *U.C.L.A. L. Rev.* 1999, 1289; P.J. MEYER, Note, *What Congress Said About the Heightened Pleading Standard: A Proposed Solution to the Securities Fraud Pleading Confusion*, in 66 *Fordham L. Rev.* 1998, 2517.

1. Identification of Evidence

Broadly speaking, the conventional understanding of relevant evidence is as follows: the issues determine the relevance, while the law determines the issues. The formal correctness of this contention is not in question here. However, what we would like to focus on is the actual process through which this relevance determination takes place, and especially by whom it may be initiated. In practice, without exception, the sequence of analysis building up this determination begins with the advocates, particularly the claimant's advocate²¹. Commencement of civil litigation implies a basic 'feasibility evaluation' by the plaintiffs lawyer has occurred; the advocate will not commence litigation unless he believes there is a legally arguable case²². In determining whether there is a legally arguable case, an advocate will have to make a preliminary determination as to whether there is evidence to support the claim. Therefore, he will have provisionally determined that there is relevant evidence prior to the case being commenced²³.

In other words, from a functional perspective, the initial task of determining what relevant evidence exists is a task for the lawyer, not the judge. Further, though the judge determines the relevant evidence on the basis of the pleadings as they appear to him after the case is filed, it is the advocate who initially determines the pleadings based on what he considers the relevant evidence to be, as it appears to him before the case is even filed²⁴. This pattern is widespread and commonly accepted as unquestionable in all legal systems – both civil and common law families²⁵.

Of course, the judge retains a nevertheless fundamental role in the above-mentioned sequence of analysis, which shapes the core of a legal lawsuit, framing it for a decision. First of all, and somewhat unavoidably, it is up to the judge to arrange an orderly se-

²¹ See F. JAMES ET AL., *Civil Procedure*⁵, New York 2001, 215; see also A. MORALES OLAZABAL, *The Search for 'Middle Ground': Towards a Harmonized Interpretation of the Private Securities Litigation Reform Act's New Pleading Standard*, in 6 *Stan. J. L. Bus. & Fin.* 153 2001; PARNES ET AL., *supra* note 18, at 412.

²² See, e.g., F. FERRAND, (providing for sanctions against attorneys whose filings to the court are not «warranted by existing law», do not present a valid argument for modification of existing law, or contain facts which lack an evidentiary basis); N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective: an International Conference Dedicated to Mauro Cappelletti*, Florence. 12-13 December 2003, Torino 2005, *passim*.

²³ These features are considered in the Italian model of civil litigation in M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano 1992; M. TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 558; see also L. LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano 2000.

²⁴ On this problem, see G.C. HAZARD, A. DONDI, *supra* note 5, at 63; T.P. GALLANIS, *The Rise of Modern Evidence Law*, in 84 *Iowa L. Rev.* 1999, 499 (suggesting that both lawyers' power over evidence and the exclusionary approach to evidence derived from criminal trials and spread gradually to civil trials); S.C. YEAZELL, *The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process*, in *Wis. L. Rev.* 1994, 631; cf. M.R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven 1997, 74-124 (discussing the individual party's control over determinations of factual parameters in common law litigations).

²⁵ For an Italian perspective, see M. TARUFFO, *supra* note 2. Some further treatment of this topic can be found in H. ABADINSKY, *Law and Justice: An Introduction to The American Legal System*, Chicago 1995, 292, *passim*.

quence for receiving the evidence²⁶. In doing so, the judge must necessarily give thought to the issues involved in the case before him and provide direction for their resolution. Stated differently, the judge must give the case further intellectual treatment, after the initial treatment performed by the advocate before the case is filed²⁷.

Generally, the judge framing the case in such a contest will first check the initial writings produced by the advocates on behalf of their clients²⁸. The range and quality of these initial controls have a great impact on whether a procedural system is efficient and effectively aimed at just results. To reach these goals of justice and efficiency, the judge should not limit his task to checking the formal package of the claim, though that is certainly an essential and unavoidable part of the process²⁹. However, he should also plunge into the very intellectual and strategic foundation of these contentions³⁰.

In order to move the case toward a just resolution, the judge ought to focus his attention on reaching the core of its conflict. This often involves ridding the case of many of the useless complexities raised in the initial writings of the advocates for tactical reasons, and figuring out a precise and determined path towards resolution³¹. To do this, the judge must have effective and formalized management power and a full understanding of his duties. However, directing the process in this manner implies a vital measure of judicial activism, which is functionally required and institutionally sanctioned in all procedural systems, whether civil or common law³².

²⁶ See LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, *supra* note 6, at 826-833.

²⁷ For an overview of the evolution of discovery in the United States, see generally E.J. IMWINKELRIED & T. BLUMOFF, *Pretrial Discovery: Strategy and Tactics*, Rev. ed., Deerfield 1999, 120; T.A. MAUET, *Pretrial*⁴, Gaithersburg 1999, 339; K. BRADY, *Pretrial Scheduling and Management*, in R. CINDRICH (ed.), *Federal Civil Procedure Before Trial*, Rochester 1996; G.C. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 1665; R.L. MARCUS, *Only Yesterday: Reflections on Rulemaking Responses to E-Discovery*, in 73 *Fordham L. Rev.* 2004, 1; S.N. SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *B. C. L. Rev.* 1998, 691; S.N. SUBRIN, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?*, in 52 *DePaul L. Rev.* 2002, 299.

²⁸ See J.H. LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, *supra* note 6, at 827-829.

²⁹ See J.R. FORCIER, *Judicial Excess: The Political Economy of The American Legal System*, Lanham 1994, 93-94; W.D. BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Sanctions*, in *Am. B. Found. Res. J.* 1981, 875, 890-915; J. RESNIK, *supra* note 9, at 158-165; cf. R.J. NIEMIC ET AL., *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, Washington D.C. 2001, 11-13 (discussing the judge's considerations in determining whether to use alternative dispute resolution).

³⁰ See generally G.C. HAZARD, *supra* note 27 (comparing the discovery system in the United States with that in other countries). For a European perspective, see A. DONDI, *Introduzione della causa e strategia di difesa*, Padova 1991 (discussing the United States), and more recently A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161.

³¹ See N. ANDREWS, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford-New York 2003, 36-37; O.S. KAKALIK ET AL. (eds.), *An Evaluation of Judicial Case Management under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica 1996, 35; J.S. KAKALIK ET AL. (eds.), *Just, Speedy and Inexpensive? An Evaluation of Judicial Case Management under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica 1996, 12-21; P. MICHALIK, *Justice in Crisis: England and Wales*, in A.A.S. ZUCKERMAN, *supra* note 4, at 117, 128; A. DONDI, *supra* note 30, at 161.

³² See N. ANDREWS, *supra* note 31, 41-45, 60, 69.

The 1999 English «Civil Procedure Rules» were recently reformed to create a greater managerial role for judges³³. The reform was grounded on the philosophy that wide case management power should be granted to the judge, especially in the preliminary stage of a civil proceeding³⁴. In this respect, the result of the English reform seems in many ways laudable and almost amazing for most of the goals it attains. The cornerstone of this reform is that the judge is now able to evaluate the probable complexity of a case when it is initiated, in order to set it in the most appropriate of the three planned procedural tracks, or to determine an ad hoc procedural framework³⁵.

What seems even more noteworthy here is the very nature and range of these organizational powers. These powers are not at all static, and provide a far-reaching range of intervention; they actually outline the practical essence of the traditional notion of managerial judges³⁶.

In its modern English version, the notion of the managerial judge might be seen as consisting of various judicial powers, distributed through practically each successive articulation of a civil lawsuit; they are not limited to the commencement of action stage. Provisions such as those conferring upon the judge the «ultimate responsibility for the control of litigation», in Lord Woolf's words, in fact permeate the later stages of litigation in the new English rules. For instance, those rules concerning the so-called disclosure or the selection of evidence demonstrate this responsibility³⁷. In both these stages, the English judge has been empowered with tools in order to dispose of the case, curtailing the ability of the advocates for the parties to perform any sort of procedural abuse³⁸.

Such an active approach to case management, clearly designed to encourage a hands-on approach by judges, gives at least a hint of the revolutionary trend by now pervading the philosophy of civil proceedings in the common law systems. This philosophy seems somewhat unexpected given the similarity to the paradigm of the 'judge-centered' civil law systems – often considered completely incongruous.

³³ See ID. 36, 38, 41-45, 68-71.

³⁴ See ID. 41-45, 60, 69.

³⁵ See ID. 337-342; J. O'HARE, K. BROWNE, *Civil Litigation*¹⁰, London 2001, 257, 377-384; S.N. SUBRIN, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?*, *supra* note 27, 305.

³⁶ See N. ANDREWS, *supra* note 31, 41-45, 60, 69.

³⁷ See, e.g., S.N. SUBRIN, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?*, *supra* note 27, 305.

³⁸ For a European perspective, see generally A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137. For the American view, see generally R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*², St. Paul Minn. 1992 (explaining the role of judges in federal proceedings); E.J. CABRER, *Life After Amchem: The Class Struggle Continues*, in 31 *Loyola L. Rev.* 1998, 373 (noting the role of judges in class action cases); L.S. MULLENIX, *Practical Wisdom and Third-Generation Mass Tort Litigation*, in 31 *Loyola L. Rev.* 1998, 551 (discussing the role of judges in mass tort litigation).

III. Convergence of Modern Procedural Systems

In the context of the managerial role of the judge in civil litigation, a noteworthy convergence of the two systems has taken place. This convergence is, of course, more noticeable in some areas of the civil practice, such as that of the modern commercial disputes.

These disputes most often involve complicated issues that involve multiple and interdependent questions of law and fact³⁹. Further, they tend to involve highly technical issues, sometimes of physical or medical science, finance, or business or professional judgment that may require the use of expert testimony, such as scientific tests, accounting analyses, or problems of foreign law and language⁴⁰.

When issues of this kind are involved, the advocates have an inevitable advantage over the judges at the outset of the litigation. This, of course, is not because they are more intelligent or better informed in such matters than the judges, but rather because in these circumstances clients seek out advocates who are especially adept in handling cases involving such complexities. In any event, when the underlying dispute is complicated, the judges will necessarily be more dependent on the advocates than when the court is dealing with a familiar and routine type of dispute.

More and more, commercial litigation tends to involve complexities of the kind mentioned above. Routine disputes may more readily be settled, so modern commercial litigation plays a greater part in shaping the role of the advocates because they have more interaction with the judges, whatever the legal system in which these disputes are adjudicated. Thus, the very subject matter with which modern procedural systems must most frequently contend seems to influence the way in which the professional participants function.

Since every procedural system faces similar problems when dealing with modern commercial litigation, the convergence of the procedures between common law and civil law systems has become an unquestionable and steady reality. Consequently, the actual conduct of litigation in modern systems looks more and more similar, whatever the tradition from which they derive. In fact, these cases require active and creative initiatives by the advocates, as well as active, attentive, and flexible engagement on the part of the judges⁴¹.

Of course this does not mean that the differences between the systems are fully erased. Though the general trend shows the systems are growing together, there are still areas in which civil and common law procedures continue to diverge. A noteworthy example is

³⁹ See B. BLACK ET AL., *Science and the Law in the Wake of Daubert: A New Search for Scientific Knowledge*, in 72 *Tex. L. Rev.* 1994, 715, 787-90. See generally J. PAGE, J. DAY, L. LE GAT, *Expert Evidence under the CPR: A Compendium of cases from April 1999 to April 2001*, London 2001; D.L. FAIGMAN ET AL., *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony*², St. Paul Minn. 2002; H.H. KAUFMAN, *The Expert Witness. Neither Frye nor Daubert Solved the Problem: What Can be Done?*, in 41 *Sci. & Just.* 2001, 7.

⁴⁰ See J. TIDMARSH, R.H. TRANSGRUD, *Complex Litigation and The Adversary System*, Washington 1998, 1170. See generally R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *supra* note 38 (federal courts); E.J. CABRASER, *supra* note 38 (class actions); L.S. MULLENIX, *supra* note 38 (mass tort). For a European perspective, see A. DONDI, *supra* note 38.

⁴¹ See A. DONDI, *supra* note 38, 138; R. VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.* 2003, 262.

represented by a recent Italian procedural reform enacted in January 2004, concerning the alternative dispute resolution in the adjudication of commercial cases⁴².

Surprisingly enough, the whole philosophy of the new Italian rules is founded on an ideal of a sharp restriction of the judicial powers, in view of bringing them back to their allegedly original and inner feature of «sheer decisional function»⁴³. In order to attain this goal, the judge's role has been restricted to a mere late appearance past the stages of such importance as the commencement of the action and the pretrial process (with all the possible discovery activities included). The judge is involved only at the trial hearing; the remaining function left to the judge is conceived as limited to adjudicating the case, while the preparation of the factual and legal terms of adjudication are exclusively performed by the lawyers of the parties⁴⁴.

With no hint of earlier judicial intervention in the proceeding whatsoever, the model conceived by the Italian legislators seems more apt to revitalize ancient conceptions about the mutual apportionment of powers between professional participants such as judges and advocates, adopting the approach of the nineteenth century, rather than facing the complex reality of modern civil cases. This seems even worse because it is conceived to regulate commercial litigation. However, the philosophy of the Italian new procedural rules for commercial cases is an exceptional and, to the best of our knowledge, isolated event in the perspective of solving the many problems connected to the management of controversies of this kind.

The above-mentioned similarities in terms of the complex questions of fact and law that these disputes involve, short of the legal system in which the single case is to be adjudicated, seem to move powerfully toward an approximation or a convergence of procedural law. A basic feature of this progression is an awareness that these cases, while requiring active and creative initiatives by the advocates, are in absolute need of an even more powerful engagement and pushing of initiatives by judges.

⁴² For a discussion of this reform, see C. CARRARA, *Critical Analysis of the New Italian Rules on Arbitration in Corporate Matters*, in 7 *Int'l Arb. L. Rev.* 2004, 8.

⁴³ See VACCARELLA, *supra* note 41, 262.

⁴⁴ For some critical remarks, see A. DONDI, *supra* note 38, 139. See also A. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251.

8. ETICA DELL'AVVOCATURA, STRATEGIE DIFENSIVE, CONFLITTI DI INTERESSE E ABUSO NEL PROCESSO CIVILE*

SOMMARIO: 1. Possibilità per l'avvocato di essere un 'avvocato etico'. – 2. Fasi del coinvolgimento professionale dell'avvocato nelle vicende processuali del cliente e possibili conflitti di interesse. – 3. Mancata neutralità della disciplina del processo. – 4. (*Segue*) Sua 'abusabilità' e incidenza delle riforme.

1. Possibilità per l'avvocato di essere un 'avvocato etico'

È una circostanza ricorrente che la stessa definizione di etica professionale dell'avvocatura susciti negli interlocutori – anche quando 'operatori del diritto' e addirittura avvocati – reazioni incredule, che spesso tendono a concludersi con la smagata catalogazione di questa definizione come un palese ossimoro, o una inevitabile contraddizione in termini¹. Dalla parte dell'ingenuo sognatore si collocherebbe, in questa prospettiva, chi volesse inquadrare anche in termini etici il comportamento professionale (ossia, in buona parte, processuale) dell'avvocato, ritenuto invece per ciò stesso non effettivamente 'tenuto' da ragioni e regole di carattere in senso lato 'etico-sociale' o pubblico. Si tratta di un approccio prevalente in area latina e, per ragioni che qualche tempo fa ho tentato di sondare *en passant*, italiana in particolare². Si intende qui proporre una prospettiva in qualche misura opposta a questo riguardo, in quanto ci si propone qui di vagliare le possibili ragioni di esistenza di un approccio differente, che veda la *chance* di un comportamento professionale 'etico' dell'avvocato e che, in particolare, collochi tali parametri all'interno dell'attività processuale (o anche para-processuale) dei membri della professione legale³.

In questa prospettiva non ci si contenterà di prendere le mosse dalla considerazione che la possibile esistenza di una figura di avvocato come 'avvocato etico' sia per ciò stesso garantita dall'esistenza di norme deontologiche. Che cioè l'eticità dell'agire professionale dell'avvocato risulti valutabile sulla base della sua corrispondenza alle previsioni del (tutto sommato recente, e anche di più se si considerano le relative riforme) 'Codice deontologico forense' italiano, e per così dire... tanto basti⁴. Si tratterebbe, del resto, di un approccio macroscopicamente riduttivo, anche a fronte dell'ampiezza di elaborazione che la proble-

* Questo scritto è stato pubblicato in M. VOGLIOTTI (ed.) *Il tramonto della modernità giuridica – Un percorso interdisciplinare*, Torino 2008, 341-351. Si ringrazia il dottor Riccardo Bordi, dottorando di ricerca presso l'Università di Genova, per l'assistenza nell'elaborazione del seguente breve apparato bibliografico.

¹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale – Un approccio comparato*, Bologna 2005, 18 ss. e *passim*.

² A. DONDI, *Etica sociale e processo civile*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche* 2001, 321 ss.; v. anche, sul punto, L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, spec. 39 ss.

³ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit.

⁴ In materia, v. ad es. R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*², Milano 2004 e ID., *Deontologia e giustizia*, Milano 2003.

maticità della questione etica nel contesto del processo e comunque in quanto riferita al diritto ha avuto specie nel corso dell'ultimo ventennio⁵.

Ciò che la prospettiva favorevole alla effettiva possibilità di parlare di un 'avvocato etico' deve implicare è, piuttosto, la presa d'atto della particolare ampiezza e diffusione dei parametri di riferimento della nozione di etica professionale dell'avvocatura, ben al di là dei cosiddetti codici deontologici in quanto tali. La nozione necessita di essenziali esigenze di applicazione pratica, ove la si intenda appunto 'specificare' in quanto tale, distinguendola da aspirazioni etico-generalі trascendenti e universali per caratterizzarla sulla base delle questioni che concernono la nozione di giustizia in relazione alla pratica del diritto, con tutta la loro concretezza, relatività e specificità⁶.

Si tratterà per così dire di 'non escludere di tenere conto' delle rigide limitazioni presenti a questo riguardo; limitazioni come ad esempio quelle che circondano la ricerca della verità nel contesto di procedimenti giudiziali. È di questo contesto 'esterno' che gli avvocati tengono invero abitualmente conto e con le varie forme di questo contesto (che ora si tenteranno di individuare, pur molto sommariamente) misurano la propria capacità professionale, nonché la loro concreta capacità di 'fare la cosa giusta'. L'aspirazione a ciò si configura come un dato che si può o non accettare, un presupposto che si può o non assumere, e che ovviamente qui ci si propone di ritenere virtualmente diffuso e prevalente nell'atteggiamento iniziale dell'avvocato.

Se – volendo appunto 'fare la cosa giusta' – l'avvocato deve essenzialmente contestualizzare il suo agire 'tenendo conto', egli dovrà rapportarsi a referenti esterni di vario tipo e, oltre al dettato normativo, soprattutto ad altri soggetti, inclusi i colleghi, i giudici e *last non least* gli stessi clienti. Questo elemento circostanziale tenderà a introdurre nelle scelte degli avvocati un inevitabile elemento di parzialità, nonché anche di partigianeria, tale da comportare la tendenziale preferenza per gli interessi dei clienti rispetto a tutti coloro che clienti non sono⁷.

Sgradevole o non, questa circostanza implica un elemento di intrinseca conflittualità che appare inscindibile dalla nozione stessa di avvocatura ed endemica a ogni tipo di società che abbia fondato la risoluzione dei conflitti sull'assistenza fornita da soggetti come gli avvocati ai loro clienti e sul controllo ravvicinato da essi esercitato sull'amministrazione della giustizia (nonché sulla loro relativa partecipazione-cooperazione all'esercizio dell'attività giurisdizionale)⁸.

⁵ Per riferimenti non appartenenti alla vastissima elaborazione in questo senso della letteratura americana di *legal ethics*, v., ad es., A. AARNIO, *Reasons and Authority – A Treatise on the Dynamics of Legal Dogmatics*, Dartmouth 1997, 285 ss. e T. DARE, *The Role of Law and the Role of Lawyers*, in T.D. CAMPBELL e J. GOLDSWORTHY (ed.), *Judicial Power – Democracy and Legal Positivism*, Dartmouth 2000, 371 ss.

⁶ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit., 21-22.

⁷ G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven 1978.

⁸ Si rinvia, fra i molti possibili richiami, ai saggi nei primi due capitoli di A. DONDI (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993.

2. Fasi del coinvolgimento professionale dell'avvocato nelle vicende processuali del cliente e possibili conflitti di interesse

Di qui la necessità di rapportare il comportamento dell'avvocato a parametri comunque collegati al rapporto con il cliente, anche prima dell'inizio di una controversia giudiziale, oltre che nel corso di essa e dopo la sua conclusione⁹. Anomala per la nostra cultura giuridica, l'adozione di questa prospettiva risulta del tutto pacifica in altri ordinamenti – specie appartenenti al sistema di *common law*, ma non solo – nei quali costituisce un dato acquisito (e ormai stabilmente oggetto di elaborazione dottrinale) la considerazione dei problemi del processo nella prospettiva dell'avvocato¹⁰. In tale prospettiva appunto, a questi competono valutazioni di varia natura e finalità nel contesto giuridico 'dato' e quindi tenendo conto di potenzialità e limiti di tale contesto rispetto alle effettive esigenze di tutela del proprio cliente¹¹.

A questo riguardo, viene in considerazione un'attività in genere trascurata negli studi italiani – ma anche europeo-continentali – sul processo civile, come quella delle consultazioni iniziali fra avvocato e cliente. È in questa fase preliminare del rapporto professionale che al difensore spetta la realizzazione di una serie di attività nel contesto della consultazione con il cliente, quali la determinazione dei bisogni effettivi di quest'ultimo, della sua scala di priorità e, correlativamente – ma, invero, soprattutto –, di quanta disponibilità dedicare, e con quale standard di competenza, allo svolgimento delle attività di tutele attualmente opportune a tale riguardo.

Ciò comporta in primo luogo una scelta di fondo – pre-strategica si potrebbe dire – circa la conduzione o non di tale tutela sul piano giudiziale. In altri termini, l'instaurazione di una controversia giudiziale non dovrebbe essere l'inevitabile risultato dell'assunzione della difesa degli interessi del proprio cliente ma solo uno dei possibili percorsi per la realizzazione di tale tutela. Un'implicazione immediata di ciò si potrebbe fare consistere nella circostanza che un dovere essenziale dell'avvocato dovrebbe essere, già in sede di consultazione e in ogni caso immediatamente dopo, il vaglio delle possibilità di risoluzione non conflittuale – in ogni caso, non istituzionalmente conflittuale – della controversia¹².

Già su questo versante si colloca, tuttavia, una possibile frizione iniziale, quando non un effettivo possibile conflitto di interesse, fra avvocato e cliente. Per limitarci a ipotesi 'di scuola', sarà l'avvocato in condizione di declinare l'incarico ove valutasse la propria capacità professionale inadeguata alla questione descritttagli dal *prospective client*

⁹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit., 271 ss.; R. DANOVI, *L'indipendenza dell'avvocato*, Milano 1990. Come prospettiva esterna, cfr. *Restatement of the Law Governing Lawyers*, §. 40, in T.D. MORGAN e M.T. ROTUNDA, *Selected Standard on Professional Responsibility*, New York 2003, 394 ss.; American bar Association, *Model Rules of Professional Conduct*, Rule 1.16, in T.D. MORGAN e M.T. ROTUNDA, *Selected standard*, cit., 74 ss. sempre in prospettiva comparata, per una casistica riguardo alla conclusione del rapporto avvocato/cliente e alla corresponsione del compenso, si vedano, ad esempio, *Searcy-Denney et al. V. Sheller*, 629 So 2d., 1993, 247 ss.; *Vaccaro v. Estate of Gorovoy*, 696, A. 2d, 1997, 724 ss.

¹⁰ A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – I. Il modello statunitense*, Padova 1991.

¹¹ G. ALPA e R. DANOVI, *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, Bologna 2003.

¹² Cfr. dalla prospettiva statunitense, ad es. S. BLACKIE, *A Practical Approach to Effective Litigation*, Oxford 2005, 61 ss. (per una prospettiva europea e all'interno dell'ordinamento inglese riformato dal 1998).

o (problema anche più arduo sul piano etico-professionale perché intersecante propensioni culturali radicate con implicazioni etiche invero troppo spesso sottovalutate) sarà egli determinato a non 'giudizializzare' in ogni caso e immediatamente la risoluzione di tali questioni, anche ove ritenesse tale scelta meno gratificante sul piano economico, ossia del suo compenso?¹³.

Si tratta di scelte di evidente complessità, rispetto alle quali una diretta incidenza di normative generali del processo o di discipline etico-professionali appare in quanto tale sostanzialmente da escludere. Si tratta, tuttavia, di scelte rispetto alle quali risulta in larga misura ipotizzabile una forte influenza di fattori variamente collegabili all'assetto disciplinare 'circostante' (o di contesto) nonché ai modelli tendenziali di configurazione strutturazione della professione legale. Sotto quest'ultimo profilo, non appare priva di rilievo la mancata diffusione nel nostro ordinamento di quello che negli Stati Uniti viene generalmente definito il *Cravath System* (i clienti sono tutti clientela dello studio e non dei singoli avvocati membri, con il conseguente confluire dei proventi in un unico fondo dal quale prelevare compensi proporzionati a seconda delle capacità tecniche dei singoli membri)¹⁴. Un modello di organizzazione della professione questo che, implicando la diffusione a livello nazionale e, ormai, extranazionale di studi legali molto articolati al loro interno, potrebbe garantire in via di principio una maggiore autonomia di valutazione riguardo agli interessi effettivi del cliente. In altri termini, il singolo cliente non sarebbe percepito solo come la principale – quando non, come accade nella realtà con grande frequenza, l'unica – fonte di guadagno e sostentamento dell'avvocato (con una induzione implicita al suo 'sfruttamento', anche al di là e, al limite, contro il suo personale interesse)¹⁵.

3. Mancata neutralità della disciplina del processo

Anche meno indifferenti o neutre appaiono a questo riguardo alcune caratteristiche dell'assetto normativo. E, fra queste, in particolare: la disciplina degli atti introduttivi, la presenza di meccanismi probatori efficaci ai fini della ricerca della verità nonché la possibilità di ricorrere a forme di composizione indotta della controversia.

Invero, la configurazione degli atti introduttivi di parte risulta di per sé cruciale ai fini dell'assunzione da parte dell'avvocato di un approccio 'etico' nella sua attività di difesa tecnica in giudizio¹⁶. La previsione di rigorosi *standard* di specificità riguardo sia all'elaborazione normativa a supporto di pretesa e difesa sia, soprattutto, riguardo alla individua-

¹³ Cfr., in prospettiva comparata a A. DONDI (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, spec. 425 ss.

¹⁴ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit., 334 ss.

¹⁵ *Ibidem*, 260 ss. Sul punto, v. la rule 1.18 delle *Model Rules of Professional Conduct of American Bar Association*.

¹⁶ Cfr. A. DONDI, *La fase introduttiva*, in M. Taruffo (ed.), *Le riforme della giustizia civile*², Torino 2000, 235 ss., Id., *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251 ss.; A. CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 2004, 1766 ss.; G. BALENA, *Le preclusioni del processo di primo grado – Relazione all'incontro di studio su 'il nuovo processo civile tra riforma e controriforma'*, ivi 1996, 225 ss. Ampiamente sul punto, in prospettiva comparata, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit. e M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, in *Diritto privato* 1998, Padova 1999, 465 ss. Più di recente, per ulteriori aggiornamenti, A. DONDI,

zione delle relative circostanze fattuali, è verosimile che non risulti indifferente rispetto all'assunzione da parte dell'avvocato di un'atteggiamento più coscienzioso rispetto all'utilizzazione del meccanismo processuale. La redazione di atti introduttivi 'seri' e fondati in fatto e il diritto ha rappresentato, del resto, il *leitmotiv* di riforme particolarmente serie del processo civile in vari Stati europei (segnatamente la *LEC 2000* spagnola, le *Civil procedure rules* inglesi e la riforma tedesca del § 139 *ZPO*). Come conseguenza dell'adozione di tali nuove discipline, sarebbe pertanto ipotizzabile una minore propensione all'adozione da parte dell'avvocatura di strategie di aggressione processuale; strategie, del resto, spesso intese a occultare gravi carenze sul piano del merito, quando non a gestire con assoluta partigianeria il rapporto processuale, in totale esclusione di *fairness* o, in un'accezione più propriamente italiana ed europeo-continentale, di doveri di collaborazione processuale, con la controparte con il giudice¹⁷.

La carenza di strumenti di efficace ricerca della verità, per converso, potrebbe avere un effetto opposto e correlativamente pernicioso sul piano dell'esercizio di una corretta attività di tutela degli interessi di un cliente, che in ipotesi 'avesse ragione', inducendo per così dire una sorta di 'lassismo difensivo', anche al di là della propensione o intento di fondo dell'avvocato. È ciò che esemplificano molto bene le discrasie della disciplina italiana in materia di esibizione¹⁸. La presenza di un diritto all'esibizione appare in effetti più che altro virtuale, nel contesto del nostro ordinamento¹⁹.

Sembra invece di poter dire che, nel nostro ordinamento, le *chances* di ottenere, per il tramite del relativo ordine, la cooperazione – soprattutto della controparte – alla formazione del proprio apparato probatorio risultano di fatto sostanzialmente indebolite dall'assenza di un adeguato apparato sanzionatorio della mancata ottemperanza o collaborazione al provvedimento del giudice *ex art* 210 c.p.c. Si tratta di una circostanza del tutto ignorata nelle riforme del processo civile succedutesi a partire dal 1950. Una tale uniformità di approccio *in absentia*, nonostante le forti differenziazioni che invece hanno caratterizzato l'impostazione ideologica di tali riforme, appare in sé la vera questione; una questione di particolare gravità in quanto collocata, oltretutto, nel contesto di un'altrettanto omogenea propensione al mancato adeguamento della disciplina delle prove generalmente considerata.

Occorre sottolineare, invece, che si tratta – tanto per la disciplina degli artt. 163 e 167 c.p.c. che per quella dell'art. 210 c.p.c. – di circostanze oggetto di critiche ricorrenti ma non particolarmente insistenti e tali da esercitare un impatto rilevante sulla vicenda della riforma del processo civile. Del resto, occorre anche aggiungere che si tratta oltretutto di critiche in definitiva non condivise da una significativa maggioranza della nostra dottrina. Per quanto con ciò non si intenda stabilire un rapporto di consequenzialità diretta

Questioni di efficienza nella fase preparatoria del processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma), in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.

¹⁷ E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 580 ss.

¹⁸ Si veda, in particolare, L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, Torino 2004, 554 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, spec. 206 ss. e A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 27 ss.

¹⁹ A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori*, cit. Più di recente, in prospettiva comparata, si veda M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 451 ss.

fra questi due eventi – con una valutazione che, fra l'altro, sopravvaluterebbe l'incidenza della dottrina processualistica nel contesto dei percorsi di legiferazione abituali nel nostro ordinamento – è un fatto che settori tanto cruciali del processo non hanno nel corso del tempo subito trasformazioni sostanziali. Specie rispetto ai due ultimi ambiti indicati, sono invero mancati del tutto anche solo gli opportuni adeguamenti alle esigenze poste dalla diffusa complessità delle controversie civili, con scarsissima attenzione alle possibili discrasie e conseguenze negative che pure qui si sono intese segnalare.

4. (Segue) Sua 'abusabilità' e incidenza delle riforme

Con riguardo al nostro ordinamento, risulta infatti piuttosto evidente la svalutazione di temi altrove centrali nel dibattito sui problemi di funzionamento del processo civile. Così sembra essere per problemi come, soprattutto, quello concernente le sue possibilità di abuso; possibilità notoriamente realizzabili in particolare in sede tanto di configurazione degli atti introduttivi di parte quanto di utilizzazione di meccanismi probatori analoghi al nostro 'ordine di esibizione'²⁰.

Sembrano rappresentare a tutti gli effetti una conferma di ciò proprio gli ultimi interventi al riguardo, nei quali tali materie rimangono in effetti del tutto estranee a qualsiasi trasformazione disciplinare. Per converso, una tale circostanza – come già si è detto di passaggio in precedenza – segna anche un significativo scarto rispetto alle vicende delle trasformazioni che hanno in questi ultimi anni avuto per oggetto il processo civile in altri ordinamenti²¹.

L'effettiva eccezionalità del caso italiano sembra misurarsi in particolare su questo piano del mancato adeguamento del modello processuale alle esigenze poste dalla sua utilizzazione estrema. In sostanza, a fronte di un vero e proprio *overuse* del processo civile nel contesto di una società sempre più *litigious* – per riproporre una definizione ormai storica – non si rinvergono nell'esperienza italiana attuale soluzioni strutturali tali da configurare anche per il futuro meccanismi processuali virtualmente idonei alla gestione di controversie civili sotto vari profili molto diversificate²².

In ogni caso, e probabilmente anche in ragione della diversa prospettiva ideologica complessivamente adottata, in Italia non si sono realizzate incisive trasformazioni proprio

²⁰ Come introduzione ed elaborazione comparata di tale tema, cfr. M. TARUFFO (ed.), *Abuse of procedural Rights – Comparative standards of procedural fairness*, London-Boston 1999.

²¹ Volendo limitarsi a singoli riferimenti riguardo alle riforme del processo civile di maggior rilievo, come quella inglese (con particolare riferimento all'emanazione delle *Civil Procedural Rules* del 1999) e ovviamente quella spagnola (ossia la *Ley de Enjuiciamiento Civil* entrata in vigore l'8 gennaio 2001), si veda, ad esempio, per quanto riguarda l'ordinamento inglese, N. ANDREWS, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford 2003, e, per l'ordinamento spagnolo, J.M. AROCA, J.L.G. COLOMER, A.M. REDONDO, S.B. VILAR, *El nuevo proceso civil*, Valencia 2001. Per contributi apparsi in riviste italiane, si rinvia a C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 423 ss.; J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice del Pre-trial nel processo civile inglese*, ivi 2002, 1263 ss.; R. HINOJOSA SEGOVIA, *Il nuovo codice di procedura civile spagnolo (legge 1/2000 del 7 gennaio)*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 373 ss. e J. PICÒ I JUNOY, *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, ivi 2003, 65 ss.

²² J.K. LIEBERMAN, *The litigious society*, New York 1981.

di quegli aspetti del processo civile che, come sopra si è indicato, altrove hanno rappresentato gli ambiti tipici di intervento in sede di riforma.

La scelta di non occuparsi in questa sede di una questione come quella della riconfigurazione degli atti introduttivi di parte, altrove percepita invece come cruciale, appare del tutto emblematica degli scarti qui segnalati. Suscita perplessità la circostanza che nella nostra cultura giuridica continui nella sostanza a essere percepito come indifferente rispetto a obiettivi di buon funzionamento del processo lo *standard* di specificità e di circostanziazione fattuale di tali atti²³. Si tratta di un approccio che – si ribadisce – risulta invece manifesto in riforme recenti, come quella inglese e spagnola (ma anche, per quanto più settorialmente, tedesca e statunitense); tanto nella prospettiva di una più rapida definizione del merito della controversia quanto in quella della sua impostazione da parte del giudice sulla base di una comune e condivisa serietà nelle prese di posizione iniziali formulate ad opera dagli avvocati di parte²⁴.

Da ciò sembrano potersi derivare conseguenze rilevanti, specie sotto due profili. In effetti, per un verso, una disciplina più circostanziata e specifica degli atti introduttivi costituirebbe il prologo per la strutturazione di una trattazione, comunque di una fase di preparazione, efficiente e comprensiva dell'attribuzione (inevitabile in tale prospettiva) al giudice di incisivi poteri di controllo e di organizzazione²⁵. Per altro verso, in tale contesto di riassetto tecnico del processo, ma, correlativamente, anche di diversa configurazione della cultura della difesa in giudizio, risulterebbe a contrario evidenziata la categoria dell'abuso del processo²⁶. L'instaurazione di controversie non sufficientemente fondate in fatto e in diritto – *frivolous*, secondo una notoria accezione statunitense riferibile alla disciplina della *rule 11* delle *Federal Rules of Civil Procedure*²⁷ – sarebbe in tale contesto

²³ Sul punto, v. ad esempio A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario-spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137 ss. Per un'analisi del dibattito relativo al rapido e giusto funzionamento del processo civile in prospettiva comparata, v. ID., *Questioni di efficienza*, cit., 161 ss. e relative note. In particolare, sull'evoluzione del dibattito negli Stati Uniti, nella direzione di una sempre maggior circostanziazione degli atti introduttivi, si veda più ampiamente R. POUND, *The Canons of Procedural Reform*, in *12 A.B.A.J.* 1926, 541 ss. per analoghi movimenti di riforma in Inghilterra, v. J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice del Pre-trial*, cit., 1263 ss.

²⁴ Per quanto concerne tali movimenti di riforma e, sinteticamente, le riforme della *LEC* 2000 spagnola e le *Civil procedure rules* inglesi del 1999 si veda, ad esempio, A. DONDI, *Crise récente de la justice civil et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès*, in *R.R.J.* 2006, 2352 ss. Sulle riforme tedesche cfr. R. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 523 ss.

²⁵ Si veda, in particolare, A. DONDI, *La fase introduttiva*, cit., 235 ss.

²⁶ Con riferimento alla nozione di 'abuso del processo' si rinvia a A. DONDI, *Abuse of procedural Rights: regional report from Italy and France*, in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of procedural Rights*, cit., 109 ss.; ID., *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Diritto privato, – L'abuso del diritto*, Padova 1998, III, 460 ss.; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di 'abuso del processo'*, ivi, 435 ss.; A. DONDI e A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 193 ss. Fra le monografie in materia, nella nostra letteratura giuridica, v. F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova 2000; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano 2004 e G. NICOTINA, *L'abuso nel processo civile*, Roma 2005.

²⁷ In particolare, fra i molti contributi della dottrina statunitense sul tema, v. S. BURBANK, *Rule 11 in Transition: the Report of the Third Circuit Task Force on Federal Rule of Civil Procedure 11*,

e più agevolmente individuabile, nonché probabilmente sanzionata, e verosimilmente percepita come non commendevole dalla stessa avvocatura.

Analoghe considerazioni possono, del resto, riguardare il settore dell'utilizzazione di meccanismi probatori come l'esibizione. Nell'esercizio di attività di difesa tecnica in controversie civili, l'utilizzazione di tale meccanismo, o di analoghi, appare invero tanto variamente configurabile sul piano disciplinare da consentire il perseguimento di obiettivi al limite anche del tutto divergenti da quello istituzionale di integrazione del materiale probatorio ai fini della ricerca della verità. Nello specifico, occorre rilevare che la situazione italiana risulta caratterizzata da una sostanziale assenza di strumenti di tutela nei confronti di utilizzazioni improprie di tale meccanismo. Sembrerebbe, di conseguenza, non più deferibile la realizzazione di un riassetto normativo che, tenendo conto di ciò, ne impedisca in concreto utilizzazioni improprie, esclusivamente 'strategiche' o appunto abusive.

Risulta davvero agevole preconizzare che solo la previsione di una disciplina specifica delle modalità di richiesta dell'esibizione e, soprattutto, delle sanzioni erogabili in caso di mancata o solo apparente ottemperanza all'ordine potrebbe rappresentare una soluzione adeguata del problema²⁸. Tuttavia bisogna subito dire che l'assenza, finora totale, di riforme in questo settore rende piuttosto scoraggiante tale genere di constatazioni, tanto da configurarle al limite come meri *wishful thinking*.

Ancora una volta, e in conclusione, il raffronto con le esperienze di altri ordinamenti – e con discipline tutte, più o meno adeguatamente, indirizzate nel senso appena indicato – segna uno scarto qualitativo che la cultura italiana del processo civile non dovrebbe più a lungo sottovalutare.

Chicago 1989 e L.J. SILBERMAN, *Civil Procedure Reform in Comparative Context: The United States of America*, in 45 *American Journal of Comparative Law* 1997, 673 ss. Nella dottrina italiana v., al riguardo, A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 791-794.

²⁸ A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso*, cit., 193 ss.

9. REALTÀ EVOLUTIVA DELLA PROFESSIONE LEGALE. SFIDE DELLA GLOBALIZZAZIONE, «GLOCALIZZAZIONE» E ADEGUATEZZA DEGLI STANDARD PROFESSIONALI*

SOMMARIO: 1. Compresenza di modelli e sovrapposizioni culturali. – 2. Ruolo della formazione universitaria e scarti di adeguatezza. – 3. Cultura diffusa, aspirazioni professionali e rischi di provincialismo della nuova avvocatura.

1. Compresenza di modelli e sovrapposizioni culturali

Il «momento della complessità», definizione ormai ricorrente anche da noi per descrivere il periodo attuale, non può essere privo di influenza su una delle professioni – come appunto l'avvocatura – più tradizionalmente emblematiche del modo di essere di una società. Anche per questa ragione, si può anzi dire che la professione legale si trova al centro di problemi da tempo – beninteso in altri contesti culturali, come specialmente in quello statunitense – riferiti al fenomeno della complessità¹.

Per quanto solo di recente – e per certi versi con colpevole ritardo – anche nelle società latine europeo-continentali il peso della complessità inizi ad essere avvertito in tutta la sua immanenza, permane tuttavia infrequente la considerazione in questa prospettiva di ruoli professionali tipizzati come eminentemente quello di avvocato.

Per converso, a rendere in sé implicitamente interessante questa prospettiva è, almeno per chi scrive, il fatto che ciò sia avvenuto e avvenga (ovvero, non avvenga e in sostanza continui a non avvenire) in particolare nel nostro paese².

Occorre subito dire che la reazione della professione legale italiana rispetto alla sfida della complessità appare pesantemente condizionata da un livello ancora molto basso di percezione diffusa di tale categoria di problemi. Nella nostra cultura ed etica sociale si può dire, infatti, che sia finora sostanzialmente mancata – al punto di risultare del tutto

* Questo scritto è stato pubblicato in *Pol. dir.* 2008, 623-634, e riproduce – con l'aggiunta di un limitato apparato di note – il testo della relazione tenuta al XX Congresso Nazionale AIGA (Messina 9-12 ottobre 2008) in tema di «Le avvocature tra paleogiustizia e società contemporanea». Si ringrazia il dottor Davide Torquato per il prezioso contributo alla sistemazione delle note ed editing.

¹ Al riguardo – ovviamente, fra i molti – v. M.C. TAYLOR, *The Moment of Complexity – Emerging Network Culture*, Chicago 2001, 118 ss., 137 ss.; nella cultura europea continentale per quanto scontato, il riferimento d'obbligo è E. MORIN, *La méthode*, Paris 2008, *passim*; (e, fra i molti altri saggi, ad es., ID., *L'esprit du temps*, Paris 2008, *passim*). Un riscontro di questa «temperie» o nuova cultura della complessità, nella prospettiva dell'incertezza che si riflette sul piano delle culture giuridiche, è presente, nell'elaborazione di un comparatista processuale di grande capacità interpretativa delle esigenze del presente come M. Damaška; così cfr. ID., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003, (trad. it. di *Evidence Law Adrift*, London-New Haven 1997), 18 e ss.

² Per un riscontro a livello di stampa periodica di questa circostanza, riferita al nostro ambito nazionale e alla percezione – o mancata percezione – diffusa, v., ad es., M. SERRA, *Il pensiero sbrigativo – La destra che sceglie di semplificare*, in *La Repubblica* del 24 settembre 2008, 52.

eccezionale rispetto ad altre realtà³ – la presa d'atto della loro... complessità e interconnessione, come dimostra appunto un'altrettanto pervicace tendenza al diniego, alla trascuratezza e in definitiva anche a una strisciante propensione alla 'globalizzazione', ossia all'assunzione di un atteggiamento genericamente localizzante rispetto a questo genere di problemi⁴. Analogie significative con questa tendenza sono del resto riscontrabili anche sul piano della nostra cultura giuridica, intesa in un'accezione ampia e inclusiva tanto dell'elaborazione accademica quanto dell'evoluzione disciplinare, specie di quella realizzata nell'ultimo decennio.

È, in effetti, a livello di produzione normativa che in questo periodo si sono invero registrate scelte per lo più contraddittorie, quando non decisamente confliggenti con il fenomeno che fa da sfondo a queste considerazioni. Se si considerano le discipline normative italiane più significative sul piano dell'introduzione di innovazioni incisive, in quanto in effetti direttamente incidenti sull'attività dell'avvocato – mi riferisco al cosiddetto 'processo societario' e alla normativa delle 'azioni risarcitorie collettive' –, è infatti manifesta una loro intrinseca arretratezza e inadeguatezza proprio in relazione al loro stesso oggetto.

In effetti, tanto nel processo societario quanto nella disciplina delle azioni collettive risarcitorie – la cui entrata in vigore è notoriamente stata preceduta da un fragoroso *battage* mediatico-congressuale⁵ – le lacune rispetto all'ambito disciplinato incidono a tutti gli effetti sul *modus operandi* dell'avvocato, proprio in ragione del loro carattere processuale. Si tratta di discrasie del tutto comuni a entrambe queste normative, e che concernono la sostanziale assenza di effettive discipline del percorso processuale. In altri termini, e per quanto paradossale, le discipline del processo societario e delle *class action* all'italiana, pur dichiaratamente processualistiche in quanto virtualmente concernenti la predisposizione di modalità procedurali aventi come utente istituzionale l'avvocato, risultano sostanzialmente 'vuote' proprio su questo versante⁶.

Una constatazione che appare inevitabile quanto doverosa consiste nella circostanza che in esse mancano norme sufficientemente articolate sul versante di un'adeguata caratterizzazione tecnica e degli atti introduttivi e del percorso in senso lato istruttorio (e ciò,

³ Cfr., ad es., A. DONDI, *On Some Drawbacks in the Italian Road to Class Actions*, in *ZZP Int.* 2007, 13 ss.

⁴ Per l'utilizzazione di tale terminologia, e in generale per un esempio di approccio sociologico che adotta tale prospettiva, v. L.M. FRIEDMAN, *Horizontal Society*, London-New Haven 1999, 3 ss., 127 ss. e *passim*.

⁵ Sul punto, fra i molti interventi in materia di questo A., cfr. A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, *passim*; e, inoltre, R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». Azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 819 ss.; A. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 723 ss.; S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli 2010, 1753 ss.; nella letteratura americana recente, si veda in tema: M. GALLAGHER, *Vetoing Class Actions*, in *24 Rev. of Litigation* 2005, 527.

⁶ Per una visione generale ed un approccio opportunamente critico riguardo alle tendenze di riforma manifestatesi nel nostro ordinamento nel corso dell'ultimo decennio cfr. per tutti, M. TARUFFO, *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, in N. TROCKER (ed.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective* 2005, 217.

in particolare, con riguardo alla trattazione della controversia)⁷. Questo rilievo di peraltro blando carattere tecnico-processuale è solo in apparenza una *departure* dall'argomento che qui si affronta. Invero, la predisposizione di norme vuote non costituisce una mera e neutra adesione da parte del nostro legislatore e della nostra cultura giuridica (salvo sparse voci dissenzienti) a un qualunque stile di legiferazione, fra gli altri. Essa ormai sembra, piuttosto, rappresentare un *modus legiferandi* in linea con una certa idea anche del ruolo dell'avvocato nel contesto del processo; il che, sia detto *en passant*, implicitamente porta con sé anche una certa corrispettiva idea del giudice nello stesso contesto, nonché dei rapporti fra avvocati e avvocati, e fra avvocati e clientela⁸.

La configurazione di norme strutturate come vere e proprie *no man's land* sul piano giuridico e tecnico-processuale – come appunto nelle discipline indicate – sembra invece manifestare un'idea fondamentalmente non commendevole dell'avvocatura in questo paese. Come se, in altri e più espliciti termini, si implicasse una qualche irrilevanza degli strumenti forniti per l'esercizio della tutela tecnica nel processo civile e, più o peggio ancora, si considerasse indifferente per l'esercizio di tale attività la qualità professionale dei membri della professione legale; ossia, la loro inevitabile graduazione e differenziazione in termini di capacità professionale. Il messaggio sembra in sostanza essere stato quello di una generica finzione di semplicità o non di complicazione, di agevole accesso e virtualmente di non problematica utilizzazione del meccanismo processuale; e ciò proprio in aree del diritto – e del diritto processuale in particolare – dove altrove attenzione dottrinale e giurisprudenziale stratificate avevano da tempo consigliato molta cautela (leggi, serietà) sul piano disciplinare⁹.

Altrove, negli Stati Uniti ma non solo, ad ambiti come quelli dei *corporate case* e delle *class* o *derivative action* è stata infatti riservata da tempo un'attenzione particolare specie alla predisposizione di percorsi processuali *ad hoc*, per fare fronte alle intrinseche complessità di tali controversie attraverso l'adozione di speciali strumenti tecnici, sia di definizione specifica della pretesa (con il passaggio dal *notice pleading* al *fact pleading*) sia di selezione di quali controversie immettere in percorsi processuali di *class action* (attraverso la previsione di criteri specifici di *certification* della *class*)¹⁰. Così è stato in pratica in generale per le con-

⁷ Cfr. A. DONDI, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.; ID., *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137 ss.

⁸ Per un esempio di considerazione di questo genere di questioni nella società complessa e delle implicazioni che rendono almeno problematico il compito del legislatore e l'attività di legiferazione nel momento presente v., ad es., G.C. HAZARD, *Challenges in Law Making in Mass Societies*, in 67 *Louisiana L. Rev.* 2007, 1103 ss.

⁹ Si veda ancora A. DONDI, *Questioni di efficienza*, cit.; ID., *Complessità e adeguatezza*, cit.

¹⁰ Così, nella letteratura statunitense riguardo in generale alla gestione di queste controversie, cfr. ad es. A. ERBSEN, *From «Predominance» to «Resolvability»: A New Approach to Regulating Class Actions*, in 58 *Vand. L. J.* 2005, 1050; riguardo al processo «selettivo» della *class action* nella forma della *certification* fra i molti vedi Y.K. LEE, *Beyond Gatekeeping: Class Certification, Judicial Oversight, and the Promotion of Scientific Research in «Immature» Pharmaceutical Torts*, in 105 *Colum. L. Rev.* 2005, 1905; sul problema invece del reinquadramento normativo di questo tipo di controversie e del tentativo di arginare una loro tendenziale utilizzazione abusiva S.B. BURBANK, *The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View*, in 156 *U. Pa. L. Rev.* 2008;

troverse catalogabili come *complex case* (categoria di amplissima portata e comprendente, oltre alle azioni di *class*, le cosiddette *derivative action* societarie, i *product liability lawsuit*, le controversie di *intellectual property* nonché, nella sostanza, tutte le controversie civili aventi ampiezza soggettiva e difficoltà tecnico-probatorie tali da rendere indispensabile la configurazione di speciali percorsi processuali per la loro effettiva gestione)¹¹.

Il dato segnala un'esigenza effettiva e poco importa che, nel nostro paese, tale esigenza sia stata nella sostanza finora del tutto ignorata a livello di cultura giuridica e di percezione sociale diffusa. O molto importa, per converso, dal momento che questo oblio ha per certo avuto un effetto rilevante sul fruitore e gestore tecnico 'istituzionale' del meccanismo processuale e più in generale del modello di giustizia, ossia appunto l'avvocatura italiana. È sotto questo profilo che si intendono svolgere alcune considerazioni sparse, che tengano conto appunto di uno stato di cose fortemente condizionato da tale *background* strutturale; a vari livelli, di formazione di esercizio della professione, di immagine di sé, e di percezione esterna del ruolo (ovviamente dell'avvocato o, meglio, degli avvocati italiani)¹².

2. Ruolo della formazione universitaria e scarti di adeguatezza

Si è utilizzata la forma plurale nella frase che precede *pour cause*; l'intento è di 'tenere conto' delle differenziazioni all'interno della categoria, e di tentare di non appiattare e 'genericizzare' la sua immagine. Invero, questo intento verrebbe subito contraddetto da uno sguardo alla formazione istituzionale dell'avvocato all'interno della facoltà di giurisprudenza italiana. Qui, pure non a caso, la forma singolare è d'obbligo e corrisponde a un'indubbia realtà: quella dell'omologazione sul territorio nazionale di tale formazione. Nonostante tentativi relativamente recenti di diffondere con una certa perizia pubblicitaria l'immagine di alcune *sodisant* super-facoltà, in genere private e difficilmente accessibili anche in ragione della *tuition* prevista, questo modello costituisce il modello del tutto prevalente di formazione dell'avvocato italiano all'inizio del terzo millennio¹³. Di fatto – e, ripeto, al di là di differenze minime e in fondo largamente incontrollabili, in quanto in buona sostanza casuali – lo standard qualitativo della formazione universitaria italiana risulta allo stato sostanzialmente uniforme.

Resta, ciò posto, da chiedersi se questo standard sia soddisfacente, in quanto adeguato all'obiettivo di formare futuri membri delle tre professioni-tipo di avvocato, magistrato e notaio. Ma, prima ancora e soprattutto, se questo obiettivo sia – e sia mai stato – presente.

e inoltre cfr. L. WALKER, *The Consumer Class Action Bill of Rights: a Policy and Political Mistake*, in 58 *Hastings L. J.* 2007, 249; I. YILDIZ, *Standing First: Addressing the Article III Standing Defects of Rule 23(b)(3) Class Action Composed Wholly of Future Claimants*, in 26 *Rev. of Litigation* 2007, spec. 789 ss.

¹¹ Cfr. A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss.; sulla gestione delle controversie *corporate* e in generale sulla evoluzione della cultura statunitense in tema v., ad es., S.A. RADIN, *The New Stage of Corporate Governance Litigation: Section 220 Demands – Reprise*, in 28 *Cardozo L. Rev.* 2006, 1287 ss.

¹² Per una rara indagine scientificamente fondata al riguardo, nella prospettiva delle interazioni professionali inevitabilmente caratteristiche del ruolo dell'avvocato, cfr. D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati – Diritto ed economia del processo civile*, Bologna 2003, 100 ss., 113 ss.

¹³ Per riferimenti e inquadramenti di carattere generale v. V. FERRARI, *Law and Society Studies and Legal Education*, in 55 *J. Leg. Edu.* 2005, 495 ss.

Il che invero implica seri dubbi circa il fatto stesso che tale – o, addirittura, qualunque – intento professionalizzante abbia caratterizzato, e tuttora caratterizzi, il *curriculum* di studi della facoltà di giurisprudenza italiana.

A questo riguardo, il dibattito circa la cosiddetta ‘clinica del diritto’, promosso da Cernelutti nei lontani anni ‘30 e poi da questi più volte ripreso, segnala per così dire le carenze del passato, ma anche – visto il suo sostanziale insuccesso pratico e la sua mancata rivitalizzazione in seguito – le essenziali discrasie del presente¹⁴. Del resto, di ciò sono dimostrazione e la sostanziale assenza di discussione del problema all’interno delle nostre riviste giuridiche e l’effettiva mancata trasformazione strutturale del *curriculum*. Si potrà obiettare in particolare a ciò, allegando un largamente maggiore numero di esami rispetto ai ventuno tradizionali; esami, oltretutto, ‘spalmati’ oggi su un quinquennio di studi. Questa obiezione è da respingere con nettezza.

E ciò perché, nella sostanza, l’estensione del *curriculum* non è ... che ciò che è, ossia una mera estensione quantitativa. Un maggior numero di esami non è diventato un approccio serio nei confronti delle complessità effettivamente maggiori che oggi intridono gran parte dei rapporti sociali e, di conseguenza, del diritto nelle sue diverse configurazioni. Non lo è in ragione di una carenza di fondo nella prospettiva complessiva del ‘riordino’ dell’insegnamento, che appunto non è stata quella di renderlo un insegnamento effettivamente mirato alla professionalizzazione, come se un tale approccio avesse in sé un che di inelegante o di fundamentalmente *grossier*. È, in realtà, mancata alla cultura giuridica italiana – o a quella sua spuria derivazione che si sostanzia da tempo nelle programmazioni ministeriali – la coscienza della, per converso, virtualmente anche molto alta qualità di tale approccio, che – come dimostrano esperienze di altri ordinamenti – non costituisce affatto una *deminutio*, anzi¹⁵.

Lo stato delle cose appare essere nel concreto simile al passato per via di un’organizzazione degli insegnamenti conservatrice della sostanza del nucleo dell’assetto precedente. Non è davvero per un qualche residuo di ‘sciovinismo processuale’ che rilevo ciò, ma se si considera la collocazione degli insegnamenti processualistici è facile intendere il senso di questa valutazione. Pertanto, lo studente di giurisprudenza italiano non viene messo da subito di fronte alla realtà di ciò che dovrebbe concretamente fare nella sua vita professionale futura; ossia tutelare in giudizio o scegliere di non farlo, ma comunque tenendo costantemente conto della prospettiva del conflitto istituzionalizzato, in sede giudiziale o non. La ‘prospettiva dell’avvocato’ continua a mancare nell’impatto iniziale della facoltà; e ciò con conseguenze ipoteticamente molto rilevanti a vari livelli¹⁶.

¹⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1935, 169 ss.

¹⁵ Per una analisi risalente, tradizionale ma tuttora pregnante del modello statunitense si veda, ad es. T. PARSONS, G.M. PLATT, *The American University*, Cambridge-London 1973, 252 ss.; per una visione più aggiornata e collegata all’effettivo svolgimento della pratica professionale, cfr. ad. es., D.L. RHODE, *In the Interests of Justice – Reforming the Legal Profession*, Oxford 2000, spec. 185 ss.; ID., *Defining the Challenges of Professionalism: Access to Law and Accountability of Lawyers*, in 54 *S. Ca. L. Rev.* 2003, 889 ss. (e saggi contenuti nella stesso n. di questa rivista).

¹⁶ Per una visione ‘dall’interno’ dell’esperienza di discente all’interno di una *law school* statunitense e per la sottolineatura dell’impatto con gli insegnamenti processualistici, si rinvia alla descrizione contenuta in un libro di vastissima diffusione, non solo in ambito statunitense, v. S. TUROW, *One L: The Turbulent True Story of a First Year at Harvard Law School*, New York 1976, spec. 19 ss.; per

Un primo livello di conseguenze è per così dire ‘esterno’ o di carattere sociale. In tal modo non si ‘informa’ realmente chi non fosse già informato per ragioni di collegamenti famigliari della effettiva realtà successiva, con ciò contribuendo a una sperequazione intimamente antidemocratica (mi si passi la parola) nell’ambito del corpo studentesco, sulla base della quale, in altre parole, qualcuno sa già di più – e lo saprà per molto – mentre altri procederanno *in the blind*. Questo dato porta con sé altre conseguenze possibilmente ipotizzabili, e in particolare che l’eventuale fascinazione (o, quantomeno, forte interesse) per la professione di avvocato (ma anche di giudice, e forse pure di notaio) rimarrà fondamentalmente astratta, ‘originaria’, adolescenziale e non evoluta nonostante la frequentazione di una facoltà di giurisprudenza, per molti anche se non per tutti.

A questo elemento se ne connette un altro che concerne sempre l’utenza studentesca della facoltà di giurisprudenza italiana, ossia la mancanza di un approccio selettivo. Questo rilievo è ben lungi da essere *tout court* un discorso staticamente elitario o conservatore. La segnalazione dell’esigenza di filtrare nel corso della facoltà le vere qualità degli studenti, selezionandoli e non inducendo l’idea che a un accesso non ristretto – circostanza che a sua volta meriterebbe ripensamenti seri – debba anche corrispondere la garanzia di una conclusione comunque positiva (con il conseguimento del diploma di laurea, in sostanza), si muove infatti in tutt’altra direzione. La selezione e la conseguente difficoltà del corso dovrebbe essere qualificata come un valore nella prospettiva di una qualificazione esterna del laureato in giurisprudenza; e ciò al fine di garantirne virtualmente – e al di là di vantaggi o svantaggi iniziali – l’ulteriore selezione in sede professionale e l’ingresso non casuale e dignitoso in studi legali ben strutturati.

Per lo più, e comunque con un’incidenza tuttora significativa, si registra invece – in questa situazione di sostanzialmente *todos caballeros* – un netto vantaggio a questo riguardo per chi è già *entrenched*, come si diceva per connessioni in senso lato familiari.

Appare collegabile a questi rilievi anche l’ulteriore considerazione che, oggettivamente, da ciò è agevole derivare un’impressione diffusa – veritiera o fittizia, ossia funzionale al mantenimento dell’attuale *status quo* ora non importa – di dequalificazione e di inadeguatezza del laureato in legge al momento del suo ingresso nella professione. Questa impressione è anche da mettere in connessione al rilievo sostanzialmente scarso attribuito al *curriculum* universitario e alle valutazioni in esso conseguite sempre in sede di accesso alla professione, come dimostra la circostanza che il rapporto fra un eccellente voto di laurea e un’altrettanto eccellente occasione lavorativa non è che occasionalmente diretto e agevole¹⁷.

il riferimento alla prospettiva dell’avvocato il richiamo è all’approccio complessivamente suggerito da Vittorio Denti, ad es., in V. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna 1981, *passim*.

¹⁷ È il caso reso evidente dalla difficoltà con la quale nella pratica istituzioni di preparazione professionale post-universitaria, come le cosiddette scuole di specializzazione, forniscono materiale umano per gli studi legali più accreditati. Al riguardo cfr., ad es. fra i molti sul tema A. DONDI, *Rilievi minimi in tema di riforme e di formazione delle professioni legali*, in *Dir. Penale e Processo* 2000, 803 ss.

3. Cultura diffusa, aspirazioni professionali e rischi di provincialismo della nuova avvocatura

Riguardo all'incidenza di questo stato di cose sulle modalità di esercizio della professione legale in Italia non si è, allo stato, stratificata un'elaborazione culturale che consenta valutazioni stabili e fondate su una pur relativa base fattuale. Tuttavia, in via di mera induzione, sembrano possibili alcune constatazioni riguardo al modo di essere della nostra professione legale, la sua cultura e le aspirazioni diffuse al suo interno.

Anche solo sulla base del poco già detto, appare relativamente agevole una constatazione di fondo riguardo al carattere fortemente differenziato tanto della cultura quanto, di conseguenza, delle aspirazioni dell'avvocatura italiana. Sembra pertanto corretta la percezione che oggi manca in Italia una cultura effettivamente omogenea della professione legale, come manca un modo di essere uniformemente riferibile alla figura di avvocato. Fra le ragioni di ciò ha ovviamente un rilievo notevole quella – sommariamente sopra descritta – della formazione istituzionale, universitaria, dell'avvocato. Le discrasie relative a tale modello di formazione contribuiscono per certo a evidenziare aspetti essenziali della varietà presente all'interno della professione legale italiana. Oltre e ben più che di carattere generazionale, tale 'varietà' si può fare consistere in una effettiva sperequazione qualitativa, organizzativa e di immagine esterna; ossia, nella presenza di livelli nettamente differenziati di avvocatura e, in pratica, di una stratificazione molto incisiva in questo contesto professionale¹⁸.

Si tratta di una constatazione che non intende per nulla sminuire il dato della numericamente – ma non solo – rilevante presenza di un ricambio generazionale davvero impressionante e periodico; tanto che, parafrasando Calamandrei, oggi si potrebbe dire 'troppi avvocati, giovani'¹⁹. Tuttavia, nella sua configurazione essenziale, il dato dell'enorme afflusso di nuove leve nella professione – ormai da tempo oltretutto inevitabilmente non più schermato dalla formale diversificazione fra procuratori e avvocati – non appare in sé altro che il portato del modello istituzionale di formazione, già segnalato come fondamentalmente *easy-going* nella sua accessibilità e 'completabilità'. Con la conseguenza che, non adeguatamente formati a livello universitario, i nuovi avvocati non risultano essere, in quanto tali, portatori di 'nuove culture' e di nuove e specialmente apprezzabili abilità all'interno della professione²⁰.

Ma se altro rispetto a ciò, ossia se in genere non più che tanto qualitativamente caratterizzata al debutto nell'arena della pratica del diritto, quale il ruolo funzionale e il come dell'attività della nuova e, in ogni caso, più giovane avvocatura nel nostro paese? La questione appare davvero sotto vari profili cruciale, in quanto riferita non solo al futuro

¹⁸ Come evidenzia la peraltro sporadica presenza di studi su settori della professione legale, analizzati attraverso la loro prevalente attività specialistica e il relativo contesto referenziale. Così, per la cosiddetta avvocatura d'impresa, v. E. CAPPA, *Il parere legale*, Milano 2004, 53 ss., 167 ss. Per rilievi tuttora illuminanti per quanto risalenti in relazione alle considerazioni nel testo, cfr. G.P. PRANDSTRALLER, *Avvocati e metropoli, inchiesta sulla professione di avvocato nell'area lombarda*, Milano 1981, *passim*.

¹⁹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, in *Opere giuridiche*, II, 65 ss.

²⁰ Per considerazioni corrispondenti, vedi ad es. V. FERRARI, *Riflessioni sulla riforma degli studi giuridici*, in *Sociologia del diritto* 2002, II, 195 ss.

di una professione – per quanto importante e, anzi, essenziale – ma invero al futuro del nostro sistema di giustizia se non, in definitiva, per molti versi al nostro futuro di cittadini, *tout court*. Ad essa non è ovviamente facile dare risposta, anche se qualche impressione appare formulabile, con tutti i *caveat* del caso.

La prima e fondamentale di tali impressioni è che una nuova professione legale – come del resto più sopra si è accennato – non esista; beninteso, se con ciò si intenda una percezione del proprio ruolo effettivamente diversa e innovativa rispetto al passato e, per certi versi soprattutto, l'aspirazione a configurarsi all'esterno in maniera differente dalle immagini tradizionali dell'avvocatura italiana.

Al contrario, l'impressione è di una sorta di aspirazione diffusa fra le nuove generazioni dell'avvocatura alla mimesi rispetto ai modelli già dati, o comunque prevalenti sul mercato. Sicché capita ormai costantemente, in quest'ultimo decennio, di percepire una voglia di appartenenza, manifestata anche esteriormente e nell'apparire. Queste indicazioni di appartenenza e derivazione professionale – per certo *ratione materiae* più interessanti per il semiologo – confermano il dato della differenziazione interna della nostra professione legale, ma dicono anche di più per quanto qui interessa. E, nell'odierno 'impero dei segni' inevitabilmente ipercomplesso, all'osservatore un po' smagato o semplicemente *agé* essi segnalano e, forse, consentono di decifrare alcuni modi di essere dell'avvocatura italiana per così dire post-moderna.

Si tratta di un'avvocatura affannata a sopravvivere in un mercato sovraffollato, all'interno del quale le gerarchie – percepibili come molto presenti e crudelmente difese – risultano tuttavia molto spesso di derivazione diversa da una selezione qualitativa trasparente e grossomodo nota nelle modalità del suo farsi. Questo dato è estensibile a livello generale ma concerne ovviamente anche di più i cosiddetti 'giovani avvocati' passati – anche per tramite di un esame di abilitazione molto... 'possibile' – da un'università *ex professo* non selettiva a un contesto professionale molto variegato e per ciò stesso qualitativamente differenziato, ma ciononostante di difficile lettura e comprensione riguardo ai suoi criteri di qualificazione. Un contesto nel quale, quando ingresso e appartenenza non sono garantite da connessioni famigliari, i problemi diventano davvero enormi; al punto da accentuare quasi parossisticamente fenomeni peraltro presenti anche in altri ordinamenti europeo-continentali²¹.

In questo quadro è anche prevedibile che contraddizioni e provincialismi si riversino sull'anello inevitabilmente più debole del mercato della professione legale, come appunto la giovane avvocatura. È così che, specie nelle grandi città (mi limito a questo esempio, ma molto andrebbe detto sulla professione (ossia le *chances* di effettiva professionalizzazione) di chi – solo o con pochi altrettanto giovani colleghi – osa 'aprire studio' nella nostra vasta provincia l'immagine del giovane avvocato italiano sempre più spesso – e specie nell'ultimo decennio – è venuta rassomigliando a quella dei *nègres* della storia letteraria francese dell'Ottocento, senza limiti di orario e, in fondo, anche senza osare pretese economiche. Non più impegnati in un apprendistato di bottega, anche molto seriamente formativo, ma intruppati all'interno di spesso eleganti opifici del diritto *soidisant* modellati sul *Cra-vath style* della *law firm* statunitense (ma altrettanto spesso davvero lontani dalla sostanza più positiva di tale modello, in termini di rispetto delle qualità umane e professionali

²¹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, 134 ss., 242 ss.

del singolo, nonché di correttezza della selezione-promozione, carriera interna)²², i nostri giovani avvocati... lottano.

Più dei loro colleghi europei, e talvolta anche statunitensi, lo fanno con la determinazione di chi sa di essere sostanzialmente senza rete; *in absentia*, per così dire, di effettive garanzie culturali di concreta e ampiamente condivisa *fairness* nel percorso professionale. Di qui la scarsa determinazione a proporsi come innovatori e, anzi, un tendenzialmente immediato adeguamento al modello dato in studio, dal capostudio o, come oggi si tende a preferire, dai *partners* a capo delle singole *branches* interne. Non si potrebbe, a rigore, dire che questo è una forma di 'glocalizzazione', dal momento che l'atmosfera appare quella del momento ovunque nel mondo, che verrebbe accettata e non rifiutata, rifuggendo nel fenomeno opposto e corrispettivo appunto del *glocalism*²³. Ma di una sorta di 'subglobalizzazione' penso di sì, per quanto di sgangherato – a dispetto di un apparire *glittering* – e talvolta di oscuramente oppressivo questa configurazione comporta per una parte relevantissima dei membri della nostra professione legale.

²² Per riferimenti di base, v. ancora G.C. HAZARD, A. DONDI, *op. ult. cit.*, 57 ss.; degli stessi autori, inoltre cfr. *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, in *ZZP Int.* 2001, 205; sul fenomeno della *large lawfirm* cfr. anche – fra i moltissimi – L.M. FRIEDMAN, *op. cit.*, 13 ss.

²³ Per un'analisi incrociata dei problemi posti dal fenomeno della globalizzazione nel campo del diritto si veda infine, M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, *passim*.

10. SEGRETI ED ETICA DELL'AVVOCATURA. RILIEVI MINIMI IN TEMA DI *LAW OF LAWYERING* E *ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE**

SOMMARIO: 1. Caratteri di fondo e impatto sul modello di giustizia dell'*a.c.p.* – 2. Assetto ed evoluzione dell'*a.c.p.* – 3. Differenziazione dei contesti processuali. – 4. Interrelazioni con strategie, modalità di difesa tecnica e implicazioni di carattere etico professionale.

1. Caratteri di fondo e impatto sul modello di giustizia dell'*a.c.p.*

Per quanto raramente oggetto di indagini miranti a sottolinearne questo specifico carattere e la relativa importanza, l'area dei problemi concernenti i rapporti tra avvocato e cliente risulta essenziale – sempre più essenziale – alla riforma del processo civile e agli studi relativi. È pur vero che essa, ossia la sua considerazione in questa prospettiva, implica l'assunzione di un approccio tuttora inusuale alla nostra cultura giuridica e processualistica in particolare. La sottoposizione delle questioni del processo a quella 'prospettiva dell'avvocato' suggerita da un grande maestro come Vittorio Denti vedrebbe, tuttavia, come inevitabile e centrale l'attenzione per tale rapporto e, soprattutto, per alcuni suoi aspetti di evidente ricaduta processuale¹.

Tali appaiono indubitabilmente quelli concernenti i contorni di segretezza dei rapporti avvocato-cliente². Ciò, malgrado – ma, per converso, si potrebbe anche dire proprio *à cause de* – la loro collocazione in un momento diacronicamente precedente il processo, inteso in senso stretto o come solo esistente una volta tecnicamente formalizzatosi l'*incipit* di una controversia giudiziale. Ciononostante, tutti sappiamo come esista e costituisca un elemento essenziale tanto della configurazione di una controversia quanto della sua concreta gestione in termini strategici appunto l'esistenza di un 'momento precedente' – più o meno lungo e variamente caratterizzato di caso in caso –, nel corso del quale cliente e avvocato per così dire 'si scelgono' e, soprattutto, comunicano o iniziano a comunicare³.

Data questa premessa, è intuibile che le poche considerazioni che seguono tenderanno a concernere non solo tale momento, ma anche – forse, anzi, soprattutto – i suoi riflessi sullo svolgimento del processo, le relative opzioni di ordine strategico nonché gli

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 651-665, e riproduce con completamenti e variazioni di dettaglio la relazione presentata al convegno AIGI dal titolo «Tutela legale dell'impresa – *Legal Privilege* ed evoluzione del diritto di difesa» tenutosi presso l'Università LUISS di Roma il 25 settembre 2008. Si ringrazia il dottor Davide Torquato per la preziosa opera di collaborazione alla sistemazione dell'apparato bibliografico ed *editing* di questo lavoro.

¹ In generale sulle strette implicazioni processuali dell'*a.c.p.* si veda ad es. G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, *The Law and Ethics of Lawyering*, Westbury-New York 2004, 257 ss.

² A proposito della nozione di *confidentiality* cfr. ad es. G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering*, New York 2003, *passim*.

³ Cfr. P.R. RICE, *Attorney-Client Privilege: Continuing Confusion About Attorney Communications, Drafts Pre-Existing Documents, and the Source of the Facts Communicated*, in 48 *Am. U. L. Rev.* 1999, 971-977.

obbiettivi perseguibili attraverso l'instaurazione di una controversia civile (quando non, a seconda delle circostanze, attraverso la sua mancata instaurazione). Del resto, come già indicato in un mio lontano lavoro in materia, questa 'estensione' dell'accezione e del rilievo dell'*attorney-client privilege* (*a.c.p.* qui di séguito) appare in larga misura inevitabile; ove si intenda assumere un approccio funzionale rispetto a 'istituti' tanto tradizionali della cultura giuridica di *common law* e coglierne l'effettiva pregnanza nel contesto dei singoli modelli di giustizia⁴.

Si tratta di una prospettiva nella quale assume un rilievo del tutto essenziale la questione del come della comunicazione fra cliente e avvocato. Il riferimento è intuibilmente alla sua incidenza sulle scelte che verranno effettuate circa il se o il non instaurare la controversia, circa le modalità di gestione della stessa e, infine, ma soprattutto, circa le garanzie di tutela esterna (ossia, rispetto all'esterno) di tale comunicazione. Ma si tratta anche di una prospettiva che – per quanto qui programmaticamente delimitata – implica un qualche inevitabile riferimento al nucleo concettuale di base della nozione di segreto (professionale) o, per sentirsi un po' *à la page*, *secrecy*.

Questo aspetto della questione che si tratta risulta apparentemente autoevidente e in sé agevolmente definito. Del tipo, un segreto è ... un segreto, e tale ovunque; il suo fondamento consiste 'ovviamente' nella necessità di calare un velo di segretezza sulla preparazione di uno scontro (come, in maniera più o meno cruenta, è in effetti una controversia giudiziale); e il suo carattere di professionalità evidentemente concerne il coinvolgimento dell'avvocatura – la più tradizionalmente istituzionalizzata delle professioni – in tale attività di comunicazione e segretezza⁵. Ma è proprio, o assolutamente, così? In altri termini, tali ovvietà sono poi così ovvie con riferimento all'*a.c.p.* o al segreto professionale dell'avvocatura?

Il tono stesso della domanda e la sua manifesta retoricità implicano una risposta parzialmente negativa e comunque in larga misura aperta o dubbiosamente incerta riguardo a questi problemi, al contempo indicando anche la notevole instabilità e insicurezza del terreno all'interno del quale essi si collocano⁶. Il problema appare anche un altro; ossia, che quello dei segreti e delle loro tutele all'interno del processo, ma specialmente dei segreti circa le comunicazioni avvocato-cliente, costituisce un'evidente (o, quantomeno, una molto probabile) interfaccia dell'assetto 'ideologico' complessivo attribuito al processo – o delle relative concezioni e filosofie – e le sue modulazioni un riflesso di corrispettive trasformazioni di tale assetto⁷. Altro, poi ancora, è che tale implicazione sia stata in qualche modo pervicacemente elusa all'interno delle singole culture giuridiche e – come è accaduto specialmente alla nostra – la nozione di segreto professionale circoscritta all'interno di definizioni meramente 'tecniche', in quanto tali *ex professo* non influenti sul dibattito circa le opzioni di trasformazione delle dinamiche di funzionamento del processo.

⁴ Cfr. A. DONDI, *Aspetti dell'«attorney-client privilege» tra «evidence» e «legal ethics»*, in *Studi Denti*, 115 ss.

⁵ Sul segreto professionale nella dottrina italiana cfr., *at large*, R. DANOVÌ, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano 2001, 165 ss.

⁶ Cfr. A. DONDI, *op. cit.*, 118-117 (e richiami bibliografici in n. 2).

⁷ Sul punto cfr.: G.C. HAZARD, «From Whom No Secrets are Hid». *Segretezza e ricerca della verità nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 465 ss.

Questo dato costituisce in sé un elemento di forte differenziazione ove, in una prospettiva di raffronto comparatistico, si prendano in considerazione ordinamenti come quello italiano e quello statunitense. In effetti, costituisce una constatazione di base a questo proposito che non abbiano trovato adeguati corrispettivi nella nostra cultura giuridica l'elaborazione e la corrispondente evoluzione di una nozione di *secrecy* progressivamente adeguatasi – come nel contesto dell'evoluzione statunitense di un 'istituto' come l'*a.c.p.*⁸ – alle esigenze poste dalle trasformazioni economico-sociali del secolo XX. Uno iato che si riflette – come si tenterà di dire – proprio sul versante della funzionalità e della modulazione processuale dello strumentario di tutela delle segretezze, specie con riferimento a quelle concernenti le comunicazioni e più in generale l'interrelazione fra cliente e avvocato.

A questo proposito, appare di per sé significativa una circostanza come quella per così dire della 'appartenenza' della segretezza, nella forma del segreto professionale dell'avvocatura o dell'*a.c.p.* La disponibilità del *privilege* da parte del cliente (ossia la possibilità solo del cliente di disporre con la sua rinuncia, *waiver*) costituisce una evidente ed essenziale differenza rispetto alla configurazione del nostro segreto professionale, che è invece dell'avvocato e pertanto non disponibile in alcun modo ad opera del cliente⁹. E occorre notare come si tratti di un carattere per così dire acquisito dell'*a.c.p.*, non originario ma frutto di un'evoluzione successiva, fra le molte che hanno nel tempo interessato tale *privilege* e contribuito a configurarne i caratteri di fondo¹⁰.

Le ragioni di questa trasformazione, in effetti, dicono molto riguardo alla centralità di questo istituto rispetto alla cultura dell'*adversary system* statunitense; ciò al punto di configurare questo *privilege* come anche uno strumento di gestione strategica del processo, al limite del suo abuso¹¹. E ciò in quanto esse si possono essenzialmente rinvenire nell'intento di sottolineare e rafforzare una visione nella quale la *partisanship* dell'avvocato, costituendo una sorta di interfaccia della stessa complessiva *adversariness* del modello di giustizia, non dovrebbe-potrebbe essere messa a repentaglio da una sua eventuale autonoma disponibilità delle comunicazioni alla base appunto del rapporto avvocato-cliente¹². Come noto, l'attribuzione a tale rapporto della funzione di esclusivo e prevalente valore fondante del modello di giustizia civile statunitense – nel quale cioè l'*accountability* verso il cliente configura l'essenza pressoché unica della funzione del difensore tecnico – descrive ormai una versione storicamente molto datata, oltre che in larga misura estrema, di *adversary system of litigation*¹³.

⁸ Cfr. G.C. HAZARD, *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Calif L. Rev.* 1978, 1061 ss.

⁹ Cfr. G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, 118.

¹⁰ A proposito del *waiver*, si veda, nella letteratura più recente, D.C. RICHMAN, *Decisions About Coercion: The Corporate Attorney-Client Privilege Waiver Problem*, in 57 *DePaul L. Rev.* 2008; L.T. BROWN, *Reconsidering the Corporate Attorney-Client Privilege: a Response to the Compelled-Voluntary Waiver Paradox*, in 34 *Hofstra L. Rev.* 2005-2006, 897.

¹¹ A questo proposito spec. cfr. M.I. STRASSBERG, *Privilege Can Be Abused: Exploring the Ethical Obligation to Avoid Frivolous Claims of Attorney-Client Privilege*, in 37 *Seton Hall L. Rev.* 2006.

¹² Cfr. A. DONDI, *Aspetti*, cit., 118 (e i richiami bibliografici in nota 6).

¹³ Per quanto datato, molto specificamente relativo a questo aspetto è, ancora, M.E. FRANKEL, *The Search For Truth Continued: More Disclosure, Less Privilege*, in 54 *U. Colo. L. Rev.* 1982, 51 ss.

Ciò che appare interessante notare è – come ora si dirà – il permanere e la compresenza di questo carattere accanto ad altri elementi. Si tratta di elementi caratterizzanti il *privilege* in questione ben altrimenti che come un residuo di una versione ottocentesca di *adversariness*, e modulati nella direzione di un adeguamento a quelle esigenze di trasformazione del modello di giustizia statunitense manifestatesi con particolare vivacità specie a partire dalla metà del XX secolo¹⁴. E non costituisce certo una constatazione particolarmente originale che questo rappresenti l'aspetto di maggiore interesse sul piano comparatistico dell'*a.c.p.* nella sua versione statunitense, con possibili indicazioni di riforma anche riguardo al nostro modello di processo.

2. Assetto ed evoluzione dell'*a.c.p.*

Il nucleo di questo particolare interesse può, in effetti, farsi consistere nella mancata staticità della nozione di *a.c.p.* e nella sua interazione con altre nozioni, istituti o caratteri-tipo del processo civile statunitense. Questo elemento per certo configura – per le ragioni già sopra accennate – tale nozione come centrale rispetto alla caratterizzazione di quel modello di giustizia. Ma esso segnala anche come le trasformazioni che lo hanno interessato siano molto probabilmente emblematiche della più vasta e radicale evoluzione che ha interessato l'*adversary system of litigation* statunitense, specie nel corso della seconda metà del secolo XX e in questi ultimi anni¹⁵.

In questa prospettiva si collocano alcuni eventi specifici che qui di seguito si tenterà di evidenziare. Prima ancora, si deve tuttavia ribadire il carattere di fondo tendenziale dell'evoluzione di cui si è detto e all'interno della quale tali eventi si collocano. Appare infatti molto rilevante ricordare come anche le trasformazioni che concernono l'*a.c.p.* manifestino la tendenza, diffusasi nella cultura statunitense appunto a partire dalla seconda metà del secolo XX, e oggetto di un processo inevitabilmente altalenante e contrastato, a contrapporre ai poteri delle parti nel processo civile i poteri del giudice; in una prospettiva di proporzionamento delle forze in campo finalizzata tanto allo snellimento delle relative attività quanto, e soprattutto, a una più effettiva ricerca della verità in ambito processuale¹⁶.

Le implicazioni con tali obiettivi del *privilege* in questione appaiono, del resto, palesi e in larga misura inevitabili. I rapporti di comunicazione avvocato-cliente sono infatti, a seconda della loro modulazione, l'ambito precipuo di una serie di conseguenti possibili configurazioni dei rapporti fra parti e 'soggetti-tecnici' all'interno del processo. Una circostanza alla quale è giocoforza aggiungere che la maggiore o minore prevalenza del valore e dell'estensione dell'area del segreto condiviso fra parti-clienti e avvocati costituisce un

¹⁴ Per riferimenti generali sulla natura dell'*adversary system* cfr. M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003, 111 ss. e 150 ss.

¹⁵ Con ciò, in effetti, si modifica la prospettiva già suggerita da chi scrive, nella quale si riteneva in realtà non modificata nel tempo l'essenza fondante del *privilege*, cfr. A. DONDI, *Aspetti*, cit., 119-121 (e riferimenti bibliografici in note 7 e 8); in questo senso, più di recente, cfr. Note, *Selective Disclosure: The Abrogation of the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine*, in 33 *Pe L. Rev.* 2005-2006, 723 e ss.

¹⁶ Sul tema, ad es., cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova 1979, 3 ss.; G.C. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, cit., 465 ss.

indice essenziale della filosofia e comunque dei valori di fondo alla base del funzionamento di un modello di giustizia.

È rispetto a questo *background* che si misurano – e in larga misura trovano giustificazione – le principali trasformazioni che hanno interessato l'assetto dell'*a.c.p.*; trasformazioni la cui incidenza, piuttosto che sul piano di incisive modificazioni della *law of evidence*, si è riverberata sul meccanismo del processo, diventando in sostanza una parte decisamente significativa della riforma del processo civile (a livello federale quanto statale).

Tenendo conto che tutto ciò che davvero rileva in fatto di processo civile statunitense per così dire accade a partire dall'entrata in vigore – nel 1938 – di quel monumento di legislazione rappresentato dalle *Federal Rules of Civil Procedure*, questo evento è da considerarsi essenziale anche per quanto qui interessa. È da esso che, in effetti, iniziano a manifestarsi in maniera progressivamente incisiva spinte a riconsiderare l'assetto del *privilege*, e ciò essenzialmente in ragione delle sue 'ricadute processuali', ossia dei possibili problemi concernenti la sua utilizzazione nel corso di un *civil lawsuit*¹⁷. Si può dire, inoltre, che da subito risulta manifesto l'ambito di prevalente incidenza del *privilege*, e delle dinamiche processuali coinvolte. Tale ambito viene infatti rapidamente individuato nel *pre trial* e, in particolare, nel *discovery*¹⁸.

Sono per certi versi ovvie le ragioni di ciò, anche se meno ovvi e prevedibili risultano gli sviluppi dell'elaborazione critica che la nozione di *a.c.p.* riceve nel dibattito dottrinale e nell'interpretazione giurisprudenziale successivi. Ciò che, in effetti, accade non si può *tout court* ridurre a un processo di delimitazione dell'area di *secrecy* coperta dal *privilege*. Questo fenomeno, che si potrebbe catalogare come una conseguenza per così dire naturale della presenza di una *machinery of discovery* nel modello di giustizia civile federale, assume caratteristiche del tutto peculiari, al punto di rappresentare una manifestazione singolare delle prospettive, ma anche delle incongruenze e in ogni caso della complessità, della riforma del processo civile negli Stati Uniti nel corso dell'ultimo trentennio.

È l'area del *discovery* che costituisce, in ogni caso, il contesto nel quale, con forte anticipo rispetto ad altre trasformazioni e in maniera del tutto evidente, i problemi di adeguamento dell'*a.c.p.* si manifestano attraverso l'adozione di soluzioni che registrano interessanti elaborazioni della teoria della *secrecy* nel processo civile. È noto, al punto da costituire ormai una sorta di predicato stabile o di carattere-tipo del *privilege* in questione, che tale intervento massiccio e caratterizzante si sostanzia nella creazione della teoria cosiddetta del *work product*¹⁹. È altrettanto noto che la *work product doctrine* trovi un'interfaccia del tutto 'assorbente' sul piano giurisprudenziale nella decisione del caso *Hickman v. Taylor*²⁰. In effetti, la dottrina in questione sembra piuttosto rappresentare

¹⁷ Per una considerazione – all'interno, peraltro, del dibattito intorno alla elaborazione di norme federali di *evidence* – di questo genere di problemi nell'imminenza dell'entrata in vigore della normativa federale del processo civile, cfr. C.T. McCORMICK, *The Scope of Privilege in the Law of Evidence*, in 16 *Tex. L. Rev.* 1938, 447 ss.

¹⁸ Cfr., per una ricostruzione della relativa percezione realizzata nel contesto di una netta opzione ideologica, M.E. FRANKEL, *op. cit. loc. cit.*

¹⁹ Cfr. A. DONDI, *Aspetti*, cit., 127 note 24-25; ID., *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 179 ss.

²⁰ Per il testo della decisione citata cfr. 91 *U.S. Law Ed.*, 1974, 451 ss.; 329 *U.S.*, 1947, 495 ss.; nella dottrina italiana un riferimento preteso a tale decisione è rinvenibile in A. DONDI, *Effettività*, cit., 180-182, note 106-107.

un arroccamento dell'elaborazione intorno all'*a.c.p.* del tutto coerente con la sua filosofia originaria e con una visione estrema di *adversariness*, soprattutto per quanto concerne il processo civile. Il *leading case* citato intende evidentemente rafforzare la tutela fornita attraverso il *privilege* in questione; e ciò per tramite di un generale «riconoscimento del carattere di legittima segretezza alle informazioni confluite in documenti che si pongono alla base dell'elaborazione, ad opera dell'avvocato, di una linea di difesa»; che è ciò in cui appunto si sostanzia dalla decisione *Hickman* la nozione di *work product*²¹. Non sarebbe, in altri termini, sottoponibile a *discovery* tale documentazione, ossia, non sarebbe l'avvocato tenuto a *disclosure* dell'apparato di note, valutazioni, strutturazione strategica virtuale della difesa degli interessi del proprio cliente. Questa circostanza, che trova riscontro anche nella riforma che nel 1970 interessa la *Federal Rule 26 (b)(3)*, costituisce un indirizzo di intervento e di evoluzione della nozione di *a.c.p.* che tuttavia non risulta unico, pur nella sua indubbia rilevanza²².

Si può, anzi, addirittura affermare, che proprio intorno alla *work product doctrine* e al dibattito relativo, nonché alle ulteriori prese di posizione giurisprudenziali al riguardo, si strutturi un nucleo iniziale di rielaborazione concernente le funzioni dell'*a.c.p.* dal quale deriveranno notevoli e interessanti evoluzioni, specie sotto il profilo della definizione, o piuttosto ridefinizione, degli ambiti specifici entro i quali collocare l'effettivo funzionamento del *privilege*, a seconda del tipo di controversia in questione²³. Con un anticipo di circa due decenni si prospetta già in questa sede, in altri termini, il problema di fondo che caratterizzerà l'*a.c.p.*, ossia quello delle sue modalità operative nel contesto di controversie nelle quali il problema sarà – selettivamente – di valutare quali tipi di segreti siano possibile oggetto di tutela, per tramite di un *privilege* e, soprattutto, verso quali clienti (ma ciò comporta anche il problema dei soggetti abilitati a gestire l'eventuale *waiver* del *privilege*) l'avvocato sia tenuto a *confidentiality*; e in quale misura, oltretutto, sia poi configurabile tale area di segretezza e di confidenzialità nelle comunicazioni fra avvocato e cliente.

L'individuazione di quest'area è l'elemento effettivamente caratterizzante la vicenda evolutiva dell'*a.c.p.* nell'ultimo trentennio; e ciò in ragione del fatto che, per così dire, il contesto determinerà fortemente i tipi di soluzioni prospettate, dibattute e adottate a questo riguardo.

Si tratta di un percorso evolutivo occasionato, in parte, anche da carenze normative estreme sul piano della definizione del *privilege* all'interno della disciplina probatoria federale (le *Federal Rules of Evidence*); normativa nella quale, nella sostanza, nulla è detto in materia, in ragione della mancata elaborazione ed *enactment* – leggi, materiale completamento e adozione formale – della norma virtualmente destinata a disciplinare la materia, ossia la *Federal Rule of Evidence 501*²⁴. Uno stato di cose al quale non pone rimedio la

²¹ Cfr., anche per la frase virgolettata, A. DONDI, *Aspetti*, cit., 129; più di recente, in generale sul punto: G.C. HAZARD, A. DONDI, *op. cit.*, 207 ss.

²² Sul punto cfr.: G.C. HAZARD, C.C. TAIT, *Pleading and Procedure*, New York 2005, 867 ss.

²³ Fra i molti, v. S.L. COHN, *The Work Product Doctrine: Protection, Not Privilege*, in 71 *Geo. L. J.* 1983, 920 ss., 923 ss.

²⁴ Cfr. ancora A. DONDI, *Aspetti*, cit., 120-123; più di recente, v. in tema, ad esempio, D.J. CAPRA, *Advisory Committee Notes to the Federal Rules of Evidence That May Require Clarification*, Federal Judicial Center, Washington 1998, 5-7, American Law Institute, *Restatement of the Law Third – The Law Governing Lawyers*, St. Paul. Minn. 2001, 519-524.

successiva serie di interventi di novellazione delle *rules* e che è agevole considerare in sé significativo di una tendenza a non intervenire, o osare intervenire, su una materia tanto centrale al modello di giustizia statunitense²⁵.

Anche a prescindere da qualsiasi ulteriore giustificazione di tale evento, rimane comunque la circostanza che l'assenza di una disciplina sostanziale di fatto una mancata definizione dei limiti di funzionalità del *privilege*; il tutto con effetti possibilmente negativi – o, comunque, problematici sul piano della sua effettiva gestione – nella pratica del processo²⁶. E ciò che in effetti la letteratura giuridica statunitense rileva, catalogandolo come il problema del *privilege* in questione già a partire dagli anni Cinquanta e segnalandone sempre più nettamente in seguito la tendenziale utilizzazione strategica, specie in certi tipi di controversie²⁷.

Ed è, in effetti, nel contesto di questo dibattito che viene individuato come il 'luogo' essenziale del fenomeno di possibile utilizzazione strategica dell'*a.c.p.* l'area dei *corporate cases* (e, in seguito, più estensivamente dei *complex cases*), pervenendo a configurare – nella forma di una sorta di peculiare gemmazione dalla nozione di base od originaria – una nozione come quella di *corporate a.c.p.*; e, per tramite, anche una più articolata concezione dell'odierna portata e significato generale di questo *privilege*²⁸.

3. Differenziazione dei contesti processuali

La questione che, in effetti, appare di interesse anche in una prospettiva comparatistica – ossia, come possibile indice di soluzioni valutabili anche per la riforma del nostro ordinamento – consiste appunto in questo tipo di evoluzione e ridefinizione dell'ambito di operatività del *privilege*. Una circostanza in ogni caso da riconnettere essenzialmente all'ambito del processo, con riferimento cioè al funzionamento dei relativi *protective orders* in sede di selezione delle informazioni durante la fase di *trattazione-discovery*²⁹.

Ciò che viene in luce nell'ultimo ventennio è in particolare il problema dell'effettivo significato da attribuire alle nozioni di *secrecy* e di *communication*, e alla loro combinatoria. Si tratta di una questione che – come da tempo è stato evidenziato dal maggiore studioso

²⁵ Cfr., in una letteratura ovviamente vastissima, G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ Per contro, è da segnalare come il percorso delle riforme sia stato seriamente imboccato anche su questo versante, nonostante l'attuale assenza di una *full revision* delle *Federal Rules*; in questo senso, si rinvia alla più famosa di tali attività-programmi di riforma, ossia l'*Evidence Project – Proposed Revisions to the Federal Rules of Evidence*, in 171 *F.R.D.* 1997, 330 ss. (e, in proposito, cfr. spec., P.R. RICE, *The Evidence Project: Proposed Revisions to the Federal Rules of Evidence with Supporting Commentary*, ivi, 335-346 ss.), e 507 ss. con specifico riferimento all'*a.c.p.*

²⁷ Cfr., ancora A. DONDI, *Aspetti*, cit., 122 ss. (e richiami bibliografici in nota 15); si vedano inoltre: G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven-London 1978, 120-131; S.A. SALTZBURG, *Communications Falling Within the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Iowa L. Rev.* 1981, 811 ss.

²⁸ Così, ad es., P.R. RICE, *Attorney-Client Privilege: The Eroding Concept of Confidentiality Should be Abolished*, in 47 *Duke L. J.* 1998, spec. 862 ss.

²⁹ Cfr. W.G. CHILDS, *When the Bell Can't be Unrung: Documents Leaks and Protective Orders in Mass Tort Litigation*, in 27 *Rev. of Litig.* 2008, 567-569 (con speciale riferimento alla cosiddetta «*Ziprexa Injunction*» di cui in 474 *F. Su 2d*, 2007, 385 ss.).

statunitense della materia – non attiene a meri parametri linguistici, ma si converte nello *standard* di concreta operatività dell'*a.c.p.* in sede processuale³⁰.

In linea generale, infatti, è sempre stata caratteristica dell'analisi che dottrina e giurisprudenza hanno riservato al *privilege* in questione un'attenzione e un'esegesi particolarmente attente della nozione di *communication*; attenzione ed esegesi attraverso le quali si è in sostanza definito lo stesso *privilege* e configurata la sua *ratio* essenziale. Tale *ratio* si è sostanziata nell'esigenza di consentire – e garantire in effetti – al cliente di essere *candid* nelle sue comunicazioni con l'avvocato, sicuro che qualsiasi informazione resa in tale contesto al proprio difensore (ossia nella imminenza di una controversia e al fine di ottenere tutela) da questi non potrebbe essere esteriorizzata, ossia in ogni caso rivelata in sede processuale nella forma di una *disclosure* o altro³¹.

È chiaro – o, meglio, può apparire da subito manifesto – ancorché per molti versi molto problematico – che collegata a ciò risulta essere la questione di quale area sia effettivamente corrispondente alla nozione di *communication*, da parte di chi possa-debba provenire tale informazione, quali siano i residui doveri-poteri dell'avvocato in questa circostanza e, in ultima analisi, quali le possibili deroghe alla tenuta del *privilege*³². Occorre infatti anche aggiungere che – altrettanto comprensibilmente, in un'impostazione del genere – grande rilievo potrà assumere (e, in effetti, ha assunto) la questione del *waiver* dell'*a.c.p.*; nel senso che la sua rinuncia se, come già detto, compete al cliente, costituirà comunque un problema per l'individuazione di *quale cliente* potrà fare ciò e, in ogni caso, di come in concreto dovrà esplicarsi tale potere³³.

Questo quadro di riferimenti costituisce una sorta di *parterre* intellettuale all'interno del quale si muove l'ultima evoluzione dell'*a.c.p.* e, come si è detto, la sua trasformazione piuttosto in un meccanismo selettivo che non è genericamente protettivo di una nozione basilare di *secrecy* all'interno del processo³⁴. Si è, in effetti, detto della 'localizzazione' di tale percorso evolutivo nell'ambito dei cosiddetti *corporate cases*³⁵. Ma tale percorso, passando attraverso la necessità di modulare la funzionalità del *privilege* anche all'interno di controversie di altro tipo – come quelle *mass tort* e di *intellectual property* – si è per così dire ulteriormente definito, diventando uno strumento di manifestazione e conferma del fenomeno, più ampio, di diversificazione della nozione di controversia (e di procedimento relativo) che ha interessato la cultura giuridica statunitense, in particolare nel corso dell'ultimo decennio³⁶.

Il perché della prevalente collocazione all'interno del cosiddetto *corporate context* della trasformazione-evoluzione segnalata si può riassumere in due elementi: la difficoltà – o,

³⁰ Cfr. P.R. RICE, *Attorney-Client Privilege in the United States*, St. Paul Minn. 1993, *passim*.

³¹ Cfr. P.R. RICE, *Attorney-Client Privilege: the Eroding Concept*, cit., 856-859, spec. riferimenti giurisprudenziali alle nn. 6-8.

³² Cfr. ad esempio, Note, *Selective Disclosure*, cit., *loc. ult. cit.*

³³ Così, ad esempio, L.T. BROWN, *op. loc. ult. cit.*; M.A. KRESSEL, *Contractual Waiver of Corporate Attorney-Client Privilege*, in 116 *Yale L.J.* 2006, 412, spec. 417 ss.

³⁴ A. DONDI, *Aspetti*, cit., *loc. ult. cit.*

³⁵ Cfr. A. DONDI, *Aspetti*, cit., 132 ss.

³⁶ Al riguardo, ad esempio, nella letteratura italiana si vedano richiami in A. DONDI, *Case law e cultura degli atti introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss.

comunque, la problematicità, come evidenziato nella decisione del caso *Upjohn*³⁷ – di individuazione del soggetto-cliente nell'ambito dell'organizzazione societaria, e la copertura – a sua volta sotto vari profili problematica – del *principle of confidentiality* garantito dall'*a.c.p.*, al limite della sua tenuta *tout court*³⁸.

Di qui la messa in discussione di una concezione pacifica o in qualche misura neutra del *privilege*, nella quale fosse approblematica l'individuazione di chi – in contesti organizzativi molto articolati – il cliente e chi l'avvocato (e ciò a fronte del carattere virtualmente e tendenzialmente biunivoco di questo rapporto e corrispondentemente tale anche la comunicazione oggetto di *a.c.p.*)³⁹. E di qui anche la possibile configurazione di un'alternativa di base in ordine alla filosofia di fondo dell'*a.c.p.*, che veda giustapporsi a una più tradizionale «*liberal construction*» una «*strict construction*» del *privilege*, ossia una sua accezione se non del tutto limitata quantomeno selettiva dei soggetti coinvolti e dell'area di relativa copertura⁴⁰.

È su questa linea di problemi che trova svolgimento la trasformazione o riqualificazione dell'*a.c.p.* realizzatasi nel corso dell'ultimo ventennio. Il tutto tenendo presente come una giurisprudenza a tratti agguerrita abbia evidenziato un grave rischio imminente al permanere di un'utilizzazione *liberal* del *privilege*, ossia, che per questo tramite, di fatto, si pervada lo svolgimento del processo di un'aura di *secrecy* oggettivamente confliggente rispetto alla funzione di ricerca della verità, oggi – dopo un secolo di intensissimo dibattito in dottrina e giurisprudenza – prevalentemente riconosciuta anche in ambito statunitense al processo civile⁴¹.

Due fenomeni hanno in particolare manifestato questa tendenza a delimitare, circoscrivendo e specificando, l'area di utilizzazione del *privilege*.

Si tratta della parziale rielaborazione della disciplina di etica professionale in tema di *attorney-client confidentiality* (ossia, per riferirsi alla normativa più diffusamente '*adopted by the courts*', le *Model Rules of Professional Conduct* del 1983 e riviste nel 2000) e della previsione di un dovere di *withdrawal* per l'avvocato in base alla *section 307* del cosiddetto *Sarbanes-Oxley Act* del 2002, in tema grossomodo di *corporate responsibility*⁴².

Per quanto in prospettive parzialmente differenti, e anche se in maniera non lineare né del tutto diretta, entrambi questi fenomeni si può dire procedano dalla presa di posizione

³⁷ Cfr. *Upjohn v. United States*, in 449 U.S. 1982, 383 ss.

³⁸ Così, cfr. ancora A. DONDI, *Aspetti*, cit., 133 ss.

³⁹ Cfr., fra i molti, J.E. SEXTON, *A Post-Upjohn Consideration of the Corporate Attorney-Client Privilege*, in 57 N.Y.U. L. Rev. 1982, 509; e, di recente, D.C. RICHMAN, *op. cit.*, 295-296.

⁴⁰ Cfr. A. DONDI, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ Così viene sintetizzato il problema – in realtà con specifico riferimento alla questione e ai problemi derivanti da eccessivi ricorsi alla pratica dei *protective orders* – nella frase del giudice Weinstein, secondo la quale: «*such secrecy defeats the deterrent function of the justice system*», in J. WEINSTEIN, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Chicago 1995, 70; al riguardo e in particolare con riferimento alla cosiddetta «*Zyprexa Injunction*», cfr., ad es., W.G. CHILDS, *op. loc. ult. cit.*

⁴² Ci si limita qui, lasciando al seguito ulteriori e più specifiche indicazioni bibliografiche, al richiamo del testo delle due discipline; così, ad es., v. CENTER FOR PROFESSIONAL RESPONSIBILITY (ed.), *Model Rules of Professional Conduct*, Chicago 2003, III, 22 ss. (per il testo e un commento alla *model rule 1.6*, in tema di *Confidentiality of Information*); e, per il *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, v., ad es., www.findlaw.com (H.R. 3763-40).

della ormai storica decisione *Upjohn*⁴³. Si tratta, tuttavia, di una derivazione per così dire *at large*, che da quel *dictum* deriva piuttosto il contesto decisorio e l'occasione che non la soluzione specificamente adottata nel 1982 con quella presa di posizione della *Supreme Court* federale.

Il contesto decisorio della *corporate arena* diventa, tuttavia, negli ultimi sviluppi, un'area nella quale non risultano più tenere logiche di maggiore tutela dei segreti in quanto – come invece sostanzialmente ancora nella decisione *Upjohn* – intesi come valori assoluti e corrispettivi alla stessa tutela dell'assetto societario⁴⁴.

4. Interrelazioni con strategie, modalità di difesa tecnica e implicazioni di carattere etico professionale

Ciò che caratterizza l'ultimo momento di evoluzione dell'*a.c.p.* è una continuazione critica – ossia, articolata, selettiva, stimolata da eventi recenti e non più condizionata da scelte ideologiche assolute – del processo di individuazione dello spazio di copertura del *privilege*. Come già nella prima configurazione della nozione di *corporate attorney-client privilege*, tale problema di delimitazione di aree di operatività aveva visto la creazione di criteri per la soluzione di tale questione (quali i cosiddetti *control group* e *subject matter test* intorno al quale specificamente opera la decisione *Upjohn*). Ma ora il problema della presa d'atto della complessità gestionale dei grandi gruppi societari si trasferisce ad altre nozioni e categorie di problemi, assumendo correlativamente ulteriori e diverse connotazioni⁴⁵. Ed è probabilmente in ragione di tali nuovi referenti che la linea di svolgimento della più recente evoluzione in tema di *a.c.p.* appare opposta a quella sviluppata con la decisione del caso *Upjohn* ormai quasi un trentennio fa.

Sembra di poter dire ciò dal momento che lo scopo di tali trasformazioni risulta essere proprio la riduzione di quella '*zone of silence*' (ossia, l'ambito di copertura della *confidentiality* garantita con il *privilege*, e quindi l'area delle conoscenze legittimamente non acquisibili al processo) che invece la decisione indicata intendeva estendere rigettando una tendenza già in atto ad attribuire un più '*narrow scope*' all'*a.c.p.*'⁴⁶. È in questa direzione che, in effetti, sono collocabili in particolare i due fenomeni sopra indicati come emblematici dell'ultima evoluzione della nozione di *a.c.p.*, come la stessa dottrina statunitense non ha del resto mancato di sottolineare specie nel corso dell'ultimo decennio⁴⁷. E occorre anche notare come su questo versante si realizzi una porzione rilevante di quel fenomeno

⁴³ Cfr. A. DONDI, *Aspetti*, cit., loc. ult. cit.

⁴⁴ Per l'espressione «*corporate arena*» cfr. B.P. BURNHAM, *The Attorney-Client Privilege in the Corporate Arena*, in 24 *Bus. Law.* 1969, 901 ss.; per richiami al riguardo v. ancora A. DONDI, *Aspetti*, cit., 124-125.

⁴⁵ Con riguardo alla letteratura statunitense contemporanea al fenomeno considerato, cfr. V.C. ALEXANDER, *The Corporate Attorney-Client Privilege: A Study of the Participants*, in 63 *St. John's L. Rev.* 1989, 295 ss. (per richiami bibliografici, v. ancora A. DONDI, *Aspetti*, cit., 131 ss.).

⁴⁶ Cfr., ad es., B.P. BURNHAM, *The Attorney-Client Privilege in the Corporate Arena*, in 24 *Bus. Law.* 1969, 913.

⁴⁷ Cfr., ad es., P.R. RICE, *Attorney-Client Privilege: The Eroding Concept of Confidentiality Should Be Abolished*, in 47 *Duke L. J.* 1997-1998, spec. 863 ss., 889 ss.; Note, *Selective Disclosure*, cit., loc. ult. cit.

di aggiustamento – senza necessità di ulteriori messe in discussione delle filosofie di fondo – che costituisce lo specifico dell'attuale fase di evoluzione del modello di giustizia civile statunitense⁴⁸.

Sul versante specifico dell'*a.c.p.* è del resto in sé significativo che si siano negli ultimi anni succedute senza sostanziale successo numerose proposte di riforma della disciplina o, piuttosto, di creazione di una effettiva disciplina, dal momento che di fatto una vera normativa in materia in effetti manca e le norme – ancorché formalmente 'numerate' all'interno delle *Federal Rules of Evidence* – risultano in verità *blank* in quanto '*never adopted*' o '*enacted*'; ciò allo stato, e nonostante trasformazioni proposte, come la più recente relativa al nuovo testo della *federal rule 502* in tema di *waiver* e relativo ambito di operatività⁴⁹. Questo stato di incertezza segnala anche, per converso, intense frizioni e notevoli problemi di inquadramento, che si riverberano nella odierna caratterizzazione del *privilege* proprio sotto il profilo della tendenziale configurazione di limiti – di diversa origine e variamente collocati – intorno alla sua utilizzazione nella pratica del processo. E in ciò che si sostanziano gli 'attacchi' a un'accezione *liberal* dell'*a.c.p.* (a intendere, ad ampia e genetica copertura di *secrecy*) in una realtà ormai inevitabilmente molto complessa e non univocamente configurabile⁵⁰.

Per certo, il più rilevante e comunque il più discusso di essi si può fare consistere nel cosiddetto «*waiver paradox*»⁵¹. In realtà, la stessa catalogazione di paradosso per descrivere l'imposizione all'avvocato di certi doveri, in apparente contrasto con una logica di totale *confidentiality* con il cliente, non sembra descrivere adeguatamente il fenomeno della rinuncia alla copertura del *privilege* in ragione di esplicite richieste da parte di magistrati inquirenti nel contesto di inchieste concernenti reati in senso lato catalogabili come societari⁵². Appare ancora una volta piuttosto evidente che la paventata rottura di regole di base di *confidentiality* in realtà si possa ricondurre a tradizioni di conservazione, rispetto al ruolo dell'avvocato e al contesto entro al quale egli si trovi a operare, di una essenziale filosofia di *adversariness* che veda nell'avvocato principalmente un amico del cliente e a questi solo legato da rapporti di fiducia assoluta, buon comportamento ed effettiva *accountability*; con ciò, per converso, omettendo *in toto* l'ulteriore aspetto della caratteriz-

⁴⁸ Così, ad es., v. A. DONDI, *Case Law*, cit., 529 ss.

⁴⁹ Cfr., ad es., D.J. CAPRA, *Advisory Committee Notes to the Federal Rules of Evidence that May Require Clarification*, Washington 1998, 5-7; riguardo alla 'nuova' Rule 502, cfr., ad es., Note, *The Attorney-Client Privilege Protection Act: The Prospect of Congressional Intervention into the Department of Justice's Corporate Charging Policy*, in 35 *Fordham Urb. L.J.* 2008, 1087 ss.

⁵⁰ Per una discussione di questa prospettiva, cfr., ad es., D. GREEN, *Lawyers As «Tattletales» A Challenge to the Broad Application of the Attorney-Client Privilege and Rule 1.6, Confidentiality of Information*, in 20 *Ga. St. U. L. Rev.* 2003-2004, spec. 653 ss.; L.T. BROWN, *Reconsidering the Corporate Attorney-Client Privilege: A Response to the Compelled-Voluntary Waiver Paradox*, in 34 *Hofstra L. Rev.* 2005-2006, spec. 915 ss.

⁵¹ Cfr., ad es., ancora L.T. BROWN, *op. cit.*, 897 ss.; M.A. KRESSEL, *Contractual Waiver of Corporate Attorney-Client Privilege*, in 116 *Yale L.J.* 2006, 414 ss.; D.C. RICHMAN, *Decisions About Coercion: The Corporate Attorney-Client Privilege Waiver Problem*, in 57 *De Paul L. Rev.* 2008, 295 ss.

⁵² Così, ad es., v. D.M. ZORNOW, K.D. KRAKAUR, *On the Brink of Brave New World: The Death of Privilege in Corporate Criminal Investigation*, in 37 *Am. Crim. L. Rev.* 2000, 147 ss.; M.A. SIMONS, *Vicarious Snitching: Crime, Corporation, and «Good Corporate Citizenship»*, in 76 *St. John's L. Rev.* 2002, 979 ss.

zazione del ruolo dell'avvocato come *officer of the court*, sviluppato proprio dalla cultura statunitense nel corso del secolo XX⁵³.

Del resto, le obiezioni a collaborazioni – volontarie o indotte dalla possibilità di pervenire a meno gravosi *plea bargain* o *settlement* – per tramite del disvelamento da parte dell'avvocato di informazioni professionali nel contesto di inchieste e processi penali mettono in campo la tipica contrapposizione fra pubblico e privato nell'amministrazione della giustizia e la sua incidenza sul rapporto, evidentemente percepito come privato *in principle*, fra avvocato e cliente. Ma occorre dire che, per lo più, tali obiezioni risultano minoritarie e, in ogni caso, formulate con articolazioni tali da tenere conto di esigenze ulteriori – come quella essenziale di un principio di «*good corporate citizenship*» ovviamente riferibile anche all'avvocato – a quelle appunto tipiche del tradizionale rapporto di fiducia-segretezza fra avvocato e cliente⁵⁴.

Analogamente interessante è l'effetto di questo fenomeno su tale rapporto e la sua tendenziale riconfigurazione nel contesto societario in previsione delle eventuali evenienze sul piano processuale. Una prassi ormai ricorrente è, infatti, quella della predisposizione di contratti *ad hoc*, appunto i cosiddetti *contract waiver* finalizzati a garantire all'avvocato libertà o comunque spazi di collaborazione a fronte di richieste provenienti da 'governo' o dal *Justice Department*; il tutto con la previsione di particolari *bonus* in caso di rifiuto da parte del *corporate client*⁵⁵.

Sempre in questo contesto di problemi, non appare in ogni caso trascurabile l'influenza sull'etica sociale statunitense dell'ultimo decennio di eventi come quello del cosiddetto *Enron case*, con un effetto di più estesa percezione di esigenze di trasparenza nell'attività societaria, dalla quale sono in effetti derivati importanti trasformazioni disciplinari. È in particolare il caso – allo stato, quantomeno sul piano programmatico – della nuova *rule* 307 della normativa *S.E.C.* (il cosiddetto *Sarbanes-Oxley Act*) espressamente intitolata «*Rules of Professional Responsibility for Attorneys*» e indirizzata a predisporre «[...] *in the public interest and for the protection of investors* [...]» discipline intese a «[...] *setting forth minimum standards for attorneys* [...]» e alla previsione dell'obbligo per l'avvocato «[...] *to report evidence of material violation of securities law* [...]»⁵⁶.

Su questa stessa linea di riassetto selettivo dell'ambito di applicazione del *privilege* si colloca anche l'evoluzione più propriamente relativa al rapporto di *confidentiality* e agli aspetti etico-professionali dell'operare dell'avvocato statunitense. Si tratta di una prospettiva analoga, come si è detto, a quella che ha condotto alle scelte disciplinari e di prassi

⁵³ Sul punto cfr. A. DONDI, G.C. HAZARD, *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, in *ZZP Int.* 2001, 205.

⁵⁴ Cfr. R.J. ALLEN, C.A. HAZELWOOD, *Preserving the Confidentiality of Internal Corporate Investigations*, in *12 J. Corp. L.* 1986, 335 ss.

⁵⁵ Cfr., ad es., M.A. KRESSEL, *op. cit.*, 443 ss.

⁵⁶ Sul punto, si veda, ad es., M. ESLICK, *Tension among Section 307 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, in *53 Drake L. Rev.* 2004, 133 ss.; M.P. MOSER, S. KELLER, *SarbanesOxley 307: Trusted Counselors or Informers*, in *49 Villanova L. Rev.* 2004, 833 ss.; nonché, con particolare riferimento alle considerazioni e ai richiami disciplinari nel testo, cfr. R.C. CRAMTON, G.M. COHEN, S.P. KONIAK, *Legal and Ethical Duties of Lawyers After Sarbanes-Oxley*, ivi, 736 ss. (in tema di obblighi di segretezza e comunicazione all'interno del «*corporate ladder*»).

processuale sopraindicate, ma con un ulteriore fondamento e *background* giustificativo: l'ambito di *lawyering* e di valutazione del comportamento professionale dell'avvocato⁵⁷.

Emerge a questo livello quella cultura del momento che vede un attento ripensamento delle consuetudini e delle accezioni tradizionali di comportamenti come, ad esempio, quelli concernenti l'avvocato e lo spazio di segretezza da garantire rispetto alle comunicazioni, con il cliente. Di qui novità anche sul piano delle definizioni normative. È in particolare il caso della rinnovata versione della *rule 1.6* delle *Model Rules of Professional Conduct*, nella quale è evidente l'intento di rispondere a esigenze di selezione da parte dell'avvocato nell'ambito delle informazioni provenienti dal cliente e di imporre a questi la doverosa disclosure di alcune di esse, in presenza di specifiche circostanze⁵⁸.

La norma conferisce all'avvocato uno spazio di discrezionalità in effetti notevole («[...] *to the extent a lawyer reasonable: believes necessary* [...]») riguardo alla circostanza che egli «[...] *may reveal informations* [...]» di certo tenore o, comunque, concernenti ambiti specifici, anche in quanto precisamente indicati. Significativo che oggi, ulteriormente a quello tradizionale della prevenzione di reati ad opera del cliente, venga previsto come ambito di possibile superamento del dovere di *secrecy* quello di prevenire (ma anche «[...] *mitigate or rectify* [...]») eventuali danni a interessi finanziari diffusi. È significativo anche che, sempre a questo riguardo, sia stata collocata come sorta di norma di chiusura la doverosa ottemperanza da parte dell'avvocato a una disposizione normativa o, comunque, a un «[...] *court order* [...]»⁵⁹.

Riflessi di questa recente tendenza sono del resto presenti anche in un'altra norma della disciplina etico-professionale statunitense più diffusa. Un'analoga impostazione è, in effetti, rinvenibile nella *rule 1.13* delle stesse *Model Rules*, ove l'obbligo di segretezza trova una modulazione coerente con l'ipotesi, specifico oggetto della norma, dell'*Organization as a Client*⁶⁰. In tale modulazione, operando «[...] *in the best interest of the organization* [...]», si prevede che l'avvocato debba rendere note le informazioni ricevute, anche eventualmente «[...] *going up the ladder of the organization* [...]», ove da esse emergano rischi di violazioni della legge da parte, della stessa «*organization*»⁶¹.

È un quadro che potrebbe continuare ma che sembra già sufficientemente suggestivo, ove si passi alla nostra disciplina della materia, tanto di etica professionale (si pensi alla genericità dell'art. 9 del Codice deontologico forense) che non⁶². Una sola considerazione, prescindendo dai problemi peraltro essenziali di efficacia degli apparati sanzionatori, a no-

⁵⁷ Per una illustrazione di questa prospettiva nella letteratura italiana, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – Il modello statunitense*, Padova 1991, 133 ss., 164, 274 ss.

⁵⁸ Cfr. G.C. HAZARD, W.W. HODES, *op. cit.*, Ch. 9, 5 ss.

⁵⁹ Cfr. *Model Rules of Professional Conduct* 1.6 (b) (6): «*A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary: [...] to comply with other law or a court order*».

⁶⁰ Cfr. S.W. CRUMP, *The Attorney-Client Privilege and Other Ethical Issues in the Corporate Context Where There Is Widespread Fraud or Criminal Conduct*, in 45 *S. Tex. L. Rev.* 2003, 173 ss.

⁶¹ Ivi, 185.

⁶² Cfr. R. DANOVI, *op. loc. ult. cit.*; per un'indagine che, a contrario, si colloca sulla linea di un'attenzione seria per tali problemi ed esigenze, cfr. A. LORDI, *L'Attorney-Client Privilege. Appunti per un disegno di legge sulle comunicazioni tra cliente e giurista*, in *LXI Rassegna forense* 2008, 87 ss.

stra disposizione sul piano deontologico⁶³. È finora sostanzialmente mancata attenzione per la concreta modulazione dei problemi della segretezza professionale dell'avvocatura in un contesto di complessità economica e processuale. La conseguenza principale di questo stato di cose è – come risulta anche da questo rapido raffronto con l'evoluzione dell'*a.c.p.* statunitense – una sperequazione culturale preoccupante. E davvero paurosa per i suoi riflessi concreti, ove dovesse permanere.

⁶³ Sul punto cfr. V. VARANO, *Etica professionale e correttezza procedurale: l'esperienza italiana*, in *Studi Denti*, 453 ss.

11. ABUSO DEL PROCESSO (diritto processuale civile)*

SOMMARIO: 1. Ricognizione della nozione e suoi aspetti problematici. – 2. Manifestazioni e riflessi sulla funzionalità delle controversie civili. – 3. Contesto strategico-processuale e riflessi etico-professionali. – 4. Implicazioni con le riforme del processo.

1. Ricognizione della nozione e suoi aspetti problematici

Costituisce un dato ormai acquisito che si possa – anzi, per molti versi, si debba – parlare di abuso con riferimento al processo, e al processo civile in particolare¹. Una constatazione oggi pressoché scontata, ma che, nella storia delle concezioni relative a quest'ambito del diritto, trova significative smentite². Di qui la necessità di una ricognizione che dia, pur in sintesi, conto in prospettiva diacronica dell'evoluzione di tale nozione e della sua riferibilità, appunto, al processo civile.

Come tale, già in sé l'accoglimento – o, per converso, il rifiuto – dell'idea che riguardo alle attività del processo si possa parlare – 'anche' parlare – di abuso assume una sorta di significato epitomico, emblema di una nozione caratterizzantesi come uno spartiacque specie per quanto concerne la cultura del processo civile³.

In effetti, l'idea stessa di abuso, come riferita alle attività del processo, è a lungo apparsa estranea e, anzi, intimamente confliggente con una concezione per così dire liberale classica del processo civile, fondata sul dispiegamento del tutto libero – ossia, illimitato – delle attività di difesa tecnica realizzabili ad opera degli avvocati di parte. Notoriamente, tale 'estraneità' ha, in effetti, trovato giustificazione in un'accezione per così dire privatistica del processo civile, all'interno della quale alla nozione di disponibilità viene attribuito in buona sostanza un valore ulteriore rispetto al suo significato tecnico-probatorio, per assumere quello assorbente e pervasivo di disponibilità del processo e delle relative attività ad opera delle parti private; realizzata attraverso le attività dei difensori tecnici⁴.

Come dimostrano alcuni aspetti del recente dibattito dottrinale, il retaggio di tale attitudine culturale sembra essere tuttora presente nel nostro ordinamento. Una circostanza che non appare priva di possibili riflessi sull'accoglimento della nozione che qui si

* Questo scritto è stato pubblicato in *Enc. dir.* (Annali III), Milano 2010, 1-11.

¹ F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova 2000, *passim*; G. NICOTINA, *L'abuso nel processo civile*, Roma 2005, *passim*; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano 2005, *passim*; M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague-Boston 1999, *passim*.

² A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in A.A.V.V., *L'abuso del diritto*, Padova 1998, 459 ss.; V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuova giur. civ.*, 2001, 506; M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 196.

³ M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *L'abuso del diritto*, cit., 435 ss.; A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 787.

⁴ M. TARUFFO, *General Report*, in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, cit., 19.

considera⁵. Di qui infatti, per certo, un «ritardo nell'elaborazione di una nozione autonoma» di abuso del processo⁶. Di qui, anche, la caratterizzazione del nostro come uno degli ordinamenti nei quali si è proceduto più lentamente in questa direzione e, talvolta, anche con risultati francamente singolari sul piano delle soluzioni adottate⁷.

Del resto, questo ritardo sembra caratterizzare l'intera cultura giuridica italiana e non appare riferibile alla sola cultura processualcivilistica. Ciò, anche se occorre dire che – pur con un certo scarto temporale rispetto ad altre culture giuridiche europee continentali – è in ogni caso dal versante della cultura giuridica sostanziale che nel nostro ordinamento è derivato il primo nucleo di percezione e di individuazione della nozione di abuso⁸.

Si deve in ogni caso notare che il tragitto di elaborazione e definizione dell'ambito concettuale dell'abuso è più risalente e più profondamente innovativo in altre culture giuridiche, rispetto a quella italiana. In collegamento con l'evoluzione della nozione di diritti, come quello di proprietà, nel segno di una progressiva riduzione dell'assolutezza del loro esplicarsi nella realtà dei rapporti sociali ed economici, a livello di inquadramento giuridico è infatti noto come, grosso modo a partire dal primo decennio del secolo scorso (ma anche prima, in culture come quella germanica), si pervenga a prospettare l'esigenza di limiti e, quindi, di individuazione dei superamenti abusivi di tali limiti⁹.

Per vero, anche in culture giuridiche come quella francese e tedesca, questa circostanza non viene da subito percepita come 'trasferibile' *tout court* al versante processuale; area che, infatti, permane relativamente a lungo pressoché impermeabile all'evoluzione concernente, per così dire, la relativizzazione dell'uso di diritti fondamentali¹⁰. Anche in tali contesti culturali si manifesta cioè un fenomeno che risulterà, a lungo e precipuamente, caratteristico della nostra cultura. Non si trasferiscono cioè agevolmente nell'area del diritto processuale, al di là di pur evidenti intrecci e connessioni, trasformazioni essenziali concernenti i parametri di configurazione dei diritti sostanziali da tutelare per tramite del processo. Una circostanza tuttora presente, nonostante i numerosi interventi di riforma che hanno interessato il processo civile italiano tanto nel corso del secolo XX quanto in questi ultimi anni¹¹.

C'è da chiedersi quale la natura, l'obiettivo e la configurazione di tali 'adeguamenti', oltre che in quale contesto culturale essi – tanto all'interno del nostro come di altri ordinamenti del processo – si siano collocati. Una questione che – anche a livello di mera intuizione – rappresenta il nucleo del problema dell'abuso nel processo, visto nella prospettiva delle soluzioni apprestabili al riguardo, sul piano tanto normativo che della pratica del processo.

⁵ M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 63 ss.

⁶ V. ANSANELLI, voce *L'abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, Torino 2007, III, t. 1, 1.

⁷ A. DONDI, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l. 24 marzo 2001, n. 89)*, in *Nuova giur. civ.* 2003, 62.

⁸ A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, cit., 459 ss.

⁹ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria di abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 31 ss.

¹⁰ A. DONDI, *op. ult. cit.*, 440.

¹¹ A. DONDI, V. ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 1437 ss.

Rispetto a questa prospettiva, assume un rilievo ovviamente preliminare ed in ogni caso essenziale l'individuazione, e la conseguente configurazione o inquadramento concettuale, di una nozione di abuso del processo. Un'attività che assume caratteristiche del tutto peculiari per il processo civile, tanto da consentire di escludere che si possa ormai correttamente parlare di abuso del processo *at large*, senza cioè la specifica collocazione in ambito civilistico o, piuttosto, penalistico dei relativi parametri di inquadramento. E ciò nonostante la possibilità che una comune 'nozione minima' di abuso processuale si possa comunque configurare, e fare corrispondere a quella ormai tradizionalmente ricorrente di utilizzazione distorta (e variamente descrivibile, come *Missbrauch* o come, ad esempio e di recente nella nostra dottrina, 'illecito plurioffensivo') di strumenti del processo pure 'legittimi', in quanto a tutti gli effetti previsti dalle discipline processuali, come facenti parte dello spettro delle opzioni difensive adottabili ad opera del difensore tecnico¹².

2. Manifestazioni e riflessi sulla funzionalità delle controversie civili

Il problema che qui si considera sembra dunque rispecchiarsi nel doveroso collegamento fra questa nozione 'minima' e, per così dire, lo specifico del processo civile; correlazione necessaria, oltre che di intrinseca complessità e problematicità. Si tratta di due elementi che, in ogni caso, non solo non risultano trascurabili ma che si configurano anche come una sorta di inevitabile 'interfaccia' della nozione di abuso del processo civile, nel nostro come in altri ordinamenti¹³.

A livello generale, sembra invero possibile affermare che la nozione di *procedural abuse*, se non propriamente ed esclusivamente originata, abbia trovato occasioni di elaborazione seria e diffusa soprattutto in relazione al manifestarsi di fenomeni come quello della cosiddetta *complex litigation* (o, con una definizione più recente, *procedural complexity*). Specie negli Stati Uniti e grosso modo a partire dal decennio '70 del secolo XX, i problemi derivanti dal funzionamento del tipo di controversie relative (i cosiddetti *complex* o *big cases*), o, meglio, dal malfunzionamento e dalle relative disfunzioni, costituiscono in buona sostanza il contesto di inquadramento della nozione di abuso come riferita al processo civile¹⁴. In altri termini, sembra di poter affermare che l'individuazione del fenomeno della complessità processuale – con la progressiva definizione delle sue caratteristiche di fondo all'interno dei singoli ordinamenti, a partire da quello statunitense nel quale si rintracciano le prime inequivoche individuazioni del fenomeno – sia coincisa con la correlativa 'scoperta' e progressiva definizione-disciplina del fenomeno dell'abuso, come attività precipuamente da riferire al funzionamento del processo civile.

¹² A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 193; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, cit., 435 ss.

¹³ M. TARUFFO, *General Report*, cit., 9.

¹⁴ A. DONDI, *Etica dell'avvocatura – Strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli 2009, 543; fra i molti nella letteratura americana v. ad esempio: Federal Judicial Centre, *Manual for Complex Litigation, Fourth*, Chicago 2004, *passim*; R.G. BONE, *The Economics of Civil Procedure*, New York 2003, *passim*; R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation*, St. Paul Minn. 2004, 541 ss.; S.N. SUBRIN, *Honoring David Shapiro: The Integration of Law and Fact in an Uncharted Parallel Procedural Universe*, in 79 *Notre Dame L. Rev.* 2004, 1981.

In questa prospettiva, occorre subito dire che il serio e approfondito interesse per tale nozione costituisce un ‘fenomeno’ del tutto riferibile ad alcuni ordinamenti e culture del processo in particolare. Come da quanto finora detto – in ragione appunto di una risalente ‘primazia’ nell’elaborazione di una vera e propria ‘cultura dell’abuso’ processuale –, ciò si può dire concerne in particolare l’ordinamento statunitense¹⁵. Come testimonia anche l’esperienza del ritardo italiano su questo versante, per gli altri ordinamenti del processo civile il riconoscimento sia della categoria della complessità processuale sia dei relativi problemi di abuso costituisce – con scarti non estremi da ordinamento a ordinamento – un fenomeno piuttosto recente. Un fenomeno che, oltretutto, si è manifestato per così dire con estrema fatica e con risultati non sempre soddisfacenti in termini di adeguatezza dell’inquadramento disciplinare rispetto all’effettivo rilievo del fenomeno.

Con questo *caveat*, occorre peraltro notare che, praticamente in tutte le culture del processo civile, l’individuazione del problema dell’abuso processuale si è essenzialmente correlato ad aspetti funzionali. È apparsa, cioè, inevitabile la percezione di questo come un problema incombente ed esiziale per il concreto svolgimento delle attività procedurali nella direzione di risultati di giustizia sostanziale e, in ampia accezione, di effettività del funzionamento della cosiddetta ‘macchina della giustizia civile’¹⁶. Sempre in una prospettiva di inquadramento funzionale, oltre alla correlazione del fenomeno con la gestione di un certo tipo di controversie civili – definibili in senso ampio come complesse – un altro carattere tipico ed essenziale del fenomeno dell’abuso processuale deve essere necessariamente indicato. Dal punto di vista funzionale appunto, costituisce infatti un dato pressoché incontestabile la sua configurazione e precipua caratterizzazione come attività propria della categoria professionale più tipicamente caratterizzante l’assetto del processo civile, ossia l’avvocatura¹⁷. Questa configurazione dell’abuso del processo come attività del tutto tipica dell’avvocato – e non (come secondo una singolare impostazione derivata, in Italia, dalla disciplina della cosiddetta ‘legge Pinto’: l. 24 marzo 2001, n. 89) attività virtualmente occasionata dall’iterazione della fissazione e della conseguente posticipazione delle udienze da parte del giudice, con inevitabili riflessi sulla complessiva durata del processo – appare a tutti gli effetti cruciale, con notevoli e varieghe implicazioni¹⁸.

Fra di esse, la principale appare la necessaria assunzione a questo riguardo di una ‘prospettiva dell’avvocato’, come modalità di approccio al funzionamento delle attività del processo civile, alle sue modalità di funzionamento, alle relative strategie e discrasie. Una prospettiva che coinvolge, anzitutto, la figura e il ruolo tecnico dell’avvocato sotto il profilo della sua indubbia funzione-cardine di gestore della fase introduttiva e di quella di trattazione. Ove, infatti, si ritenesse l’avvocato come il soggetto al quale – specie nel contesto di una concezione del tutto tradizionalmente dispositivistica dell’allocazione dei poteri all’interno del processo – riferire, per così dire, l’occasione e l’impulso di una con-

¹⁵ A. DONDI, *Cultura dell’abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., 789-794; ID., *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo*, cit., 62.

¹⁶ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, 109 ss., 116 ss.

¹⁷ A. DONDI, *Segreti ed etica dell’avvocatura – Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney client privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 651.

¹⁸ A. DONDI, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo*, cit., 62.

troversia, sembrerebbe anche inevitabile attribuirgli la responsabilità per la relativa *mala gestio* di tali attività¹⁹.

Rispetto a questa constatazione, specie in alcune culture del processo fra le quali in particolare la nostra, la forma dubitativa parrebbe invero più appropriata. In effetti, anche di recente, qualche rigurgito di estremizzazione dispositivistica si è collocato alla base di ricorrenti disconoscimenti di tale prospettiva di configurazione della nozione di abuso del processo come connesso e riferibile essenzialmente alle attività dell'avvocato. Al riguardo, occorre subito dire che le incertezze eventualmente derivabili da tale mancata attribuzione all'avvocato di un ruolo centrale nella configurazione di attività di abuso del processo appaiono, in ogni caso, agevolmente superabili anche solo alla luce della diffusione ormai pressoché totale dell'impostazione opposta nei più evoluti ordinamenti del processo civile²⁰. Del resto, anche il poco presente da noi in termini disciplinari (si pensi all'art. 88 c.p.c. e all'apparente genericità dell'endiadi 'lealtà e probità') non si esclude possa leggersi nel senso di un'effettiva responsabilità del difensore. Una responsabilità a questi attribuita riguardo a tutti gli atti materialmente derivanti dalla sua attività di difensore tecnico, e per tutto il corso del processo. Ciò a intendersi dal suo *incipit* formale, con la redazione degli atti introduttivi; l'attribuzione ai quali di un approccio leale e probo in termini di serietà contenutistica appare specialmente auspicabile²¹.

Se la figura e le scelte strategico-processuali dell'avvocato costituiscono il referente di base della nozione di abuso processuale, non sono trascurabili anche altri elementi strutturanti tale nozione. Così è in particolare per il correlativo ruolo del giudice, per la predisposizione di apparati normativi adeguati a contrastare il fenomeno in questione, nonché per le sue implicazioni e riflessi sul piano dell'etica professionale dell'avvocatura.

La figura del giudice appare particolarmente cruciale, in questo contesto, sotto i due profili dell'individuazione e della sanzione delle attività di abuso processuale realizzate – o realizzabili – dagli avvocati. Si tratta di compiti evidentemente presupponenti l'attribuzione tanto di un certo ruolo al giudice quanto di una correlativa funzione al processo civile²². In effetti, a questo riguardo appare ineludibile il collegamento fra *philosophies* implicanti una funzione attiva del giudice e l'esercizio da parte sua di un controllo puntuale sulla qualità non abusiva delle attività introduttive e di trattazione. E ciò dal momento che l'esercizio effettivo da parte del giudice di un simile potere-dovere di controllo si può dire costituisca anche il principale presupposto teorico per la strutturazione di una «cultura dell'abuso»²³.

3. Contesto strategico-processuale e riflessi etico-professionali

Può apparire un'ovvietà, dopo quanto detto finora, che il contesto tecnico-processuale al quale riferire le attività di abuso del processo civile corrisponda alle fasi precedenti la

¹⁹ A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., 796.

²⁰ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, Stanford 2004, 109 ss.; N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino 2005, *passim*.

²¹ V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, cit., 7.

²² M. TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 63 ss.

²³ L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 322 ss.

decisione, nelle quali l'oggetto del processo viene formandosi e attraverso la trattazione e, anche, attraverso la produzione-assunzione degli strumenti di conoscenza relativi. Ricorrendo a una terminologia anglosassone, si può pertanto fare corrispondere tale contesto alla fase di *pre-trial*, in un'accezione appunto molto ampia di fase preparatoria alla decisione. Si tratta di una dislocazione virtuale delle attività abusive che, del resto, trova pieno riscontro nell'esperienza degli ordinamenti nei quali la nozione e sorge e si evolve più intensamente sul piano della predisposizione di strumenti di reazione al fenomeno appunto dell'abuso processuale²⁴. Sicché, rimodulando la definizione in una prospettiva italiana e/o europeo-continentale, la fase introduttiva di una controversia, la sua trattazione e la relativa attività di istruzione probatoria si può dire costituiscano i momenti di più precipua e probabile manifestazione delle attività abusive. Il tutto con l'ovvio *caveat* che tale attività tenderà a conformarsi in maniera molto diversa a seconda del suo manifestarsi nell'uno o negli altri momenti²⁵.

Tuttavia, procedendo a considerare la configurazione specifica delle possibili attività di abuso a seconda della loro collocazione nelle fasi di svolgimento di una controversia civile, si impone un ulteriore *caveat*, in parte del resto già formulato in precedenza. Si tratta della prevalente riferibilità della nozione di abuso alla virtuale 'abusabilità' di una controversia; una circostanza che si è detto da connettere precipuamente alla sua complessità, intesa come difficoltà di gestione sul piano processuale²⁶.

La collocazione in questa prospettiva consente la virtuale configurazione delle attività di abuso come attività occasionate dalla circostanza che tale elemento della complessità come complicazione costituisca un carattere precipuo della singola controversia; e che, in altri termini, alla complessità si debba in prevalenza rapportare la modalità di realizzazione concreta del 'suo' abuso. Ciò, beninteso, non significa che la mera circostanza della complessità di una controversia ne comporti automaticamente e inevitabilmente una gestione abusiva. Tuttavia, è soprattutto dalle difficoltà variamente configurabili rispetto al suo svolgimento e alla sua risoluzione in una prospettiva di effettiva giustizia che – in assenza di efficaci contrasti da parte dell'ordinamento – appare derivabile la possibilità/probabilità della messa in atto di attività abusive²⁷.

Come detto, in quanto intese a utilizzare possibilità concrete di *misuse* del processo, tali attività tendono a incentrarsi in alcuni suoi caratteri essenziali; momenti tipici, il cui sconvolgimento attraverso un uso distorto dello strumentario processuale appare più incisivamente efficace ai fini di sviamento dalla ricerca della verità e di dilazione dei tempi del processo propri delle attività appunto di abuso processuale²⁸.

Si tratta di attività nell'ambito delle quali è manifesta la duplice caratteristica – del resto individuata anche dalla nostra dottrina come ormai tipica della configurazione di una nozione di abuso processuale – di essere esercitabili ad opera di titolari di diritti processuali alla messa in atto di attività di tutela e, contemporaneamente, di essere questi

²⁴ A. DONDI, *op. ult. cit.*, 791 ss.

²⁵ M. TARUFFO, *General Report*, cit., 17 ss.

²⁶ L. CADIER, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 1303 ss.; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, cit., 459.

²⁷ G.C. HAZARD, *Regional Report*, in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, cit., 47.

²⁸ V. ANSANELLI, *op. ult. cit.*, 4 ss.

diritti caratterizzati da discrezionalità riguardo alla modalità del loro esercizio²⁹. Tutti elementi che appaiono particolarmente manifesti con riferimento alle attività spettanti agli avvocati e caratterizzanti sia la fase introduttiva di una controversia civile sia la fase di trattazione.

Invero, in certa prospettiva, non sembrerebbe neppure ipotizzabile l'abusabilità di un momento come quello iniziale di un processo civile. Ciò almeno in quanto si assuma una prospettiva di considerazione pressoché apodittica della disciplina degli atti introduttivi contenuta nel codice di rito. Ma altro sembra di poter rilevare, alla luce di ulteriori considerazioni e nella prospettiva appunto della complessità.

Un rilievo di base a questo proposito è che nella disciplina italiana degli atti introduttivi si manifestano, in tale differente prospettiva, seri problemi di adeguatezza rispetto all'esigenza di configurare da subito in maniera seria e non generica l'impostazione di una controversia. Cruciale in particolare ove le questioni oggetto di una controversia risultino complesse su di un piano in senso lato epistemologico, tale esigenza non si può – in altri termini – dire effettivamente soddisfatta nella disciplina del nostro codice di rito³⁰. Ciò in generale, ma in maniera anche più netta con riguardo agli atti introduttivi del processo ordinario di cognizione; ossia, in definitiva, con riguardo al modello-tipo di *incipit* di una controversia civile nel nostro ordinamento.

Occorre anche notare che, a questo riguardo appunto, risulta del tutto trascurato il combinato di norme a forte impatto etico-professionale per l'avvocato; in quanto impegnato, nella sua attività di difensore tecnico, nella redazione di atti introduttivi di un processo civile. Se, infatti, una norma come l'art. 88 c.p.c. si segnala come notoriamente generica, altrimenti sembra potersi configurare il suo rilievo di indirizzo, in collegamento con disposizioni *ad hoc* del Codice deontologico forense³¹.

Così sembra potersi affermare in relazione a previsioni come quelle degli art. 6 e 49 di tale normativa. Si tratta di tipiche norme 'processuali', in quanto espressamente riferite al comportamento dell'avvocato nel processo civile e implicanti la sua caratterizzazione sotto un profilo etico-professionale, deontologico o di buon comportamento che dir si voglia. Tanto la previsione dell'art. 6, che – nel contesto del rispetto di analogamente non espliciti principi di lealtà e correttezza – impone all'avvocato di «non proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave», quanto quella dell'art. 49, che configura la «effettiva tutela della parte assistita» come un confine insuperabile delle «iniziative giudiziali» realizzabili ad opera appunto dell'avvocato, ricompongono il quadro ideologico complessivamente non neutro di tali specifici comportamenti; comportamenti precipuamente concernenti scelte tipiche della fase iniziale di una controversia civile, specie con riguardo all'assetto della normativa vigente³².

In effetti, la circostanza appare riferibile, in ragione della notoria non completa reciproca corrispettività di questi due modelli di atto introduttivo, allo schema della citazione rispetto a quello della comparsa di risposta. E ciò essenzialmente nel senso che, in significativa differenza rispetto alle prospettive configurabili alla luce delle norme deon-

²⁹ M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, cit., 476.

³⁰ A. DONDI, V. ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Pol. dir.* 2007, 111 ss.

³¹ Approvato dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 e successive modifiche.

³² V. ANSANELLI, *op. ult. cit.*, 7.

tologiche ora citate, l'obiettivo principale di tale attività tipica della fase introduttiva non sembra possa farsi consistere nell'immediata e rigorosa chiarificazione dell'oggetto della controversia³³. Un dato di grande rilievo nella prospettiva che ci concerne essenzialmente in quanto, dalla possibilità che la configurazione di tali atti risulti eventualmente anche molto generica specie sul piano delle allegazioni fattuali, possono derivarsi o comunque appaiono ipotizzabili *chances* di uso distorto del meccanismo, e quindi di suo abuso nell'accezione sopra suggerita di attività configuranti sì l'esercizio di un diritto ma indirizzate diversamente dalle finalità proprie di tutela³⁴.

Ciò che si prospetta è che la genericità sostanzialmente garantita agli atti introduttivi, e in particolare a quello dell'attore per tramite della disciplina del comma 4 dell'art. 164 c.p.c., pare agevolmente convertibile in *misuse* del processo, sin dalla sua fase iniziale. Come *incipit* tecnico della controversia, l'atto di citazione appare infatti lo strumento virtualmente più tipico per l'utilizzazione meramente strategica del meccanismo processuale; del tutto disgiunta dall'effettiva necessità di ottenere giustizia e, anzi, essenzialmente fondata sulla percezione del processo come mero strumentario neutramente a disposizione per la tutela di interessi anche non meritevoli di tutela.

Appare sostanzialmente non impedita nel nostro ordinamento l'introduzione di controversie *frivolous*, nell'accezione statunitense di cui alla *Rule 11* delle *Federal Rules of Civil Procedure* di azioni non sufficientemente fondate in fatto e in diritto³⁵. Il che segnala a tutti gli effetti la presenza a questo riguardo di una disciplina sostanzialmente inadeguata rispetto al problema della seria e non generica configurazione della pretesa; e non adeguata anche in ragione della carenza, in pratica assoluta, di relative sanzioni. Risulta emblematica sotto questo profilo la normativa dell'art. 164 comma 4 c.p.c., *stricto sensu* intesa. In essa sembra, infatti, manifesto l'accoglimento della logica secondo la quale una qualsiasi forma di circostanziazione dei fatti sia sufficiente a non configurare come nulla la citazione; il limite della sua corretta redazione essendo, per converso, l'assenza totale di una qualsiasi circostanziazione³⁶. Da un simile assetto disciplinare appare agevole derivare che la configurazione dell'atto introduttivo di una controversia civile – virtualmente anche di notevole valore nonché di rilevante incidenza su rapporti sociali ed economici estesi e, di conseguenza, anche a tutti gli effetti catalogabile come complessa – è da considerarsi realizzata in maniera comunque formalmente propria e adeguata ad avviare il relativo percorso processuale, pur in presenza dell'allegazione del tutto carente o generica degli elementi fattuali di cui all'art. 163 comma 3 n. 3 c.p.c.³⁷.

Nella prospettiva dell'abuso, una prima e inevitabile considerazione al riguardo è che, con una tale strutturazione disciplinare delle attività della fase introduttiva, risulta coerente quell'accezione 'neutra' delle attività del processo civile che più sopra si è indicata.

³³ A. CERINO CANOVA, *Le premesse per una definizione del contenuto della domanda giudiziale*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. ALLORIO, Torino 1980, II, 1, 107 ss.

³⁴ M. TARUFFO, *loc. ult. cit.*

³⁵ A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, Padova 1991, 93 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., 794 ss.; L.P. COMOGGIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit., 335.

³⁶ V. ANSANELLI, *op. ult. cit.*, 5.

³⁷ A. DONDI, *Crise récente de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès*, in *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2006, 2351.

Una seconda considerazione, di carattere più propriamente tecnico e strutturale, è che in tale contesto per così dire si tenda a differire a una fase processuale ulteriore rispetto a quella introduttiva la definizione – oltre che la precisazione-trattazione in senso proprio – dell'oggetto di una controversia³⁸. Sempre nella prospettiva dell'abuso, questo approccio sembra a tutti gli effetti di grande incidenza.

L'ipotesi è, infatti, che in tal modo la seconda fase del processo possa trasformarsi in un momento *clou*, cruciale e decisivo ma non preparato in alcun modo attraverso una qualche preventiva o comunque liminare circoscrizione dell'ambito giuridico-fattuale del conflitto. Il rischio, in altri termini, è che in questa sede si concentrino, con drammatizzazione e contrapposizione estreme, le effettive attività di difesa ad opera degli avvocati. Un rischio non solo virtuale ma, oltre che probabile, effettivamente configurabile nella pratica in fenomeni come la realizzazione di attività di difesa concretamente abusive. Attività nella sostanza indirizzate a un duplice obiettivo, dell'estensione dei tempi del conflitto (nella forma della tecnica difensiva della dilazione) e della deviazione del percorso conoscitivo da quello propriamente indirizzato ai fini di una decisione in termini di giustizia (nella forma di una tecnica difensiva di introduzione di questioni non essenziali per la definizione della controversia)³⁹.

Come «improprio e scorretto esercizio di un potere propriamente discrezionale» è del resto chiaro che il problema non sorga a livello di prese di posizione giurisprudenziali⁴⁰. Stante l'assetto della fase in senso stretto introduttiva nel nostro ordinamento, infatti, il rilievo dell'inadeguatezza strutturale di un atto di citazione (o di una comparsa di risposta) sotto un profilo di carente circostanziazione fattuale appare *pour cause* assente nella nostra giurisprudenza⁴¹. E, per converso, scarse sono anche, a questo livello, le elaborazioni della nozione di abuso come fenomeno propriamente individuato e sanzionabile; se si esclude il riferimento – ormai obsoleto in ragione delle trasformazioni disciplinari ormai da tempo intervenute – a una forma di *misuse* plateale quale quella concretantesi in regolamenti di giurisdizione proposti a mero fine dilatorio⁴².

Nel contesto del processo – ossia nella gestione della difesa in senso lato, senza limiti di collocazione all'interno di una fase specifica – sono del resto sporadici i segnali rintracciabili a questo riguardo. Ciò quantomeno sotto il profilo della presenza di snodi nei quali le volontà di uso dello strumentario processuale si possono trovare appunto in tensione fra scelte coerenti – o non – con la «relazione strumentale appropriata che caratterizza la funzione di ogni rimedio processuale»⁴³. In effetti, se il *modus* della circostanziazione fattuale degli atti introduttivi rappresenta il primo e più tipico ambito di possibile *misuse* – specie alla luce della nozione di complessità processuale e della relativa esigenza, qui a più riprese evocata, di conoscere fin dall'inizio la natura della controversia ai fini dell'or-

³⁸ C. GAMBA, *Domande senza risposta – Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova 2009, *passim*.

³⁹ A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, cit., 465.

⁴⁰ M. TARUFFO, *loc. ult. cit.*

⁴¹ V. ANSANELLI, *loc. ult. cit.*

⁴² A. PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza*, in *Foro it.* 1984, V, 103 ss.

⁴³ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 477.

ganizzazione tempestiva del suo percorso –, altri se ne possono riscontrare di carattere più propriamente endoprocessuale.

Emblematica a questo proposito appare, in particolare, la disciplina dell'esibizione di cui all'art. 210 c.p.c. e la sua connessione a possibili scelte abusive. La configurazione di istanze, pur coerenti con il dettato dell'art. 94 disp. att. c.p.c., ma indirizzate in effetti a scopi dilatori o comunque superflui e svianti rispetto a un efficace compiersi del percorso processuale (alla luce anche delle disposizioni dell'art. 111 comma 2 cost., e dell'art. 6, Cedu), è in effetti da ritenersi del tutto possibile; e ciò anche in ragione dell'assenza di efficaci apparati sanzionatori a questo riguardo⁴⁴.

Il dato della presenza – o assenza – di sanzioni costituisce invero il *pendant* inevitabile della configurazione della nozione di abuso come fenomeno meritevole di reazione. E, in effetti, questa costituisce una questione virtualmente insuperabile nella valutazione dei fenomeni attraverso i quali si può percepire una forse rinnovata sensibilità a questo riguardo, anche nella nostra cultura e nel nostro ordinamento⁴⁵. Del resto, la nozione di abuso come fenomeno da sanzionare pone inevitabilmente anche un'altra questione intuibilmente collegata, ossia quella dell'attribuzione al giudice di tali poteri di sanzione e della configurazione del giudice come il soggetto tecnico del processo al quale l'attività di reazione all'abuso venga seriamente demandata⁴⁶.

4. Implicazioni con le riforme del processo

Uno sguardo alla realtà più recente del processo civile italiano mette in luce, oltre a quanto sopra accennato, il manifestarsi di alcune tendenze tipiche della 'maniera italiana' di affrontare il tema in esame. Maniera che – come da quanto detto – è finora apparsa quantomeno poco organica, oltre che scarsamente fondata sul piano dell'elaborazione di un'autonoma nozione di abuso processuale per quanto concerne in particolare il processo civile⁴⁷. Di rilievo a questo proposito appare in ogni caso il *turmoil* di riforme che ha interessato nell'ultimo decennio la disciplina del processo civile; in ragione del riscontro che tale fenomeno fornisce riguardo a quanto sopra accennato, sotto il profilo sia della percezione del fenomeno sia della sua 'gestione' nel contesto della disciplina del processo civile.

Si tratta, invero, di riforme riguardo alle quali è inevitabile notare un dato davvero essenziale in ordine alla loro configurazione generale; ossia, il loro non strutturarsi come trasformazioni complessive del processo quanto, piuttosto, come interventi di sistemazione settoriale della disciplina codicistica. Una circostanza dalla quale sembra possibile quantomeno inferire che tali riforme manchino di un elemento essenziale per contrastare il fenomeno dell'abuso, ossia la presenza di nuove e pervasive filosofie del processo; inclusive della diversa percezione degli *standard* di utilizzazione del relativo strumentario ad opera degli avvocati. In effetti, come dimostra anche la disciplina della recente riforma della l. 18 giugno 2009, n. 69, i possibili riferimenti all'argomento in esame risultano

⁴⁴ L.P. COMOGGIO, *Abuso del processo*, cit., 319; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim*.

⁴⁵ A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile*, cit., 193.

⁴⁶ L.P. COMOGGIO, *op. cit.*, 321; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.* 2008, 745 ss.

⁴⁷ A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, cit., 463 ss.

scarsi, variamente collocati e, in ogni caso, indicativi piuttosto di una tendenza a conformare il processo a un principio di efficienza o di economia degli atti che non a specifici propositi di reazione efficace a fenomeni come quello dell'abuso processuale⁴⁸.

In questo senso sembrano emblematiche le trasformazioni concernenti norme come l'art. 91 c.p.c., riformato nel senso della mancata accettazione della proposta transattiva come caso di condanna alle spese. Un intervento di riforma verosimilmente ispirato, sulla scia di quanto già nella disciplina dell'ormai abrogato 'processo societario' (e del richiamo ad analoghe discipline nella normativa federale statunitense), all'induzione di comportamenti leali e di collaborazione a una gestione il più possibile semplificata e celere delle attività procedurali⁴⁹.

Non dissimili appaiono, del resto, le ragioni delle trasformazioni che hanno interessato anche norme contigue. È il caso dei 'nuovi' art. 92 c.p.c. e, soprattutto, dell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c., in tema di condanna *ex officio* al pagamento di somma «equitativamente determinata» nei confronti della parte soccombente.

La norma, espressamente collegata all'art. 91, apparirebbe – nonostante l'assenza di un'esplicita catalogazione in questo senso – concepita in modo tale da configurare a tutti gli effetti una forma di *punitive damages* e, pertanto, sembrerebbe collocarsi in qualche misura sulla linea del progressivo apprestamento di un *array of sanctions* nei confronti di comportamenti riferibili a forme di abuso del processo come utilizzazione impropria del meccanismo processuale⁵⁰. Occorre, tuttavia, subito aggiungere che, come si diceva, manca anche in questa riforma una qualche 'costruzione ideologica' che consenta di sciogliere i dubbi circa l'effettivo intento di realizzare interventi *ad hoc*.

Del resto, che l'elemento della celerità costituisca la vera, e sostanzialmente anche unica, opzione ideologica esplicitata come occasione delle recenti riforme italiane, *in absentia* manifesta di altri valori di riferimento, costituisce una circostanza che appare caratterizzare anche altri aspetti della riforma del 2009, in virtuale contiguità con il problema dell'abuso⁵¹. In questa direzione sembra invero potersi collocare una norma del tutto nuova nel nostro diritto positivo, quale la previsione del cosiddetto «calendario del processo» nell'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c.

In effetti, la norma – in coerenza con quanto nelle disposizioni degli art. 175, 209, 245 c.p.c. – si limita a configurare il ruolo del giudice come essenzialmente provvisorio. Si tratta, in questo caso, di un ruolo nel quale il giudice si occupa del *timing* delle attività di istruzione probatoria, svolgendo per così dire una 'funzione manageriale minima'. Una funzione organizzativa sì, ma priva dell'apparato sanzionatorio che garantirebbe effettività a tale genere di *management* endoprocessuale.

Anche i riscontri giurisprudenziali recenti non si discostano da questo approccio tendenzialmente evidenziante solo alcuni aspetti delle manifestazioni dell'abuso processuale civile, a prescindere in ogni caso dalle capacità sanzionatorie relative. È il caso notorio

⁴⁸ Fra i molti, A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.* 2009, V, 222 ss.; G. BALENA, *La nuova pseudoriforma della giustizia civile (Un primo commento della l. 18/06/09, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 749 ss.

⁴⁹ A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 142 ss.

⁵⁰ G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.* 2009, V, 258 ss.

⁵¹ A. DONDI, V. ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo*, cit., 1437 ss.

dell'ultima giurisprudenza della Cassazione in materia di 'parcellizzazione della domanda'⁵². Giurisprudenza il cui approdo ultimo è, in effetti, principalmente consistito nella previsione della sanzionabilità di tale tattica procedimentale come forma di abuso 'del processo', e non di abuso 'del diritto'. Ciò, essenzialmente, alla luce della previsione degli art. 2 e 111 cost., nella duplice accezione e di violazione di un generico dovere di solidarietà e – in combinatoria – di ragionevole durata del processo; il tutto del resto coerentemente con la sequela di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo *ex art. 6 CEDU*⁵³.

Anche da questa evoluzione giurisprudenziale risulta comunque confermato quanto sopra accennato riguardo allo *standard* di percezione del fenomeno nel contesto di una complessiva visione dei valori ispiratori del funzionamento del processo. E ciò nonostante interventi disciplinari che segnalano una qualche sensibilità per problemi comunque collegabili a quello in esame, come l'introduzione di una sanzione pecuniaria civile a favore della controparte per proposizione temeraria di ricorso per cassazione (e relativa resistenza) con la novellazione dell'art. 385 c.p.c.; del resto, in linea con l'impostazione adottata nella riforma della l. n. 69 del 2009 attraverso l'introduzione – *ex art. 360-bis* – di filtri selettivi al ricorso di legittimità, nel contesto di una filosofia di utilizzazione 'più seria' (forse anche, in questa logica, non casuale, sovrabbondante e in definitiva abusiva) della *chance* del cosiddetto terzo grado di giudizio⁵⁴.

Si potrebbe *a contrario* affermare che, nel nostro ordinamento, una simile percezione risulti tuttora molto poco immanente e del tutto non pervasiva rispetto a tali valori. Una circostanza questa che rende inevitabile ribadire come il riferimento essenziale al riguardo consista nello stesso unico – e minimale – parametro delle più recenti riforme; ossia, l'allungamento dei tempi processuali e il correlativo obiettivo della loro relativa abbreviazione assunto come 'il' valore senz'altro da perseguire come direttiva unica della riforma del processo civile in Italia⁵⁵.

Di qui il rischio – del tutto rilevante ai fini della stessa definizione di una nozione sufficientemente articolata di abuso processuale – di sottovalutare o non considerare altri possibili effetti della messa in atto di attività abusive del processo. Un rischio, invero, superabile solo ove si colleghino alla circostanza fondamentalmente 'neutra' dell'allungamento dei relativi tempi altre conseguenze dell'evento abusivo, come quelle concernenti le *chances* di effettiva giustizia sostanziale, ossia di veritiero accertamento dei fatti della causa⁵⁶. Del resto, un macroscopico esempio di questo approccio è *ad abundantiam* rappresentato dall'ormai ricorrente tenore delle indicazioni concernenti *en passant* l'abuso

⁵² M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 335 ss.; T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle Sezioni Unite*, ivi, 345 ss.

⁵³ V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, cit., 506 ss.

⁵⁴ A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, 23 ss., n. 21; L. DITTRICH, *Brevi note sul 'filtro' in Cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile 18 giugno 2009, n. 69*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1601 ss.

⁵⁵ L. SALVANESCHI, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1560 ss.

⁵⁶ L.P. COMOGGIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo; un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1692 ss.

del processo nelle relazioni di apertura degli anni giudiziari; ove la segnalazione di questo come un fenomeno da combattere viene *tout court* collegata al perseguimento dell'obiettivo della riduzione dei tempi del processo.

Potrebbe per contro collocarsi nella prospettiva del superamento di tale approccio l'interazione, finora non sufficientemente praticata, fra la disciplina del processo e la normativa di etica professionale dell'avvocatura.

Anche la disciplina e le recenti riforme del Codice deontologico forense segnalano, infatti, il rilievo virtuale di attenti controlli sulle attività endoprocessuali dell'avvocato, nella prospettiva dell'induzione di comportamenti di leale gestione della difesa. In questo contesto, è da notare come il già citato art. 49 del Codice deontologico forense in tema di «Pluralità di azioni nei confronti della controparte» a tutti gli effetti rappresenti un *pendant* della giurisprudenza sopra segnalata riguardo alla pratica della parcellizzazione delle azioni, ove si consideri come la giurisprudenza del Consiglio nazionale forense abbia elaborato anche in termini di 'vessatorietà' nei confronti della controparte la sua interpretazione della disposizione in oggetto⁵⁷. In un'ottica non limitata al parametro degli allungamenti dei tempi del processo come sola interfaccia della nozione di abuso, di notorio rilievo risulta inoltre, all'interno della stessa disciplina deontologica, la previsione dell'art. 14 in tema di «Dovere di verità». Tale norma, se letta in una chiave di effettività, configura invero uno snodo essenziale dell'attribuzione all'avvocato di responsabilità precise nello svolgimento della sua attività di difesa (si pensi alla riconducibilità a una sua scelta-consiglio nei confronti del cliente della mancata collaborazione all'ordine di esibizione)⁵⁸. Un rilievo che, in una prospettiva estesa all'intero svolgimento del processo, trova del resto speciale conferma in altre culture giuridiche; come notoriamente dalla vicenda della nozione ed elaborazione di *Wahrheitspflicht* nel contesto della cultura giuridica tedesca, specie nella sua accezione di dovere di completezza nell'allegazione dei fatti, senza virtuale distinzione fra fatti favorevoli e sfavorevoli (§ 138 commi 2 e 3 ZPO)⁵⁹.

Il richiamo a tali norme e al loro contemperamento con istituti concernenti il funzionamento del processo civile ribadisce come centrale il problema della loro efficacia-effettività in relazione all'argomento qui in oggetto. E invero, come dimostra l'esperienza comparatistica, l'apparato sanzionatorio rappresenta il nucleo di tali norme e ne giustifica la centralità nei singoli ordinamenti del processo civile. L'esempio di una norma come la *Rule 11* delle *Federal Rules of Civil Procedure* – nelle sue diverse versioni a partire dal 1983 – dimostra come una corretta *policy* di riforma del processo alla luce di una cultura dell'abuso non possa che passare per la predisposizione di sanzioni⁶⁰. E non appaia qui estrema l'ipotesi che tali sanzioni non si limitino a riferirsi alla parte – nella forma di sanzioni pecuniarie variamente configurate, oltre che della sconfitta nella controversia – ma giungano ad interessare direttamente l'avvocato, nella forma di conseguenze disciplinari e sanzioni pecuniarie per la realizzazione di attività abusive del processo.

⁵⁷ R. DANOVÌ, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano 2001, 654 ss.

⁵⁸ A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., *passim*.

⁵⁹ L.P. COMOGGIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit., 341.

⁶⁰ L.S. HOFFMAN, *The Lawsuit Abuse Reduction Act: The Legislative Bid to Regulate Lawyer Conduct*, in 25 *Rev. Litig.* 2006, spec. 722 ss.

12. UN-HORIZONTAL LEGAL UPBRINGING AS A PROBLEM OF CULTURAL AND PROFESSIONAL INTERACTION – THE U.S. AND ITALIAN MODELS COMPARED*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Unspecific vs. profession-oriented approach. – 3. Discrepancies in the body of students. – 4. The quality standards question (differentiating among institutions). – 5. Social feedbacks – Virtual, foreseeable, welcome, and unwelcome evolutions.

1. Introduction

Albeit the outspoken phenomenon of globalization, allegedly a still sharp differentiation in the systems of legal education persists. The two main systems here singled out, namely the law school system and the faculty of law system, are perceived as concerning altogether different philosophies, organization, and goals affecting their relative effectiveness – with meaningful consequences in terms either of effective legal training and actual social change in the context of legal profession.

2. Unspecific vs. profession-oriented approach

Comparative research very seldom happens to deal *ex professo* with such a subject as that of legal education. Even less common is the focus on the persistency worldwide of thorough differentiations in this field. And what seems extremely uncommon indeed is the idea that this might be taken into account as a serious and multiform factor affecting the respective performances of civil procedural systems¹.

Well founded – as I would tend to think – or not, this idea will represent the basic perspective of these few pages. Hereto the aim will be at trying to point out the many implications of this factor, and especially how deeply the interaction between a certain kind of legal education (or, rather, certain kinds of legal education) and a procedural system may favour or impinge (and both, from time to time or according to the circumstances) this latter's practical functioning.

* Questo scritto è stato pubblicato in *ZZP Int.* 2010, 77-88. Angelo Dondi is Professor of Civil Procedure in the University of Genoa, Italy, and member of the International Association of Procedural Law. In the United States he has co-authored with Geoffrey C. Hazard, *Legal Ethics – A Comparative Study*, 2004. This work has been occasioned by a conference organized by the *Association Internationale de Méthodologie Juridique* in Aix-en-Provence, France, on July 16th 19th, 2010. Quite obviously, a basic hint about the title has been taken from L. FRIEDMAN, *Horizontal Society*, London-New Haven 1999. The author wishes to thank doctor Davide Torquato (Faculty of Law, University of Milan) for his precious help in editing the notes of this work.

¹ Representing in many ways an exception: G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, 54-62.

A further and related perspective has to do with a so to speak widespread cultural attitude typical of comparative legal research, a feature that might be summarized and referred to as a sort of constantly lingering obliviousness in connection with the very core of the subject we are dealing with, i. e. who are the subjects actually bound to perform 'technical' tasks and make complex strategic choices while in the trenches of a specific procedural arena².

All in all, according to the contention that all the judges and, mostly, all the lawyers – in the sense of advocates – in the world are more or less called to perform similar activities, hence dealing more or less with similar questions, such a tendency to underestimate this subjective factor could be easily understandable, while not actually sharable. And the fundamental reason why such an idea seems impossible to share could be likewise tightly linked with a cultural basis of legal comparison, that is, in the attempt to enhance the effectiveness of comparative research and to avoid blundering about such an essential feature of the machinery of justice as the above-mentioned characters of its competent users, i. e. the lawyers as members of the advocacy³.

Precisely in a comparative perspective, whenever we refer to these subjects and their professional activities in the procedural arena, here in fact an unavoidably crucial problem seems to be lying: a problem of understanding or, rather, of taking seriously into account, in order to evaluate, conceive and suggest functionally adequate reforms in this field; and a problem that might in short be defined in terms of unevenness, and particularly predicated on the institutional education of lawyers around the world, as well as – with various mutual nuances, of course – on their practical professional training.

In a manner of speaking, the core of these few pages consists, in fact, in the idea that legal education is and continues to be fundamentally characterized by huge cultural and structural differentiations. This is a feature that – as implied before – has been and still is influencing the very functioning of legal systems, and especially their machineries of civil justice; furthermore, a feature very likely affecting – and why not, in a virtual perspective, undermining or jeopardizing – lawyers' professional interaction in the transnational context.

What hereto rather obviously comes first is by no means the institutional side of legal education. And in fact as the more apparent aspect of what is referred to in the title as «legal upbringing» institutional legal education might be considered in itself quite an appealing subject of research in a comparative perspective. Not to mention that again, in such a connection, this aspect seems especially essential given its widespread, manifest and acknowledged... objectivity, and mostly given its consequent factual or practical controllability.

It is mainly upon these features that the basic assumption purported here can actually be founded, that mutual differentiation still represents a basic character of legal education around the world which in other words would mean that, despite the commonplace argument of globalization or worldwide socio-economic 'horizontalization', nowadays this

² For the use of the word «trench» to describe the operative context of the legal profession at large, see G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, *supra* notes 1-9; see, also, in the Italian legal culture, V. DENTI, *L'insegnamento del diritto processuale nei dipartimenti*, in *Riv. dir. proc. esp.* 77.

³ See, e.g., M. HYAM, *Advocacy Skills*, Oxford 1999, *passim*.

context still seems to be fundamentally shaped or heavily influenced by broadly speaking local traditions and cultural options⁴.

Accordingly, we ought to look mainly and thoroughly at similarly basic cultural options while considering this problem. The related assumption that philosophies of legal education are, to say the least, socially entrenched at the national level seems, in fact, abundantly demonstrated by the mutual gaps if not discrepancies in the aims and organization of the existing models of institutional legal education. And in fact the same notion of models of legal education seems to be in its turn implying the fundamental as well as traditional acceptance, or in any event acquisition, of a variety of general lines as well as specific approaches in this respect.

Among others, one element is figuring out the crucial characters of this asserted widespread differentiation. What precisely seems in fact blatantly clear about the above-mentioned general aims is their sharply dual separation between an unspecific approach and a profession-oriented approach. With slight and minimal *nuances*, these approaches represent the two fundamental policies of reference thereupon, their respective core consisting in two correspondingly distinctive perceptions about the goals of a legal education. On the one hand, the basic contention of the first approach mentioned is that the function of an institutional legal education is *tout court* corresponding to the accomplishment of some sort of an education, hence representing a sort of *viaticum* for a would-be upper-level adult social life, and by the way also – but, if not quite incidentally, not necessarily – for the actual practice of the legal profession⁵. Quite to the contrary, on the other hand, the fundamental philosophy of the second approach might be summarized as tending to envisage legal education very much like the institutionalization of practical skills, viewed essentially to function, although in the context of intellectually very much refined learning types of organizations, as leading to actually practical training for future would-be advocates and judges⁶.

These two kinds of opposite approaches are fairly easy to locate among the existing procedural systems. Accordingly, and as a matter of course, in this context the, in a manner of speaking, ‘unspecific’ approach actually might be ascribed to the continental European systems, and especially to the Latin ones, this in a scale variously proportioned in a very articulated *nuances*. And accordingly as well, the ‘profession-oriented’ approach might be seen as characterizing procedural models like the ones once referred to as common law systems, i.e. the English one and, for many reasons, especially the American one⁷.

⁴ See L. FRIEDMAN, *Horizontal Society*, New Haven 1999, *passim*; but also, Id., *American Law in the 20th Century*, New Haven 2002, 457–487.

⁵ About the different evolution of the ‘careers in law’ throughout the common law and civil law legal systems see, e.g., G.C. HAZARD, A. DONDI, *supra*, 45, 54. For a theoretical approach to this sort of problems in the Italian legal culture, U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 17–31).

⁶ See D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*, Bologna 2003, *passim*.

⁷ On the American law school system in historical perspective, see, e.g., R. STEVENS, *Law school: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill 1983, 51, 75; T.T. PARSONS, G.M. PLATT, *The American University*, Cambridge, Mass. 1973, 252.

What in this cultural and geographical context in fact takes place in the American law school, yet approximately, could be defined as the carrying out of the fundamental cultural premises of the historical notion of the common law at an outstandingly elaborate and refined institutionalized level – and this very likely because of the lack of the social constraint so typical of the fatherland and, at the same time, of the need of a thoroughly efficient institution aiming at the construction and guardianship of reliable advocacy professional standards, especially in a nation notoriously ‘governed by lawyers’ as its true ‘aristocracy’⁸

3. Discrepancies in the body of students

By no means, because of its profession-oriented approach, does the American law school stand far apart from similar educational institutions in the area of legal upbringing. And one might even add that such an institution represents a model at the same time extremely long lasting now and unparalleled elsewhere.

An almost self-explaining factual assumption is represented by the functional feature of this very institution and its relative effectiveness, given the blatant outspokenness of its above-mentioned basic professional purpose and the mighty outfit of guarantees necessarily involved. Not to mention that these functional features are also purporting a necessarily very complex and articulated structural organization, which by itself has come to represent a characterized speciality of this institution.

Besides – and even beyond these reasons – what the American law school has undergone with time is an exposure that no other similar institution has experienced, and this, to say the least, because of its being seen all over the world and notoriously (just imagine the widely frequent film exposure) as ‘the’ institution, or among the few ones, actually shaping the U.S. approach to law, and, after all, the same U.S. way of life⁹.

Its influence on the subject we are dealing with seems undoubtedly heavy especially as a wide acceptance index at the national level of a milestone value as that of taking vital (professional) chances in accordingly open selective processes – a circumstance hence carrying into effect a democratic form of what represents all the way a truly ‘meritocratic elitism’. That is just what actually might be said of the American law school system, of what it is about, represents and epitomizes, which in a way seems to have been true even before Langdell’s refoundation but is certainly incontestable afterwards, and especially starting from the last half of the twentieth century¹⁰.

In this very lapse of time, along with other meaningful events marking the history of the last century, it can be quite easily maintained that the law school institution has actually come to represent the core of the U.S. ruling class selective process. Scarcely ques-

⁸ See de A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Bruxelles 1835/1961, I, 50, 274.

⁹ See, e.g., A.S. KONEFSKY, J.H. SCHLEGEL, *Mirror, Mirror on the Wall: Histories of American Law Schools*, in 95 *Harv. L. Rev.* 1981, 833.

¹⁰ See, e.g., G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven 1977, 42; W.P. LA PIANA, *Logic and Experience: The Origins of Modern American Legal Education*, New York 1994; Id., *Honor Langdell*, in 20 *Law & Soc. Inquiry* 1995, 761; B.A. KIMBALL, *The Inception of Modern Professional Education: C.C. Langdell, 1826-1906*, Chapel Hill 2009, 69, 71, 193; Id., *The Langdell Problem: Historicizing the Century of Historiography, 1906-2000s*, in 22 *Law & Hist. Rev.* 2004, 277.

tionable, such a circumstance has to be ascribed to a fundamental factor among others, as that of the prominence given to the students' intellectual quality in view of their internal and external selection. It is a selection which works in many different ways and in a widely comparative perspective, as will be explained shortly, but essentially one embodying at the same time the core virtue of such an institution and also the principal reason for its differentiation from other similar institutions around the world. And, in any case, it is because of its pivotal standing that this quality factor plays a fundamental role in shaping the functional features as well as the virtual goals – and on the whole the image – of the American law school¹¹.

In fact, unlike other entities (i.e. broadly speaking here and for the sake of extreme simplification, faculties of law) institutionally accomplishing the same task of providing professional legal education, the American law school is nowadays the only one expressly and blatantly aiming at this selective function and virtually constructed in order to reach it as one of its most valuable goals, a uniqueness even more striking were one to add that actually – despite the many social and political changes which occurred during the last century or so – such a function and goal have never been seriously disputed in their inner essence¹².

In the perspective here pursued, probably the most remarkable consequence of this circumstance is represented by the focus on students this at least in the sense that the 'quality factor' here becomes almost inevitably the student factor, actually concerning the 'productivity' of American law schools in many ways; and this for the further reason that, given the general profession-oriented approach, the discrepancies among the body of law school students actually represent the core as much as the *ratio* of such a factor.

Accordingly enough, an equation like 'best students, best law school' definitely reveals itself as quite an effective summarization of all this, with implications strictly affecting our discourse. On the one hand, this especially stresses a widespread, pervasive and impending tension towards excellence or, in any event, primacy absolutely unknown – at least in this manifestly competitive form – elsewhere. So that, to put it this way, in the American law school system inequality is widely present, and yet equitably shared as a blessing and/or as a curse, while in any case, very seldom as a solace¹³.

Besides, multiformity is what seems best to catch both the essence and the actual variegate functioning of this combined quality-excellence-inequality element. It implies – as beforehand mentioned with the definition of 'meritocratic elitism' – a selection, conceived both as a mechanism and as a wholly cultural approach. Selective standards are to be assiduously applied to students, in terms of access modalities and continuously granted

¹¹ See, for a still very reliable general insight, T. PARSONS, *American Society – A Theory of the Societal Community*, Boulder 2007, 211, 291, and, e.g., G.C. HAZARD, A. DONDI, *supra*, 132; R.L. ABEL, *American Lawyers*, New York 1989, 69; D.L. RHODE, *Symposium: The Future of Legal Profession, Institutionalizing Ethics*, in 44 *Case Western Reserve L. Rev.* 1994, 690.

¹² See R. GRANFIELD, *Making Elite Lawyers*, *supra*; see also, on the aim of legal education as perceived in the U.S., in a yet notoriously peculiar and forcefully critical perspective (about which see e.g. K. VINSONS, *Fred Rodell's Case Against the Law*, in 24 *Fla. St. U.L. Rev.* 1996, 107, F. RODELL, *Legal Realists, Legal Fundamentalists, Lawyer Schools, and Policy Science – Or How Not to Teach Law*, in 1 *Vand. L. Rev.* 1947, 5. For a definitely more recent reference in a vast literature, see, e.g., the essays in the Symposium, *Leadership in Legal Education*, in 40 *U. Tol. L. Rev.* 2009, 403.

¹³ See, e.g., D. KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, in 32 *J. Legal Educ.* 1982, 591, also in A. DONDI (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 129.

close (i.e. strict) evaluation of their proficiency, but not solely. Above all, and as a not at all negligible result of it, since selection as a qualifying standard is likewise to be sternly applied to faculties, i.e. to the professors of each law school. Consequently, a further and more appropriate or just realistic definition of the one given above of the value characters here expressly pursued might hence be reshaped as to sound: best students together with best professors, best law school.

4. The quality standards question (differentiating among institutions)

It cannot be denied that, in a manner of speaking, on the operative side all this has notoriously turned into an impressive learning and professional training mechanism-performance on the whole without comparison, as it could not have been, on the other hand, given the different philosophies characterizing – as very soon will be stated – the other institutions elsewhere accomplishing an institutionally similar task.

In any event, as remarkable as it seems, the fact is that, in the relatively short period of three years (and albeit with huge mutual differences in terms of preparation quality that are an inevitable by-product of the conceptions mentioned above, moreover also reflecting a huge geographical and cultural dispersion across the country's localities and, to a lesser degree, across social and ethnic classes), the task altogether well accomplished by American law schools is the transformation of law students into lawyers. Of course, they are lawyers belonging to different ranges on a selective grid affecting their quality scale, and corresponding as a general rule to the law school of origin (alias, its grade in the classification concerning these institutions), but still student-lawyers trained well enough to enter fully into the legal profession¹⁴.

Moreover, the student factor proves to be of paramount importance also under another connected perspective seldom taken into account in considering institutional legal education comparatively – and this since law students in the U.S. and those around the world are not at all alike in their previous upbringing and university education. This difference is striking as a matter of course, merely considering the postgraduate level of American law schools and, on the contrary, the undergraduate level of the other faculties of law, as, say, the European ones¹⁵. But most of all it is a difference definitely not to be underestimated in a combined evaluation of the performance of American law schools versus that of other similar educational institutions around the world.

The reasons why, in other words, American law professors are facing classroom audiences by nature of a different and special kind seem to be fundamentally two: their members' relatively older age and, somehow consequently, their much stronger professional motivation. Famous books such as Scott Turow's «One L» have very keenly described the combined cultural, social and/or wholly vital (also in the sense of bare survival) push con-

¹⁴ See H.T. EDWARDS, *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, in 91 *Mich. L. Rev.* 1992, 34; YUDA, *Is Law School still Worth it?*, in 32 *Pennsylvania Lawyer* 2010, 18; S. ROBERTSON, *Update on Law School and Careers: Where Will All These Graduates Work*, in 45 *Tenn. B.J.* 2009, 29.

¹⁵ In relation to the Italian experience, see, e.g., R. CAPONI, *La formazione postlaurea nelle professioni legali: situazione attuale e prospettive*, in *Foro it.*, V, 2006, 369.

stituting the motivational basis of the great majority of American law school students¹⁶. Besides, the momentous atmosphere concerning the choice of a law school – and especially which – as well as the dramatic pressure to succeed and not to fail during the three years actually have no counterpart elsewhere.

Likewise, there are no chances to find elsewhere – and certainly not as much as in an American law school – something similar to the alluring sensation of being plunged into a very special context . . . where the action is, which is actually true both in the sense of the construction of a ruling class and in the sense of the continuous and thorough promotion of a serious social change with regard to a profession as crucial as the legal profession¹⁷.

In fact, just keeping within the context, a similarly and further quality-related aspect of the 'law school system' is represented by an on-average higher standard of the whole teaching-learning process thereto provided for. Paper chase and Socratic teaching, plus an altogether effective practical and yet intellectually-founded approach to the complexities of law, are in fact forming – despite the many widespread nuances – a sort of *koiné* linking together the academic culture with the day-to-day practice, yet extremely diversified advocacy, of the United States. It is a link working as a continuous Interaction (just to give the most common example, student interviews organized and hosted inside the same law schools by members of prominent law firms are the rule) also because of the clearly-stated main purpose of essentially 'producing lawyers', learned and scientifically trained as they may be but . . . essentially lawyers¹⁸.

5. Social feedbacks – Virtual, foreseeable, welcome, and unwelcome evolutions

Of course, after what has previously been observed, this pouring off and constant exchange is also to be seen as altogether uncommon in other similar experiences around the world. And actually – also, but not only, because of it – the same notion of similarity sounds, to say the least, far-fetched considering on the whole the basic features of what might be defined as the widespread area of the 'faculty of law system'.

From a geographical and at the same time cultural point of view, the hugeness of this area might be configured as *de facto* covering the rest of the world, while quite appropriately epitomized by such a notion as that of otherness. For as sharp as they may look, and in spite of obviously relevant and inevitable generalizations as well, these terms seem truly to render some apparently irreconcilable aspects of the two systems of legal education. They certainly imply core-differences between the law school and the law faculty systems, differences which seem worth figuring out and summarizing hereafter.

First of all, the circumstance represented by the faculty of law system's placement at an undergraduate level is comparatively striking and in itself a hugely differentiating factor bearing some consequently crucial effects just on its average construction and quality values.

¹⁶ See S. TUROW, *One L*, New York 1977.

¹⁷ R. MACCRATE, *Yesterday, Today and Tomorrow: Building the Continuum of Legal Education and Professional Necessary Myths Development*, in 10 *Clinical L. Rev.* 2004, 805; D. CRUMP, *Ten of Law School*, in 10 *J. L. Soc'y* 2009, 33.

¹⁸ On this topic, see, e. g., the symposium in 78 *Fordham Law Review* (esp. in J.S. STERLING, REICHMAN, *So You Want to Be the a Lawyer? The Quest for Professional Status in a Changing world*, 2010, 2289).

Because of this very character, as a matter of fact, the faculties of law have revealed themselves as particularly 'attainable' by the effects of the social, cultural and political evolution concerning the last century, and – especially in this perspective – its second half. During this period of time, the faculties of law have gradually lost their former function as useful instruments in shaping – i.e. selecting, also granting their endurance – the European ruling classes, of course together with the institutional one of providing basic institutional law instruction for, if ever, future practicing lawyers¹⁹.

But significantly, and unlike what previously happened only exceptionally as a barely university (i.e. college) level of education, in the last fifty years the law faculties' access has come within everybody's reach independently of social or economic class, an event actually bringing about a thoroughly deep change that has subsequently turned into a profound cultural as well as functional mutation. Notoriously triggered by the political instances of the 1968 movement, and perceiving the European still heavily selective systems of university education as wholly unfair to students of lower class origins, this transformation has led to heavily facilitating the courses of the faculties of law. This has become particularly true – rather than as regards subjects and teaching habits – as to the valuation and selection standards henceforth generally adopted by these institutions.

Nowadays, some decades later, it might be said that on the whole the atmosphere in the European faculties of law is accordingly looking rather easy-going which, in many different ways, reveals the drawbacks of those doubtless and altogether truly democratic instances which have clearly and equally failed to reach both their equalitarian and their social change aims, at least as regards the faculties of law system²⁰. In many European legal systems, the failure has been especially apparent from the point of view of spurring – actually, failing to spur – some sort of social change in the legal profession.

A blatant and unmistakable example of this is represented by the Italian experience, despite – or just because of – the notoriously impressive overcrowding of the many existing (and moreover recently quite randomly established) faculties of law. Here the easier the 'entrance' and the whole law faculties' *curricula*, the smaller the real chances of actually starting a decently-rewarded practice in a well-organized law firm for the 'not well-connected ones' have become. And this in a country where, on the other hand, the stagnating problem of «too many lawyers» (according to the title of a famous book by Piero Calamandrei, significantly dating back to 1921) is yet very far from being solved²¹.

All in all, the Italian exemplification reveals further aspects of interest in connection with the comparison previously suggested between the law school and the faculty of law systems. And especially not to be underestimated is some 'Italian approach' feedback on the quality factor side, such as that concerning, respectively, the students, the professors and what might be defined as the professional disqualification by-product, this disquali-

¹⁹ On this traditional European approach, see, especially in the Italian perspective, G. TARZIA, *La Preparazione universitaria alla professione forense*, in *Riv. dir. proc.* 1981, 131.

²⁰ In perspective suggesting some core features of the European system as compared with the American one, see, e.g., J.H. SLOTKIN, *Rabenmutter and the Glass Ceiling: An Analysis of the Role Conflict Experienced by Women Lawyers in Germany Compared with Women Lawyers in the United States*, in 38 *cal. W. Int'l L.J.* 2008, 287.

²¹ As an almost inevitable quotation in the Italian perspective, see P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, in *Id.*, *Opere Giuridiche*, Napoli 1966, 65.

fication also representing, at any rate and in terms of a progressively diminishing whole, a pervasive index for all these aspects²²

The practical lack of selection has become the core feature of the Italian version of the faculty of law system. One of the most remarkable consequences of this consists in conveying into students' minds the completely misleading perception of a substantially not so demanding learning engagement, a circumstance, moreover, which works as a similarly wholly misleading *viaticum* for their future professional experience²³. The whole pervasive atmosphere is hence that of an easygoing context, in which the basic selective factor does not consist in excellence but rather in the external 'natural' chances of any single student.

But, in this connection, a further and – according to the circumstances – nearly devastating result is also represented by its influence on the professors' teaching approach and their relative performances. At least from a formal point of view, this approach is notoriously based on the class conference model, a model certainly undergoing huge internal differentiations (such as the ones between catholic and non-catholic based or Latin and non-Latin cultures, together of course with their profound anthropological origins and reasons) that nevertheless, for the sake of brevity, here will be left out of closer consideration²⁴.

With such a clearly relevant *caveat* applying just to the Italian example, it seems almost inevitable to mention the widespread perception of the image of law professors²⁵. The tradition of considering as the typical law professors essentially the ones also practicing law (and often very well established practices also because of the academic allure) is by no means still enduring – a tradition full of consequences, and especially on the following two sides.

On one side, such an overlapping of academic and professional functions bears a worrisome consequence: that, to put it this way, in the Italian version of the faculty of law system a distinguished professor is not always also a learned professor. Besides, easily understandable as it can be, serious scientific research might hardly be imagined as coping with the overwhelmingly demanding engagements of a yet at times enormously profitable legal practice. And actually this very seldom takes place in reality, while – just the opposite of American scholarship habits – so to speak novel legal science books are usually authored by young scholars striving to further their careers, very often also – if not exclusively – in order to plunge afterwards into advocacy or at least to improve their legal practice.

On the opposite side stands the approach most commonly adopted by full-time professors in law faculties, which – very likely for the sake of a would-be aloofness from their much wealthier part-time colleagues (wages are not exactly exciting in the Italian state universities, where a senior law professor is paid on average less than half that of

²² For a recent, general – i.e. not concerning the faculties of law but on the whole the Italian academic approach – and definitely critical insight into the current trend of the university system and careers, see, e.g., G. DAVICO BONINO, *Tiro libero*, Torino 2009, 143.

²³ See, e.g., G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa – Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna 2008, 9.

²⁴ See, e.g., G. C. HAZARD, A. DONDI, *supra*, 124.

²⁵ see, e.g., N. IRTI, *Un professore insegnante*, in *Riv. trim. dir. proc.* 2009, 1419; A. SUPLOT, *Grandeur et petitesse des professeurs de droit*, in *Les Cahiers de Droit* 2001, 595.

a senior judge) – tends frequently to be affectedly abstract and very often intellectually just pretentious.

Combined together – even setting aside on the other hand worthy sociological considerations – the elements hereabove considered appear decidedly meaningful. They do in fact reveal some quite interesting hints about this type of institutional legal education from the point of view of both its philosophy and its functional performance. Therefore, the result might be reasonably summarized in these terms: at least at its... worst, the faculty of law system, on the one hand, seems to be precisely and chiefly not up to the function of actually selecting and training future reliable practicing lawyers. On the other, and consequently, it also does not create a trustworthy internal professional hierarchy, somehow similar to the one generally ‘recognized’ in the United States²⁶.

This state of things is, of course, not without many and, on the whole, diversified unpleasant consequences as to the reliability and the ‘practical outcome’ of this same system. ‘Structurally speaking’, it is perhaps just a hint, but the lack of importance of teaching, such as that related to procedures (civil and criminal), relegated at the very end of the traditional law faculties’ *curriculum*, speaks in itself for the merely slight perception of the professional tasks embodied by such an academic institution.

Besides, and not by chance, the widespread – at least in Italy – lack of trust in the effectiveness of faculties of law has become especially in the last two decades a substantial index of mistrust towards actual chances of social fluidity and real change²⁷. And even more concrete are the drawbacks of this in the actual legal arena, especially when – as in transnational practice – implying contacts and close interactions among colleagues having received institutional upbringings of such different foundation and value. For certain, just a very small portion of the Italian legal professions up to such an international challenge. But, since professional gaps will not be easily admitted by anyone in the business, this inevitably turns out to be an area of merely makeshift guesses.

²⁶ See references under notes n. 11, 12, 13 *supra*.

²⁷ See, e.g., in relation to the Italian experience, R. LAMACCHIA, *L'avvocatura in bilico tra crisi irreversibile e rinnovamento culturale*, in *Questione Giustizia* 2008, 29; R. FERRARESE, *Potere e competenza nelle professioni giuridiche*, in *Sociologia del diritto* 1992, 43.

13. PROBLÈMES D'ÉTHIQUE PROFESSIONNELLE DANS LA *CLASS ACTION* À L'ITALIENNE*

1. S'il y a une manière, à mon avis, convenable d'approcher les problèmes de la discipline italienne de l'action de groupe, c'est d'en signaler d'abord aussi bien les limites que les cruciales dyscrasies. Les deux représentent en effet le véritable caractère de cette législation entrée en vigueur à la suite d'un excès de discussions et de polémiques parfois orageuses qui se sont prolongées pendant au moins une dizaine d'années¹. Mais, hélas, le résultat de tout cela peut justement être un exemple du vieil adage de «la montagne qui accouche d'une souris».

Malheureusement, la réforme italienne de la prétendue *azione di classe* semble en effet avoir échoué à tous les égards, et cela à cause de carences de formulation générale comme de solutions spécifiquement techniques. D'un côté, on pourrait l'imputer à une responsabilité fondamentale dans la philosophie ou bien dans la configuration idéologique de l'article 140-bis du *Codice dei consumatori* (remontant à 2007 mais au fur et à mesure renouvelé, en 2010 et encore plus récemment avec la loi n. 27 de 2012 et nous sommes maintenant dans l'attente d'une nouvelle réforme, qu'on souhaite radicale)². De l'autre, et par conséquent, nous pourrions établir un lien étroit entre le choix de solutions dans l'ensemble très bornés du point de vue technique et les problèmes cruciaux d'un manque d'efficacité aisément envisageable concernant la discipline italienne en matière d'action de groupe.

En effet, malgré son renvoi plus qu'explicite et plutôt ronflant à ce modèle, l'*azione di classe* italienne reste absolument éloignée de la structure et encore davantage de l'expérience pratique de la *class action* américaine. Ce même article 140-bis indiqué ci-dessus ne vise pas concrètement à reproduire la discipline de la, d'ailleurs plus que célèbre, *Federal Rule 23*³. Par conséquent on aperçoit très aisément la discordance entre ces deux disciplines, et particulièrement le manque dans la discipline italienne de ce qui forme le véritable noyau de la discipline américaine, c'est-à-dire sa spécificité tout à fait ample et bigarrée⁴.

Abstraction faite de l'écart temporel évident entre les deux disciplines, et donc de la durée d'utilisation bien plus long de la *American class action* pendant une période emblé-

* Questo scritto è stato pubblicato in *R.R.J.* 2017, 1723-1730. L'auteur désire remercier le docteur Marco D'Agostini pour la précieuse activité de *editing* des notes.

¹ Pour l'Italie, en particulier, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, 226-229; et aussi ID., *Studi sulle class actions*, Pavia 1996, *passim*; en perspective comparée M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 530.

² Par exemple, pour ce qui concerne l'évolution normative italienne et pour des références bibliographiques essentielles, A. DONDI, *The Makeshift Italian Class Action: Some Hints*, in *I.J.P.L.* 2017, 5.

³ A. DONDI, *On Some Drawbacks in the Italian Road to the Class Actions*, in *ZZP Int.* 2007, 17-18; E. SILVESTRI, *The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions*, in *35 Revista de Proceso* 2010, 99.

⁴ A. DONDI, *The Makeshift Italian Class Action: Some Hints*, cit.

matique de la modernité comme la seconde moitié du XX^e siècle, c'est en définitive la faiblesse de l'imitation italienne du modèle américain qui étonne.

Apparemment aménagée à la manière de la *Federal Rule 23*, la disposition de l'article 140-bis, dans la version de 2012, reproduit la division en deux phases de la procédure concernant la prétendue *azione di classe*, c'est-à-dire celle établie entre un *admissibility stage* et un *merits stage*⁵. Pourtant, dans la première phase de l'*azione di classe* italienne, on ne retrouve qu'une pâle imitation des éléments caractérisant la *class certification* américaine. Mais ce qui frappe avant tout, c'est la délimitation rigide et préventive des sujets pouvant accéder à cette forme de tutelle. Ici, contrairement à l'*openness* de la discipline américaine à cet égard, on a procédé à une sorte d'énumération catégorisant et cernant ces sujets de la manière suivante: a) les demandeurs considérés exclusivement comme consommateurs ayant des intérêts homogènes ou bien les associations de consommateurs, b) les défendeurs conçus en tant qu'entrepreneurs privés⁶.

Il en résulte des mécanismes de sélection encore plus différents, fondamentalement à cause de l'absence dans la solution italienne des prérequis caractérisant la *class action* américaine. Face aux quatre traditionnels prérequis de la *Federal Rule 23* (c'est-à-dire: *numerousness*, *commonality*, *typicality*, *representativeness*), la discipline de l'*azione di classe* en prévoit seulement deux, celui de l'homogénéité du groupe et celui de la représentativité de la part du représentant du groupe en tant que demandeur⁷.

D'un autre côté, et en cohérence avec ces limites, dans la législation italienne, on aperçoit forcément une carence encore plus grave. Il s'agit de l'absence d'une discipline des différentes typologies d'*azione di classe*, telle qu'on la retrouve dans les dispositions de la *Federal Rule 23*, subsection (b). Cela semble au moins dénoter un retard très grave de la culture juridique italienne à percevoir la nécessité de soumettre au contrôle du juge, en termes du prétendu *procedural management* ou de *case management*, les catégories plus complexes de *class action lawsuits* en particulier (concernant, en d'autres termes, des cas comme par exemple ceux de *product liability* et de *toxic waste* etc.)⁸.

Last not least, il y a le problème mis en évidence par la solution italienne concernant la composition du groupe ou son appartenance, voire son adhésion. À ce propos l'*azione di classe* semble faire un choix décidément éloigné de la solution qui figure dans le modèle américain dit de dérivation. En vérité, au lieu d'un mécanisme d'*opting out*, notoirement typique de la *class action* américaine, la discipline italienne prévoit un système d'*opting in*⁹. Qu'en soi, cela manifeste une vision générale presque aux antipodes du modèle d'ap-

⁵ Dans la doctrine italienne, pour l'utilisation d'une pareille distinction procédurale, M. BOVE, *La trattazione nel processo civile di classe*, in *Giusto proc. civ.* 2011, 83-87; et aussi A.D. DE SANTIS, *Azione di classe a tutela del consumatore*, in *Libro dell'anno* 2012, 6; G. COSTANTINO, *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, in *Diritto econ. ass.* 2010, 1130.

⁶ G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del Codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 707.

⁷ G. CONTE, *I 'diritti individuali omogenei' nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.* 2011, 609.

⁸ Sur cette absence, encore M. BOVE, *La trattazione nel processo civile di classe*, cit.

⁹ Parmi les plusieurs, C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta*

parente dérivation, on peut bien l'affirmer: les décisions/arrêts concernant la classe ne pourront en effet qu'être limitées à ses membres volontaires (justement, *opting in*) et, par conséquent, au contraire, leur impact ne pourra que s'en trouver fortement réduit, sinon ramené à bien peu de chose¹⁰.

Pas question, par la suite, d'imaginer autour de cette discipline quelque chose de pareil au débat qui a amené à parler aux États-Unis de «*end of class action*», qui a en même temps entraîné des arrêts comme *Conception* ou *Walmart* contenant des critiques radicales (aussi bien que des propositions de réforme) de la *Federal Rule 23* de la part de la Cour suprême fédérale¹¹. A cause de ses limites, l'*azione di classe* italienne n'a d'ailleurs pas eu vraiment d'impact sur le même donné jurisprudentiel italien en général. Le pourcentage de ce genre d'actions, après désormais quelques années d'application de la discipline, est tout à fait minime, du moment que seulement quelques dizaines d'actions ont été introduites de façon effective, c'est-à-dire en ayant au moins dépassé le niveau initial de sélection (*ammissione*) en tant qu'*azione di classe*¹².

2. Tout considéré, l'expérience de la *class action* à la manière italienne semble donc s'être caractérisée – inévitablement aussi bien que malheureusement, dirait-on – comme un échec total. Et c'est compte tenu de ce désolant résultat d'ensemble que l'on devrait essayer de situer au moins une partie des problèmes éthiques qui sont probablement en cause. On devrait s'y employer, répétons-le, puisque c'est d'une manière tout à fait hypothétique qu'on essaiera de le faire ici, en l'absence presque totale jusqu'à présent de véritable débat et considération de cette problématique de la part de la doctrine et de la jurisprudence italienne¹³.

Avec le susdit *caveat*, il semblerait possible de subdiviser une semblable perspective de cet ordre en deux branches: l'une concernant en soi la discipline de l'*azione di classe* et l'autre visant – comme on dira d'ici peu – la rôles des professionnels impliqués, «ça va sans dire» essentiellement les avocats, «cela va sans dire».

Il semble, en effet, qu'il existe une implication possible de la structuration de la discipline italienne d'un point de vue prétendument moral ou bien *at large* éthique. Il s'agit essentiellement de la qualité profonde de cette discipline, comme de toute autre discipline normative ayant un impact pratique virtuel, selon sa propre conformité fonctionnelle et, en définitive, son effectivité. Compte tenu de ce que l'on a souligné auparavant, on pourrait bien affirmer qu'à cet égard la discipline italienne manifeste sans doute un caractère éthique insuffisant, justement à cause de son inadéquation face aux exigences de tutelle à son origine.

la via svedese dello 'opt-in' anziché quella danese dello 'opt-out' e il filtro ('l'inutile precauzione'), in *Corr. giur.* 2008, 5.

¹⁰ A. DONDI, *The Makeshift Italian Class Action: Some Hints*, cit.

¹¹ B.T. FITZPATRICK, *End of Class Action?*, in 57 *Ariz. L. Rev.* 2015, 161 ss.; R.L. MARCUS, *Bending in the Breeze: American Class Actions in the Twenty-First Century*, in 65 *De Paul L. Rev.* 2016, 497 ss.

¹² F. CARPI, *Some Observations on the Current Trends of the Class Actions in Civil Law Countries*, in *I.J.P.L.* 2012, 368.

¹³ A. DONDI, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future*, in *Foro it.* 2008, IV, 272 ss.

Ces exigences concernent bien clairement un contexte décidément plus étendu de celui des *consumatori* auquel se réfère – d’une manière en effet très stricte et limitative – la prévision de l’article 140-*bis*. D’ailleurs, presque partout, ce type de disciplines a été – et est – conçu pour résoudre une quantité virtuellement illimitée de problèmes, et pas nécessairement seulement ceux qui se limitent aux conflits entre producteurs et consommateurs. En effet, à l’heure actuelle – comme montre particulièrement l’utilisation de la *class action* américaine encadrée par la *Federal Rule 23* – une partie considérable de ces difficultés correspond à des problèmes de pollution et de discrimination de tout genre¹⁴. C’est pour cela que l’aménagement assez étroit de l’*azione di classe* italienne – entrée en vigueur à une époque amplement consciente de cette fonction à la fois bigarrée et incisive de la *class action* – paraît *ex professo immorale*, puisque pratiquement inutile dans la plupart des cas (précisément, selon la définition utilisée à ce propos par un collègue américain, *a car with no motor*)¹⁵.

3. Évidemment, la perspective de problèmes d’éthique du procès est plus commune et plus répandue de la part des professionnels du procès, et notamment des avocats. Il s’agit, d’ailleurs, d’une perspective bien plus développée par d’autres cultures juridiques et du procès que par l’italienne ou les européennes¹⁶. Celle des États-Unis représente sans doute le contexte d’un intérêt majeur pour ce genre de problèmes et celui d’une relative évolution culturelle et disciplinaire¹⁷.

C’est de cette culture que procède en effet l’encadrement fondamental de ce type d’actions. Pour ce qui concerne en particulier le contexte des *class actions*, d’après l’élaboration nord-américaine, on pourrait qualifier cet encadrement en termes de conflits implicites d’intérêts et des nombreuses implications qui peuvent en résulter. C’est en effet en fonction de l’imbrication des intérêts qui peuvent être générés en l’occurrence qu’aux États-Unis, on a tendance, maintenant par une longue tradition, à recourir de manière générale à une complexité analogue de la *class action*¹⁸. Et c’est, en particulier, dans des implications spéciales de l’*attorney-client relationship* que l’on situe l’un des principaux noyaux de complexité, aussi bien que d’ambiguïté, que l’on observe dans ce contexte¹⁹. La question qui, à cet égard, s’est présentée au fur et à mesure dans l’expérience américaine a justement été celle du pouvoir presque total de gestion (*management*) que l’avocat exerce sur/dans la *class* et sur/dans l’action relative (*class action lawsuit*)²⁰. Fondamentalement, c’est de là

¹⁴ M. TARUFFO, *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, in 11 *Duke J. Comp. & Int’l. L.* 2001, 405 ss.

¹⁵ M. BOVE, *Azione collettiva: una soluzione lontana dalle esperienze straniere più mature*, en *Guida dir.* 2008, 11.

¹⁶ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, 8 ss., 124 ss.

¹⁷ G.C. HAZARD, *Modeling Class Counsel*, in 81 *Nebr. L. Rev.* 2003, 1397 ss.

¹⁸ Encore sur la nature de la *class action*, H.M. ERICHSON, *Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation*, in *U. Chicago Legal Forum* 2003, 522-523.

¹⁹ R.L. MARCUS, E. SHERMAN, H. ERICHSON, *Complex Litigation – Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul Minn. 2010, 210 ss.

²⁰ G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, R.C. CRAMTON, G.M. COHEN, *The Law and Ethics of Lawyering*, New York 2005, 593 ss.; plus en général sur la spécificité de la *class action litigation*, A. CHAYES,

que dérivent toutes les autres questions et les problèmes, car c'est la même relation entre avocat et *class* (en tant que client soi-disant *client as an organization*) qui engendre ici des occasions d'incertitude et de possibles ambiguïtés, à plusieurs niveaux²¹.

Deux problèmes majeur en ce domaine semblent y être liés de manière complexe: celui du niveau et de la qualité de l'information envers la *class* et celui du niveau des conflits possibles dans ce contexte, voire entre les membres de la même *class* et concernant l'avocat et la *class*²². Le niveau et la qualité de l'information entre avocat et client, disciplinée par les *rules* 1.6 et 1.8 des *Model Rules of Professional Conduct* et la *class* étant considérée un *entity client* dans son complexe, doivent être le plus complets possible (et cela aussi «*at the precertification stage of the litigation*») et inclure tous les membres de la *class* et non pas seulement les *representatives* de celle-ci²³. C'est sur ce background que se situe la solution des problèmes de conflit d'intérêt, qui est encadré par une norme telle que la *Model Rule* 1.7 qui est tout à fait rigide du point de vue de l'extension et de la spécificité de l'information envers les clients²⁴.

Ce n'est pas qu'ici on veuille oublier les fortes dyscrasies qui persistent malgré tout dans l'application concrète de la *class action* américaine, et qui sont d'ailleurs dénoncées itérativement par la doctrine²⁵. Il s'agit notamment de la pratique très fréquente des *settlements* et des préjudices concernant aussi fréquemment des membres particuliers de la *class*²⁶. Et il s'agit encore plus, en particulier, de la prétendue *settlement class action*, dans laquelle la certification de l'action en tant que *class action lawsuit* est pour ainsi dire conditionnée par l'approbation par la Cour de l'accord-transaction déjà intervenu entre le défendeur et les avocats de demandeurs particuliers intentionnés à représenter aussi les intérêts de tous ceux qui sont virtuellement victimes de la même manière²⁷.

Il faut ajouter que, spécialement après l'adoption du paragraphe (g) de la *Federal Rule* 23 (intitulé significativement *Class Counsel*), la qualification particulière de l'avocat de *class action* représente un élément renforcement indubitable des garanties à cet égard, particulièrement en faveur des membres dits *absent class members*. Il en est surtout ainsi

The Role of the Judge in Public Law Litigation, in 89 *Harv. L. Rev.* 1976, 1291.

²¹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, cit., 170 ss.

²² D.L. RHODE, *Class Conflicts in Class Actions*, in 34 *Stanford L. Rev.* 1982, 1183 ss.; Note, *Developments in the Law – Conflicts of Interests in the Legal Profession*, in 94 *Harv. L. Rev.* 1981, 1244 ss.; N.J. MOORE, 'Who Should Regulate Class Action Lawyers?', in *U. Illinois L. Rev.* 2003, 1482 ss.

²³ N.J. MOORE, *Who Should Regulate Class Action Lawyers?*, cit., 1483-1485.

²⁴ A. DONDI, *Aspetti dell' "attorney-client privilege" tra "evidence" e "legal ethics"*, in *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Padova 1994, II, 115 ss.

²⁵ Parmi les plusieurs, S.P. KONIAK, G.M. COHEN, *In Hell There Will Be Lawyers Without Clients or Law*, in D.L. RHODE (ed.), *Ethics in Practice – Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation*, Oxford 2000, 187 ss.

²⁶ C. MENKEL-MEADOW, *Ethics and the Settlement in Mass Torts: When the Model Rules Meet the Road*, in 80 *Cornell L. Rev.* 1995, 1159 ss.

²⁷ M.H. REDISH, A.D. KASTANEK, *Settlement in Class Action, the Case-or-Controversy Requirement and the Nature of Adjudicatory Process*, in 73 *U. Chi. L. Rev.* 2003, 546.

compte tenu du rôle nécessairement le juge pour apprécier la présence de tous les éléments prévus pour l'*appointing* du *class action lawyer*²⁸.

Mais, cela dit très superficiellement quant au modèle américain de *class action*, d'autres ambiguïtés semblent davantage concerner l'aménagement normatif de l'*azione di classe* italienne. Il reste à signaler avant tout qu'elle se conforme basiquement à un système d'*opting in*, tandis que c'est, en revanche, un système d'*opting out* qui caractérise la *class action* américaine. Dans ce cadre, précédemment mentionné, le véritable client de l'avocat risque de paraître et même d'être le seul demandeur principal (celui qui, à travers son avocat, prend l'initiative de l'action de groupe) plutôt que les autres membres du groupe/classe qui intervenant ensuite par *opting in*²⁹. Cela posera alors, pour le moins, un problème fondamental d'information de la part de l'avocat, ou bien d'absence d'obligations de ce genre envers ces derniers³⁰.

Une telle possibilité de s'en passer semble du reste confirmée, non seulement par la discipline de l'article 140-*bis*, mais aussi par celle du *Codice deontologico forense* reformée le 31 janvier 2014³¹. Il est impossible de trouver ici quelque référence que ce soit à la spécificité de l'*azione di classe*, ni de trouver dans le *Codice di procedura civile* quoi que ce soit de semblable à la prévision de la *Federal Rule 23*³². Il manque aussi un véritable système de sanctions, c'est-à-dire un système analogue à celui prévu aux États-Unis – de manière tout à fait semblable et de nature à la fois punitive et coercitive – en matière de procédure comme déontologie. Par conséquent on ne retrouve rien dans le système italien qui puisse ressembler à une coordination entre procédure et éthique; alors que c'est une coordination de ce genre qui a permis au système américain de faire à peu près face aux problèmes de tutelle des intérêts de groupe³³.

À part des critiques d'origine académique, la seule réaction au modèle italien d'action de groupe a été pour le moment celle de la jurisprudence. Comme on l'a déjà dit, cela s'est généralement produit en sélectionnant ce genre d'actions de manière justement très stricte. On en arrive même parfois à remarquer les dyscrasies ou bien les inadéquations du côté éthique de l'article 140-*bis*, et même à sanctionner pour «*lite temeraria*», selon l'article 96 du *Codice di procedura civile*, l'avocat qui personnellement – c'est-à-dire qui a entamé une action en tant que demandeur –, tout en étant, en même temps, le représentant habituel du comité national d'initiative (la prétendue *associazione CODACONS*) des consommateurs³⁴.

En conclusion, une dernière remarque plus générale s'impose à ce propos. Il faudrait, dans ce domaine et dans une perspective comparée, tenir compte de la spécialité de la discipline de la *Federal Rule 23*, du point de vue de son impact sur l'ensemble de la culture juridique américaine. Surtout à partir de la réforme de 1966 de cette même *rule 23*, la discipline de la *class action*, grâce, notamment, à l'introduction de la prétendue *injunctive*

²⁸ M.A. RATNER, *Class Counsel as Litigation Funder*, in 28 *Geo. J. Legal Ethics* 2015, 272.

²⁹ A. DONDI, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense*, cit., 273-374.

³⁰ A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, 203.

³¹ R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, Milano 2014, *passim*.

³² A. DONDI, *The Makeshift Italian Class Action: Some Hints*, cit.

³³ S.P. KONIAK, G.M. COHEN, *In Hell There Will Be Lawyers Without Clients or Law*, cit., 187 ss.

³⁴ Trib. Milano, arrêt 13 mars 2012, *CODACONS* contre *Voden Medical Instruments*.

class action dont la *subsection* 23 (b) (3), est devenue, dans la seconde moitié du XX^e siècle, le principal instrument de transformation sociale et politique de la société américaine³⁵. On ne retrouve ailleurs (et on ne retrouvera pas, *rebus sic stantibus*) rien de pareil à ce «*golden age*» et, si cela – malgré les actuels changements de perspective – n'est pas justifié, cela peut au moins expliquer les limites de tout autre système de tutelle de groupe³⁶.

³⁵ A. DONDI, *Funzione remedial dell'injunctive class action*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 245 ss.

³⁶ R.L. MARCUS, *Bending the Breeze: American Class Actions in the Twenty-First Century*, in 65 *De Paul L. Rev.* 2016, 499-503.

14. LEALTÀ E CONFLITTO DI INTERESSI NELLA PROSPETTIVA DELLE DINAMICHE PROCESSUALI. UN SINTETICO RAFFRONTO COMPARATO NEL MOMENTO DELLA COMPLESSITÀ*

SOMMARIO: 1. Contesto culturale di inquadramento del problema nel momento della complessità. – 2. Modi di configurazione del rapporto avvocato-cliente nella recente esperienza statunitense. – 3. (*Segue*) Le dinamiche degli eventuali conflitti nella prospettiva della complessità del processo civile statunitense. – 4. Il problema nelle controversie complesse o di *class action* e riscontri con il quadro di riferimento italiano.

1. Contesto culturale di inquadramento del problema nel momento della complessità

Il tema che si affronta qui con estrema quanto inevitabile sintesi costituisce uno dei referenti di base per l'assunzione di una prospettiva etica rispetto all'attività dell'avvocato, al punto di potersi considerare come il nucleo stesso della nozione di etica professionale dell'avvocatura. All'interno del contesto del *legal ethics*, infatti, un dato soprattutto pare configurabile come elemento primario e in qualche misura imprescindibile del rapporto avvocato-cliente. Questo dato corrisponde appunto alla circostanza che fra l'avvocato e il cliente deve esistere una totale o del tutto speciale fiducia; in ogni caso tale da presupporre che l'affidamento del cliente riposi sull'assenza di conflitti o comunque di interessi concomitanti (ma in realtà intrinsecamente contrari) da parte dell'avvocato¹.

Ciò che qui si tenterà di dire, e forse anche grossolanamente analizzare, sono alcune implicazioni di questo presupposto di base. Di come cioè, per un verso, esso abbia inciso sul configurarsi di una nozione di etica professionale dell'avvocatura nel corso del tempo (quantomeno di un certo periodo di tempo, che qui molto arbitrariamente verrà ristretto al secolo passato e al tempo della nostra quotidianità)². E di come, per altro verso, tale incidenza si sia manifestata rispetto alla modificazione o parziale riconfigurazione del rapporto avvocato-cliente, tanto in ragione della ristrutturazione dei vari modelli processuali che della creazione di regolamentazioni etico-professionali a loro volta costantemente trasformate nel corso del tempo³.

Il primo versante, quello della caratterizzazione del rapporto avvocato-cliente e correlativamente della nozione di *legal ethics* come sostanziantesi in larga misura nella doverosa

* Questo scritto è stato pubblicato in *Giusto proc. civ.* 2018, 681-700, riproduce il testo di una lezione-conferenza tenuta presso l'Università di Parma il giorno 11 ottobre 2017. Si ringrazia il dottor Marco d'Agostini per la preziosa attività di *editing* dell'apparato di note.

¹ Per la considerazione, in analoga prospettiva, di questo come di uno dei fondamenti del rapporto di *loyalty* fra avvocato e cliente e, quindi, dell'intero contesto di legal ethics, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, cap. V, spec. 191 ss.

² G.C. HAZARD, A. DONDI, *ivi*, 55 ss., 85 ss.

³ A.T. KRONMAN, *The Law as Profession*, in D. RHODE (ed.), *Ethics in Practice – Lawyers' Roles, Responsibilities and Regulation*, Oxford-New York 2000, 29 ss.

e presupposta assenza di conflitti di interesse in capo all'avvocato, si può fare coincidere – come si è già accennato – con il progressivo formarsi di una cultura etico-professionale. È un fenomeno che, semplificando all'estremo, si manifesta piuttosto estesamente nel corso del secolo XIX e più ancora del secolo XX; e ciò soprattutto in un ordinamento processuale come quello statunitense⁴.

Invero, che questa considerazione possa avere un carattere di oggettività è del tutto contestabile; il che impone qui a chi scrive (di dichiarare *in limine* una propensione metodologica e, forse, anche culturale di fondo). Indicando l'ordinamento statunitense e la relativa cultura giuridica come il principale referente dei discorsi intorno all'etica dell'avvocatura, non si intende implicare che altrove – in altri ordinamenti e culture, giuridiche ed extra-giuridiche – sia del tutto mancata una prospettiva etico-professionale. Solo si intende segnalare come la prospettiva etico-professionale – sulla base anche di indagini svolte sempre da chi scrive – ha assunto e assume nell'ordinamento statunitense una centralità del tutto eccezionale. Circostanza questa che si verifica sia sul versante dell'etica professionale come contesto di ricerca avente autonomia dignità (come si è detto, appunto, *legal ethics*) sia con riguardo all'elaborazione di quella nozione a mezzo fra etica e procedura (per lo più procedura civile) generalmente definita come *law of lawyering* nel contesto statunitense⁵.

Quest'ultima risulta una definizione particolarmente interessante. E ciò in ragione della sua duplicità di riferimenti o inclusioni; ossia appunto per il suo essere inclusiva delle due prospettive, quella etico-professionale e quella prettamente processuale. Ma anche molto interessante questa definizione appare per un altro aspetto: la creazione di un contesto più vasto e 'ulteriore' tanto quanto alla considerazione dei problemi etico-professionali che di quelli concernenti il funzionamento del processo. Con la nozione del *law of lawyering*, infatti, si sviluppa una prospettiva del tutto speciale riguardo a entrambi questi ambiti; una prospettiva in ogni caso precipuamente centrata sul ruolo dell'avvocato come difensore tecnico nel processo e, in questo ambito, sulle sue scelte tattico-strategiche⁶.

Questa particolare attenzione al ruolo dell'avvocato nel (ossia durante il) processo e alle sue scelte in qualità di difensore tecnico risulta piuttosto chiaramente spiegabile, in ambito statunitense, con l'intera storia della formazione di quel diritto quale emanazione e potente rielaborazione del *common law of England*, nonché con la caratterizzazione di

⁴ G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, R.G. CRAMTON, G.M. COHEN, *The Law and Ethics of Lawyering*⁴, New York 2005, spec. 516 ss. (in relazione all'interazione dell'avvocato con il cliente e di come la qualità del cliente abbia progressivamente reso essenziale l'assunzione di una prospettiva etico-professionale riguardo alla considerazione dell'attività dell'avvocato, ivi inclusa quella prettamente processuale).

⁵ Nell'ambito di una letteratura sul punto ormai vastissima e altrettanto risalente si può, sintetizzando all'estremo, richiamare quanto già in una recensione, a sua volta risalente, di un'opera statunitense che intraprende una ricognizione rimasta poi storica di tali nozioni; così A. DONDI, G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering: A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*, in *Riv. dir. civ.* 1985, 554 ss. Sullo stesso tema – e nello stesso spirito di grande semplificazione – si veda ancora di recente: G.C. HAZARD, W.W. HODES, P.R. JARVIS, *The Law of Lawyering*⁴, New York 2017, *passim*.

⁶ A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*; più di recente ID., *Segreti ed etica dell'avvocatura – Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney-client privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 651 ss.

quella americana come l'economia più costantemente avanzata nel corso dei due secoli che ci precedono. Un dato che oltretutto si combina con la notoria centralità della figura dell'avvocato in quella società; all'interno della quale – quantomeno da Tocqueville in poi – è spesso del tutto manifesta la coincidenza fra la *American legal profession* e l'aristocrazia della nazione⁷. Un dato risalente di quasi due secoli e da collegare alla strutturazione del tutto particolare di quella professione legale per lo più (anche se non esclusivamente) all'interno di articolatissime organizzazioni imprenditoriali quali le *law firm* ormai da tutti conosciute anche per la loro spettacolarizzazione filmica quando non sapientemente letteraria⁸.

Un tale complesso di cose rende questa una prospettiva in origine squisitamente statunitense; ma ormai anche una prospettiva che, a seguito di studi comparatistici – me ne rendo personalmente responsabile, pur nei limiti delle mie capacità – è progressivamente diventata comune anche in ambito europeo-continentale. Oggi, in altri termini, l'attenzione ai ruoli dei soggetti operanti – con funzioni istituzionali propriamente tecniche – all'interno del contesto processuale costituisce una parte non trascurabile del dibattito concernente il funzionamento della giustizia, e specie della giustizia civile⁹. E ciò tanto da potersi affermare che anche da noi tale dibattito tende ormai a combinare in intrecci più o meno stretti il buon funzionamento del processo con aspetti di etica professionale dell'avvocatura.

È forse anche in ragione di tale combinatoria che oggi occorre rivolgere uno sguardo particolarmente attento e in qualche misura smagato rispetto alla modalità di configurazione di questioni tanto rilevanti come quelle connesse alla nozione di conflitto di interessi dell'avvocato nei confronti del proprio cliente. Il tema, per una serie di ragioni e specie con riferimento alla pratica del processo civile, sembra comportare un livello di attenzione e di cautela del tutto speciali.

Occorre anzitutto tenere conto del fatto che nel periodo di tempo fra la metà del secolo scorso e la contemporaneità attuale tale problema ha subito radicali cambiamenti. In estrema sintesi esso è stato sostanzialmente riconfigurato in particolare da due fenomeni, quali le vicende a vari livelli sconvolgenti della cosiddetta nuova economia e le esigenze di adeguamento dello strumento processuale a tali vicende. Percepita effettivamente o non – e, pertanto, anche effettivamente realizzata o non – nell'ultimo ventennio, l'esigenza di trasformare nel profondo lo strumento processuale per rispondere più adeguatamente ai conflitti originati da un panorama davvero mutato e 'nuovo' di patologie sociali ed economiche si è comunque imposta come a tutti gli effetti inevitabile¹⁰. Un auspicabile mutamento di prospettiva a fronte del quale sembra altrettanto inevitabile la constatazione che,

⁷ Per il rilievo emblematico di una valutazione espressa, come nel caso di Tocqueville, già all'epoca e da un intellettuale proveniente da altra impostazione culturale v., ad es., G.C. HAZARD, A. DONDI, cit., 281.

⁸ Per un richiamo ormai storico allo sviluppo della *law firm* statunitense, v. M. GALANTER, T. PALAY, *Tournament of Lawyers: The Transformation of The Big Law Firm*, Chicago 1991, *passim*.

⁹ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano 2015, spec. cap I.

¹⁰ Riguardo all'indicazione dell'immanenza di tali problemi da parte di un Autore che si segnala particolarmente per tale sensibilità nell'ambito della dottrina italiana si rinvia a M. TARUFFO, *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, *passim*.

come oggi gli avvocati sono altro dall'avvocatura del secondo dopoguerra, così anche si configurano in termini davvero differenti i problemi del processo civile e i relativi confini; con ciò a intendere il contesto a sua volta in trasformazione degli *standard* di comportamento dei difensori nell'esercizio della loro attività di difesa tecnica¹¹.

È un vasto e variegato fenomeno che si manifesta sul versante del rapporto tra avvocato e cliente in maniera molto profonda, ma non per questo altrettanto evidente. Tanto poco evidente in quanto sembra possibile affermare che proprio su questo versante si registra un fenomeno di incertezza del tutto corrispettivo alla generale incertezza che caratterizza l'epoca che viviamo¹². E occorre dire subito che una tale incertezza trova significativi riscontri sul *côté* processuale come pure, in ovvia correlazione, anche sul piano etico-professionale e più estesamente delle cosiddette 'etiche sociali'.

Piuttosto prevedibilmente, lo si deve riconoscere, sembra inevitabile fare consistere questo aspetto di diffusa incertezza nel dato della complessità; un dato del resto ampiamente acquisito, al punto da costituire un *commonplace* ricorrente in maniera pressoché acritica e rappresentare ormai la definizione più comune del momento presente¹³. In questo nostro *moment de la complexité*, l'aspetto in maggiore evidenza appare l'esigenza costante di tener conto a vasto raggio e contemporaneamente di una pluralità molto estesa di elementi nell'esaminare i problemi – o i singoli contesti/aggregazioni di problemi – della realtà circostante¹⁴. Si ribadisce, su questa linea certo non dovrebbe stupire l'ulteriore constatazione che in particolare il processo – il processo civile specialmente – risulti in maniera davvero emblematica uno degli ambiti più pesantemente segnati dal fenomeno della complessità. E che, di conseguenza, la nozione di complessità processuale rappresenti – ma, per meglio dire, dovrebbe rappresentare – un parametro da ritenersi ormai inevitabile anche nel considerare le varie questioni concernenti gran parte dei conflitti aventi un riscontro processuale; nella conformazione sia di controversie giudiziali sia

¹¹ Fra gli altri, ma soprattutto, G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven 1978, *passim*; ID., *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Cal. L. Rev.* 1978, 1061 ss.

¹² E. MORIN, *Connaissance, Ignorance, Mystère*, Paris 2017, *passim* (ma già significativa di quest'opera e della prospettiva di questo Autore la titolazione del primo capitolo – 2 ss. – come «*connaissance ignorante*» a significare l'inevitabile limitatezza delle conoscenze acquisibili). Sul medesimo Autore v., ad es., A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri della nozione di complessità processuale*, in A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 3 ss.

¹³ In tema di ricognizione del carattere centrale del problema della *complex litigation* nella cultura giuridica (processualistica) statunitense il segnale più risaltante nella cultura giuridica italiana è riscontrabile in A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 170 ss., *passim*; fra l'altro, al confronto con il nostro processo civile, ID., *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137 ss.

¹⁴ Posto il riferimento di base, doveroso, a E. MORIN, *La complexité humaine*, Paris 1994, *passim*, una versione anglosassone di tale percezione è emblematicizzata nel lavoro di M.C. TAYLOR, *The Moment of Complexity – Emerging Network Culture*, Chicago-London 2003, 111 ss.; con riguardo a tali problemi nella letteratura italiana, il complesso dei lavori presenti in A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit.

degli eventuali ulteriori conflitti in questo contesto, quali appunto quelli fra avvocato e cliente¹⁵.

L'utilizzazione della forma condizionale nell'inciso che precede appare particolarmente giustificata; invero, occorre constatare che si registrano profondi scarti fra le diverse culture giuridiche proprio sul versante dell'acquisizione della nozione di complessità processuale come una nozione basica del tutto indispensabile per l'analisi dei problemi attuali del processo civile¹⁶.

2. Modi di configurazione del rapporto avvocato-cliente nella recente esperienza statunitense

In realtà, proprio su questo versante ancora una volta la cultura statunitense sembra contrapporsi a praticamente tutte le altre culture giuridiche in termini di elaborazione, se non *tout court* di 'scoperta', si potrebbe affermare che è essenzialmente e pressoché esclusivamente negli Stati Uniti che, ormai da oltre un cinquantennio, si registra la compiuta acquisizione di quello della complessità come criterio sostanzialmente indispensabile per la configurazione non solo di alcuni essenziali caratteri del processo civile ma addirittura di alcuni sottosettori del *procedural law* ormai del tutto fondamentali. È qui che è stata elaborata una nozione come quella di *complex litigation* e intorno a essa si è avviato un dibattito assai profondo ed esteso, dal quale è derivato un nuovo approccio ai problemi del processo civile attestato ormai da oltre un ventennio anche dalla presenza di un'apposita manualistica espressamente riferita all'area della complessità processuale¹⁷. Ma non solo.

Dall'acquisizione di tale nozione è anche derivato altro, se si vuole di più capillarmente pervasivo della cultura del processo civile in quell'area. Si tratta della circostanza che gran parte dei problemi del processo nel contesto statunitense tendono ormai a essere inquadrati nella prospettiva della complessità¹⁸. Specie nell'ultimo decennio, è alla luce di tale nozione che sono state adottate alcune delle più interessanti soluzioni sul piano tanto delle riforme normative che delle prese di posizione giurisprudenziali (a intendere in particolare della *Supreme Court* federale)¹⁹. Ed è a un tanto significativo aggiornamento

¹⁵ Per richiami essenziali a questo genere di problemi, si veda di recente A. DONDI, *Problemi ricorrenti ed impostazione metodologica*, in A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., 17-23 ove anche un'articolata bibliografia di diritto straniero, spec., nn. 40-46.

¹⁶ A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri della nozione di complessità processuale*, in ID. (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 3 ss.

¹⁷ Il riferimento, ormai quasi ovvio, è all'esempio rappresentato da una pubblicazione quale il manuale di R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, H.M. ERICHSON, *Complex litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*⁶, St. Paul Minn. 2015, *passim*.

¹⁸ Nella dottrina italiana, per riferimenti anche di carattere cultural-giuridico di base coinvolgenti il problema degli atti introduttivi in quello più ampio della *procedural complexity*, si veda A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 434-454; ID., *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529-539.

¹⁹ Un riferimento recente quanto essenziale a questo riguardo è rappresentato da S. BURBANK, S. FARHANG, *Rights and Retrenchment – The Counterrevolution against Federal Litigation*, Cambridge-New York 2017, *passim* (recensito in Italia da A. DONDI, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 1428-1431).

di prospettiva che sembra collegarsi anche una rinnovata configurazione del problema etico-professionale, specie nello specifico del rapporto avvocato cliente.

Il contesto che si è configurato contribuisce a strutturare nel mondo statunitense un diverso ambito di valutazione delle dinamiche del processo; e ciò proprio in quanto quel 'tener conto' di cui si è detto sopra appare la direttiva da tempo imboccata nella direzione della qualificazione di ciò che concretamente rappresenta il contesto processuale con riferimento alla realtà odierna, anche con riferimento all'ambito tipico dell'attività professionale dell'avvocato nonché alla sua relazione con il cliente.

La creazione della nozione di *complex litigation*, che inizia a manifestarsi dagli anni '70 del secolo XX, rappresenta il dato emblematico della creazione di questo nuovo contesto. Un processo dal quale si dipartono varie ramificazioni, soluzioni e conseguenti ulteriori problemi. Come la manualistica statunitense illustra ampiamente e ormai in maniera del tutto abituale almeno a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, il nucleo della nozione di *complex litigation* si collega, sul piano per così dire oggettivo, all'individuazione di categorie di cause, appunto inizialmente definite come *big* e in seguito come *complex case*²⁰. Si tratta di una categoria della quale altrettanto notoriamente fanno stabilmente parte sia le controversie di cosiddetta *product liability* sia quelle – in parte rientranti in questo stesso ambito – denominate più tradizionalmente e se si vuole genericamente come *class action*²¹.

È nel contesto di questa 'nuova cultura' ed elaborazione di problemi che vengono progressivamente calate anche le questioni concernenti il *legal ethics*, o, meglio, la riforma di questo settore del diritto. Un inequivocabile riscontro di ciò è dato dalla contemporaneità del fenomeno che abbiamo segnalato con quello della creazione, intorno alla fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 del secolo scorso, di una nuova disciplina di etica professionale dell'avvocatura statunitense. Si tratta del prodotto del dibattito svoltosi all'interno della cosiddetta *Kutak Commission*, a seguito di una estesissima discussione in dottrina e nell'ambito dell'avvocatura statunitense, e corrispondente alla disciplina delle *Model Rules of Professional Conduct* del 1983²².

Tale normativa innova profondamente rispetto ai numerosi codici deontologici già presenti nella storia dell'avvocatura statunitense e configura un modello di responsabilità dell'avvocato molto articolato e tale da corrispondere in effetti alle trasformazioni in corso nel campo della pratica del processo civile, federale e statale. Non casualmente, tale disciplina – promossa dalla più estesa associazione di avvocati statunitense, l'*American Bar*

²⁰ Per un esempio di risalente individuazione di questo fenomeno nella letteratura statunitense: W.D. BRAZIL, G.C. HAZARD, P.R. RICE, *Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*, Chicago 1983, *passim*, con relativa recensione di A. DONDI, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, 814-817.

²¹ Nel contesto di una letteratura ormai davvero immensa, appare interessante in relazione a quanto nel testo l'impostazione di collegamento tra *procedural law* e *substantive law* presente in un lavoro risalente di un grande giurista statunitense: G.C. HAZARD, *The Effect of the Class Action Device upon the Substantive Law*, in 58 *F.R.D.* 1973, 299 ss.

²² Proseguendo con riferimenti, forse scontati, ma del tutto imprescindibili, si veda al riguardo l'elaborazione contenuta in G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering*, cit.; un recentissimo riscontro di questa attività di riforma e ripensamento della funzione della professione legale statunitense si rinviene in A. DONDI, *Geoffrey C. Hazard – Il maestro americano*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 548 ss.; Id., *Geoffrey C. Hazard and the Comparison, in Hastings Law J.* 2018, 101 ss.

Association – configura l'avvocato come centro di responsabilità non più circoscritte al singolo soggetto ma estese alla stessa organizzazione (*law firm*) nella quale tale soggetto è inserito per lo svolgimento della sua attività professionale²³. Inoltre, il tipo di *accountability* in capo all'avvocato (a intendere il raccordo in termini di responsabilità e fiducia fra le posizioni del cliente e del difensore tecnico) viene modellato in una prospettiva «ideologica» nuova e sostanzialmente diversa dalla *philosophy* di inquadramento tre attività dell'avvocato fino a quel momento comunemente accolta. In sintesi, da un'idea di *accountability* esclusivamente nei confronti del proprio cliente (al limite della descrizione dell'avvocato come *hired gun*) si passa a una responsabilità etico-professionale dell'avvocato (definita piuttosto suggestivamente con il termine *candor*) anche nei confronti della *court*. E ciò nel senso di una doverosa collaborazione con il giudice, da realizzarsi sulla base del recupero di un parallelo e risalente dovere spettante all'avvocato di *common law* in ragione della sua *inherent function* di *officer of the court*²⁴.

Specialmente a partire dall'ultimo trentennio del secolo XX, il recupero di tale nozione – peraltro storicamente presente in quella cultura – di una funzione 'pubblica' accanto a una funzione 'privata' dell'avvocatura sembra fornire il supporto ideologico essenziale per procedere a una vera e propria riconfigurazione del ruolo dell'avvocato come difensore tecnico nel processo. Una ridefinizione, ci si intenda bene, che tuttavia non concerne solo questo 'soggetto tecnico' del processo. Attraverso di essa si perviene infatti, per vasta reazione, a realizzare una sostanziale trasformazione anche nella visione del ruolo spettante al giudice a fronte dei mutamenti intervenuti nella realtà sociale ed economica. Il tutto all'interno di una nozione conseguentemente rinnovata anche della funzione del processo civile come strumento di risoluzione primaria dei conflitti all'interno della società statunitense²⁵.

Talché, in realtà, la trasformazione del ruolo dell'avvocato statunitense appare oggi spiegabile – in una prospettiva resa ormai storica dal trascorrere del tempo – soprattutto alla luce dell'attribuzione corrispettiva di nuovi compiti al giudice civile; compiti che giustificano la descrizione ormai ricorrente del giudice nordamericano – specie quando giudice federale – come *managerial judge*²⁶. È dall'interazione con un giudice doverosamente impegnato nella gestione rapida ed efficiente di un processo sempre più intensamente percepito come complesso (o complicabile) che si trasferiscono all'avvocato statunitense doveri che, costantemente riferibili alla gestione della sua difesa tecnica, risultano in realtà basicamente fondati su istanze etiche. Di qui uno strano – ma già da tempo ricorrentemente segnalato dall'indagine comparatistica – fenomeno di 'incrocio di influenze'. Si è in sostanza verificato che, per un verso, le norme processuali pervengono ad acquisire progressivamente un carattere etico o 'più etico' e, per altro verso, le norme etico-profes-

²³ Per un riferimento generale, ad esempio, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., spec. cap. V.

²⁴ Per un riscontro di tali problemi nella letteratura italiana, per quanto ormai risalente, A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 261-272.

²⁵ Fra i molti, per una recente disamina di questi problemi si veda, ad esempio, anche per la vasta eco nella cultura giuridica (ed extra-giuridica), S. FARHANG, *The Litigation State-Public Regulation and Private Lawsuit in the U.S.*, Princeton 2010, *passim*, recensito in Italia da A. DONDI, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 985-986.

²⁶ Così, per tutti e notoriamente, J. RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, 376 ss.

sionali o deontologiche risultano corrispettivamente sempre più, o anche, processuali; e ciò in quanto discipline caratterizzate da una notevole articolazione tecnica e riferite a precipue attività di difesa in giudizio²⁷.

All'interno di questa nuova cultura del processo e dei ruoli spettanti ai soggetti tecnici al suo interno (giudiziario e avvocatura) si pone come ovviamente e principalmente essenziale il rapporto di correttezza dell'avvocato con il giudice. Ma questa nuova cultura del *lawyering*, che si può tradurre nell'esercizio di attività di difesa fondamentalmente ispirate a una costante cooperazione con il giudice, implica anche maggiori doveri di correttezza dell'avvocato a più vasto raggio. È chiaro, in questa prospettiva, che l'avvocato è 'tenuto' a un nuovo comportamento sul piano professionale. Ad esempio, e in particolare, è tenuto a utilizzare il processo in maniera non abusiva. Ciò sotto il profilo della non moltiplicazione di attività procedurali inutili e, soprattutto, della mancata richiesta di *disclosures* (ossia, in pratica, di esibizioni) di documenti non effettivamente necessari ai fini della definizione della controversia. Si supera in tal modo l'impostazione per la quale, ove in difficoltà rispetto a istanze fondate provenienti soprattutto dall'avvocato del *defendant*, era ritenuto 'normale' per l'avvocato della parte convenuta ricorrere a pratiche come le cosiddette *fishing expedition*, corrispondenti grossomodo a istanze di esibizione casuali, estesissime e implicanti per lo più la *disclosure* di enormi masse di documenti (*bulk disclosure*) in realtà sostanzialmente inutili per la difesa dello stesso convenuto²⁸.

È grazie alla rigida applicazione delle sanzioni previste dalla *Federal rule 37* e dalle corrispettive norme delle *Model Rules of Professional Conduct* (soprattutto con riguardo alla previsione della *model rule 3.3*) che a tale modello di difesa si tende a sostituire un approccio caratterizzato complessivamente da una maggior cooperazione fra i soggetti tecnici del processo²⁹. Un nuovo approccio che comporta sia una collaborazione reciproca – inevitabile, obbligatoria o *mandatory* in quanto indotta dalla legge processuale (*Federal Rule 26(a)(1)*) – fra gli avvocati sia un doveroso *candor* nei confronti del giudice. Ciò sulla base della già richiamata *Model Rule 3.3* ma, in verità, sulla base del complesso della previsione della *Model Rule 1*; norma non solo iniziale ma invero strutturante l'intera *philosophy* di tale disciplina³⁰.

²⁷ Cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit.; e in seguito ID., *Aspetti dell'«Attorney-Client Privilege» fra «Evidence» e «Legal Ethics»*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova 1994, II, 115-142.

²⁸ Per riferimenti generali nella letteratura giuridica italiana sui temi di cui nel testo, v. A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 787-808; nonché ID., *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, cit., 261 ss.; per quanto concerne invece la grande elaborazione statunitense sul tema, sostanzialmente inevitabile appare un richiamo quale quello a S.N. SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: the Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *B. C. L. Rev.* 1998, 691-745.

²⁹ Cfr. G.C. HAZARD, *From Who No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 1665 ss. (trad. it. a cura di I. RENELLI in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 465 ss.); ma anche D. MARKOVITZ, *A Modern Legal Ethics – Adversary Advocacy in a Democratic Age*, Princeton 2008, 48, 71.

³⁰ Per un'analisi italiana dell'impatto di questa norma sul complesso della gestione della difesa civile nel processo civile statunitense, fra i primi richiami, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., *passim*. Per riferimenti ampi al dibattito statunitense in tema, si veda il complesso dei lavori contenuti in D. RHODE (ed.), *Ethics in Practice*, cit.

Da tutto ciò, nelle aspirazioni tanto della prevalente dottrina statunitense dell'ultimo decennio del XX secolo quanto del legislatore federale e della stessa *American Bar Association*, si può derivare la creazione – nell'elaborazione teorica e nell'attuazione pratica – di un modello di difesa più virtuoso. Un modello che tende invero a essere in qualche misura rigoroso e caratterizzato da un diffuso *modus tollens*, comunque da una pervasiva istanza di riduzione drastica di inutili superfetazioni difensive, e tale da sconvolgere nel profondo la tradizione di totale libertà storicamente attribuita all'avvocato americano. Ma di qui anche, e forse soprattutto, il sostanziale sconvolgimento della logica, fino ad allora del tutto *entrenched* nella cultura giuridica e dell'etica sociale statunitense, di un'univoca referenzialità etica dell'avvocato esclusivamente verso il proprio cliente in termini di *professional accountability*³¹.

3. (Segue) Le dinamiche degli eventuali conflitti nella prospettiva della riconosciuta complessità del processo civile statunitense

Si può per certo affermare che è all'interno di questo nuovo *background* culturale che nella cultura giuridica statunitense trova collocazione il problema del rapporto fra avvocato e cliente. E occorre anche aggiungere che tale interrelazione per molti versi si complica significativamente nell'ultimo trentennio, come diventa correlativamente meno 'ovvio' o pacificamente configurabile anche il problema del rapporto avvocato-cliente sotto il profilo dei reciproci doveri, interessi e [...] conflitti di interesse.

In particolare, quest'ultimo profilo dell'interrelazione fra avvocato e cliente – nonché delle relative dinamiche sul versante processuale – appare segnato da una circostanza per così dire strutturale. Essa si può essenzialmente fare consistere in quella che è ormai la configurazione del tutto prevalente della professione legale statunitense e della sua clientela; circostanza, in quanto tale, da considerarsi pertanto stabile e sostanzialmente non trasformabile nel prossimo futuro. Per un verso, infatti, nonostante la da tempo permanente crisi economica abbia indotto una qualche restrizione nei numeri del personale delle grandi *firm*, il modello della *law firm* non appare per nulla tramontato; si assiste, anzi, a un suo sostanziale consolidamento, confermato anche dalla sua massiccia esportazione al di fuori degli Stati Uniti³². Per altro verso, la stessa crisi ha corrispettivamente dato luogo – in una stretta logica di mercato – a un inevitabile fenomeno di *shrinkage* delle attività delle *law firm* americane in favore di quelle più continuativamente remunerative sul piano economico. Di qui una rigida selezione della clientela da parte delle stesse *law firm*, un fenomeno che ha intuibilmente favorito la cosiddetta 'clientela abituale', per lo più rappresentata dalle organizzazioni, nella forma di *corporation*, *holding* o altro³³.

Che il quadro da ciò derivante non risulti per nulla neutro per quanto riguarda i rapporti di fiducia o *accountability* fra avvocato e cliente appare piuttosto intuibile.

Il problema è stato da alcuni inquadrato – sulla scorta di una definizione significativamente contenuta nelle stesse *Model Rules* – nella prospettiva della cosiddetta '*organization*

³¹ G. C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., 234 ss.

³² Per un'analisi di questo genere di problemi, fra i moltissimi, si rinvia, ad esempio, ai lavori contenuti in L. EMPSON (ed.), *Managing the Modern Law Firm – New Challenges, New Perspectives*, Oxford 2007, *passim*.

³³ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., cap. 6.

as a client’; una prospettiva in tesa a sottolineare la maggiore complessità in tale contesto dei rapporti avvocato-cliente, e comunque a tenerne conto realisticamente³⁴. Il dato evidentemente concerne per lo più l’ipotesi che il cliente sia strutturato come un’impresa avente una propria e molto articolata organizzazione interna, e conseguentemente molteplici centri decisionali. Cruciale, in tale circostanza, risulta la costante emersione del problema di *‘who is in charge’*, del soggetto o del gruppo di soggetti ai quali cioè effettivamente spettino le scelte strategiche-difensive nell’ambito del rapporto avvocato-cliente³⁵. E la questione appare di particolare rilievo proprio per la configurazione dell’area del cosiddetto conflitto di interessi nel mondo statunitense, comportando, oltretutto, anche qualche essenziale *caveat*.

A differenza dell’avvocato europeo-continentale, l’avvocato statunitense, proprio in ragione del suo operare – come si è detto sopra – all’interno di imprese legali, per così dire fruisce di un’impostazione ‘finanziaria’ del tutto particolare rispetto alla sua impresa professionale. Si tratta di un’impostazione che molto tradizionalmente viene definita con la terminologia di *Cravath System*; un ‘sistema’ corrispondente alla configurazione di tutta la clientela come clientela della *law firm* e non del singolo avvocato³⁶. Questi, pertanto, non deriverà il suo sostentamento esclusivamente dal rapporto professionale con il cliente del quale specificamente si occupa.

Sembra ipotizzabile che, in ragione di tale mancata allocazione della clientela nonché della sua generalizzazione all’interno della *law firm*, l’avvocato statunitense sia in qualche misura sollevato dalla pressione vitale al mantenimento del cliente. In altri termini, appare minore in tale contesto la pressione allo ‘sfruttamento’ delle potenzialità del singolo cliente invece incombente su buona parte delle avvocature di altri ordinamenti. Conseguentemente, appare qui minore anche l’induzione a strategie di ‘mantenimento’ della controversia; ad esempio attraverso la sua ‘inevitabile’ configurazione come controversia giudiziale e la tendenziale propensione a rifiutare soluzioni stragiudiziali o comunque il perseguimento delle varie forme di possibili *settlement*³⁷.

In questo contesto oggettivamente complesso, ove al carattere già articolato dello studio legale come *law firm* si aggiunge la prevalente presenza di clienti-organizzazione, è comunque intuibile che sono varie le possibili modulazioni delle occasioni di conflitto³⁸. Questa virtuale modulazione trova del resto uno specifico riscontro proprio nella disciplina professionale delle *Model Rules of Professional Conduct*. All’interno di questa normativa è infatti prevista una disciplina molto articolata del *conflict of interest*; collocata cioè nella

³⁴ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., cap. 6, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

³⁵ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law; Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int’l L. J.* 2006, 59 ss.

³⁶ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., cap 5.

³⁷ A. DONDI, *Etica dell’avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli 2009, 546-547.

³⁸ Per un raffronto fra la realtà italiana e quella statunitense con riguardo all’organizzazione interna dell’attività professionale e per opportuni riferimenti bibliografici, ad esempio, A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale. Sfide della globalizzazione, «glocalizzazione» e adeguatezza degli standard professionali*, in *Pol. dir.* 2008, 630 ss.

Rule iniziale e ‘diluata’ in numerose previsioni, segnatamente dalla *Model Rule* 1.7 alla *Model Rule* 1.11³⁹.

In effetti, questa configurazione normativa del *conflict of interest* sembra riflettere *tout court* la profonda coscienza acquisita dalla cultura statunitense dell’articolazione oggettivamente complessa dei rapporti avvocato-cliente. A evidenziare ciò è già la duplice caratterizzazione di tale nozione, in sintesi riferibile al conflitto come contaminazione del rapporto di fiducia e al conflitto come impoverimento delle attività difensive che spetta all’avvocato mettere in atto. E occorre anche subito aggiungere che di tali aspetti la disciplina delle *Model Rules of Professional Conduct*, all’interno di un inquadramento normativo di impostazioni decisamente anglosassone, fornisce una descrizione-definizione empiricamente molto specifica delle possibili occasioni di conflitto.

In questa prospettiva risulta in qualche modo prevedibile che la disciplina delle *Model Rules* a questo riguardo comporti anzitutto (nella *Model Rule* 1.7) il riferimento a un conflitto di interessi di carattere per così dire ‘basico’, ossia nei confronti del «*current client*» che l’avvocato già rappresenta. Ed è a questo riguardo che viene prevista una generale «*prohibition against multiple representation*», sia nella forma della rappresentanza di *both sides in litigation* sia nell’ipotesi in cui l’interesse dell’avvocato possa in ogni caso interferire con la sua attività di difesa tecnica in giudizio.

All’interno di questa impostazione distintiva e molto articolata pare del tutto spiegabile che a una tale previsione si affianchino (*Model Rule* 1.8) ulteriori *specific rules* in tema di *conflict of interest*. E, in maniera appunto specifica, tali *rules* concernono varie ulteriori possibili configurazioni di conflitto di interessi. Tali ipotesi risultano caratterizzate, ad esempio, dalla presenza: di transazioni di carattere economico o commerciale fra lo stesso avvocato e il cliente; dell’accettazione da parte dello stesso avvocato di somme provenienti da soggetti terzi al fine di gestire lo svolgimento processuale della controversia senza *informed consent* nei confronti e da parte del cliente; della stipulazione di accordi escludenti responsabilità per *malpractice* in capo all’avvocato⁴⁰. Sempre in questo quadro, inoltre, anche altre previsioni appaiono del tutto coerenti con una visione tanto articolata e specifica dei vari possibili modi di configurazione del conflitto. Così è per certo con riguardo alla *Model Rule* 1.9, in tema di doveri nei confronti di precedenti clienti; norma con la quale si impedisce la difesa in giudizio di soggetti aventi «*interest [...] materially adverse to the interest of the former client unless the former client gives informed consent, confirmed in writing*». E così è anche per *Model Rule* 1.10, che prevede una effettiva estensione all’intera *law firm* della responsabilità del singolo avvocato che personalmente abbia assunto l’incarico della difesa di un certo cliente⁴¹.

4. Il problema nelle controversie complesse o di *class action* e riscontri con il quadro di riferimento italiano

Le caratteristiche dell’inquadramento strettamente normativo – in sé, come anche si dirà, già manifestante elementi di forte differenziazione rispetto a quello italiano – non co-

³⁹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., 187 ss.

⁴⁰ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., 187 ss.

⁴¹ J.L. MAUTE, *Allocation of Authority under the Model Rules of Professional Conduct*, in 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1984, 1049 ss.

stituiscono tuttavia l'unico aspetto di interesse dell'elaborazione di questi problemi nel contesto statunitense. Qui, come già rilevato, il manifestarsi e l'approfondita percezione del fenomeno delle controversie complesse nella prevalente forma di *mass tort litigation* comporta la presa d'atto di ulteriori problemi anche per quanto concerne la configurazione del tutto speciale dei possibili conflitti di interesse al loro interno. E invero ciò che ormai da tempo la dottrina statunitense rileva è soprattutto la speciale caratterizzazione del conflitto di interesse fra avvocati e clienti nel contesto di quella che ormai anche da noi costituisce la più nota categoria dei *big cases*, ossia la *class action*⁴².

a) Certo, oggi riferirsi alla *class action* come a uno strumento in assoluto efficiente e *bon à tout faire* appare largamente fuori luogo a fronte del declino di questo modello procedimentale; declino che, proprio all'interno dell'ordinamento d'origine, viene del resto da tempo segnalato come conclamato e comunque ineluttabile⁴³.

Non è comunque di tale questione, vastissima e a sua volta particolarmente complessa, che qui ci si intende occupare. Ci si limiterà solo a segnalare un aspetto delle *class action* che incrocia – in maniera per la verità molto drammatica e a sua volta emblematica della crisi di questo genere di controversie – il tema del *conflict of interest*. Si tratta della pratica difensiva del ricorso a *settlements* da parte degli avvocati della *class* e, in particolare, della *class* come *plaintiff*⁴⁴. Una pratica nell'ambito della quale si sono frequentemente manifestati – posto il contesto particolarmente arduo di questo tipo di *complex litigation*, anche in ragione dei possibili contrasti interni alla stessa *class* fra le posizioni degli *absent class members* dei cosiddetti *ordinary litigants* – cruciali conflitti di interesse fra l'avvocato e il cliente-*class*⁴⁵.

In sé e in estrema sintesi tale circostanza pare piuttosto agevolmente spiegabile. Invero, mentre il *settlement* garantisce con tutta probabilità all'avvocato un compenso rilevante (non fosse altro che per il valore molto alto di controversie nella loro interezza), una tale forma di risoluzione del conflitto rischia di risultare – come, in effetti, è spesso risultato – concretamente inutile per il singolo membro della *class*. Dal *settlement* possono in sostanza derivare risarcimenti singoli davvero irrisori; quando non addirittura ulteriori esborsi

⁴² Come esempio risalente di tale attenzione, fra i molti, D. RHODE, *Class Conflicts Class Actions*, in 34 *Stan L. Rev.* 1982, 1183 ss. Più di recente con grande ampiezza e analiticità, N.J. MOORE, *Who Should Regulate Class Action Lawyers?*, in *U. Il. L. Rev.* 2003, 1477 ss., spec. 1499-1500; M. RATNER, *Class Counsel as Litigation Funders*, in 28 *Geo Legal Ethics* 2015, 272 ss.; M. GILLES, *Class Warfare: the Disappearance of Law-Income Litigants from the Civil Docket*, in 65 *Emory L. J.* 2016, spec. 1554. Nella letteratura italiana, per limitarsi a una sola citazione all'interno di una produzione vastissima di questo Autore sui temi considerati, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, *passim*.

⁴³ R.H. KLONOFF, *The Decline of Class Action*, in 90 *Wash U. L. Rev.* 2013, 729 ss.; in una prospettiva meno apocalittica, tuttavia, Id., *Class Action in the Year 2026: a Prognosis*, in 65 *Emory L. J.* 2016, 1569 ss.

⁴⁴ C. MENKEL-MEADOW, *Ethics and Settlement in Mass Torts: When the Rules Meet the Road*, in 80 *Cornell L. Rev.* 1995, 1159 ss.; N.J. MOORE, *Who will Regulate Class Action Lawyers?*, in 44 *Loyola U. Chi. L. J.* 2012, 577 ss. (specialmente per la bibliografia in tema di *conflict of interest* riferita alle *mega firms* contenuta nella nota 4).

⁴⁵ H.M. ERICHSON, *Beyond the Class Action: Larger Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation*, in *U. C. Legal Forum* 2003, spec. 522-523; più in generale sul tema anche G.C. HAZARD, *Modeling Class Counsel*, in 81 *Neb. L. Rev.* 2003, 1397 ss.

occasionati dalla non rifusione, anche in caso di vittoria, delle spese processuali propria del modello di ripartizione delle spese vigente in quell'ordinamento (*American Rule*)⁴⁶. A fronte di un tale stato di cose appare ampiamente giustificarsi l'intervento realizzato attraverso l'adozione, con il *Class Action Fairness Act* del 2005 di una *philosophy* di più diretto controllo da parte del giudice sulle attività di *lawyering* in sede di *class action* e la previsione di un *court approval* [ora nella *Federal Rule* 23(e)] quale presupposto indispensabile per la realizzazione di accordi transattivi in sede di *class action*⁴⁷. Ed è con l'adozione di questa soluzione, e la sua combinazione con tutta una serie di articolate informazioni e possibilità di correlativo contraddittorio da parte dei *class members*, che sembra di poter dire che – proprio in un contesto di manifesta complessità processuale come quello delle *class action* – si sia realizzato forse l'esempio più effettivo di attribuzione al giudice statunitense di *management powers* della controversia civile⁴⁸.

b) Tali considerazioni potrebbero molto probabilmente costituire una premessa... se non fossero evidentemente sovrabbondanti e comunque sproporzionate al pochissimo che ora si riuscirà a dire rispetto alla configurazione italiana del conflitto di interessi tra avvocato e cliente. Riguardo a questo problema, non solo per via della questione comunque rilevante della mancanza di spazio, non resta invero che segnalare quanto esso risulti, al raffronto con il modello statunitense, molto più limitato e non centrale. Una circostanza, questa, che appare del resto ampiamente riscontrabile; tanto rispetto al dibattito dottrinale che all'assetto disciplinare nonché, più estesamente, alla percezione diffusa a livello di 'etica sociale'.

Non occorre un'estesissima e approfondita disamina per cogliere il carattere fortemente divaricato fra culture quali quella statunitense e quella italiana proprio rispetto alle questioni etiche; e specie quando tali questioni vengono riferite all'esercizio di una professione tanto caratterizzante l'assetto politico-sociale di un paese quanto la professione legale⁴⁹.

Tale scarto trova riscontro anche rispetto al problema del conflitto di interessi fra avvocato e cliente, come dimostra – sul versante disciplinare – il mero raffronto fra le due normative e la constatazione, se si vuole di ordine del tutto semantico e quasi 'letterario', della diversa articolazione e della profondamente differente specificità di inquadramento

⁴⁶ M.H. REDISH, A.D. KASTANEK, *Settlement in Class Action*, in 73 *U. C. L. Rev.* 2006, spec. 546 ss. Per uno sguardo a questo genere di problemi dalla prospettiva italiana A. DONDI, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future*, in *Foro it.* 2008, V, spec. 274-275.

⁴⁷ A.N. STEINMAN, *Kryptonite for CAFA*, in 32 *Rev. Litig.* 2013, 649 ss.; H. KERSHELL, *An Approach to Certification Issue in Multi-State Diversity Class Action in Federal Court After the Class Action Fairness Act of 2005*, in 40 *U. S. F. L. Rev.* 2006, 769 ss.

⁴⁸ Nel contesto dell'attenzione mostrata questo riguardo dalla letteratura italiana si veda, ad es., L. FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, in *Dan. resp.* 2006, I, 13 ss.; V. ANSANELLI, *Conclusione della controversia e percorsi alternativi*, in A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. 328 (anche per la bibliografia rinvenibile nelle note 107 e 108).

⁴⁹ Fra i molti, ad esempio, A. DONDI, *Etica sociale e processo civile*, in *Studi urbinati* 2001, 321 ss.; per un acuto sguardo all'organizzazione della professione legale statunitense da cui derivano considerazioni che, in sottotraccia, segnalano lo scarto di cui nel testo M.R. FERRARESE, *Law firms: diritto e dintorni. O «del mercato della legalità»*, in D.V. CERINI, F. SCARPELLI (eds.), *L'avvocato nella società contemporanea*, Torino 2015, 65 ss.

del fenomeno. Tanto nella versione di poco successiva a quella originale del nostro *Codice deontologico forense* quanto nella versione recentemente trasformata – anche sotto questo profilo – nell’anno 2014, la definizione del conflitto di interessi appare ben lontana da quella empirica specificità che si riscontra nelle *Model Rules of Professional Conduct* statunitensi. In altri termini, mancano nel modello italiano di disciplina etico-professionale dell’avvocatura (gli articoli 37 della versione originaria e 24 dell’attuale Codice deontologico forense) riferimenti precisi e comunque esemplificazioni sufficientemente strutturanti le circostanze di possibile conflitto, con riferimento sia ai clienti attuali sia nei confronti dei clienti precedenti, come invece segnatamente nelle *model rules* 1.7 e 1.8⁵⁰.

Il carattere apparentemente solo formale di questo scarto fra normative sembra in realtà avere un più profondo fondamento nelle due diverse culture di riferimento. Un fondamento da non riferire molto genericamente all’anche qui più volte evocato empirismo anglosassone ma, piuttosto, al complessivo inquadramento della funzione dell’avvocato nella società e soprattutto al suo ruolo di difensore tecnico nel processo, in particolare nel processo civile⁵¹. Come anche si è detto per spiegare il maggior rilievo del *côté* etico-professionale nel contesto della cultura giuridica statunitense, quest’ambito del diritto è diventato lì una porzione molto rilevante del diritto processuale. In questo quadro essa, analogamente al diritto processuale – in particolare il diritto processuale civile –, ha subito significative trasformazioni, specie nella forma dell’attribuzione di ulteriori più pesanti responsabilità ai soggetti tecnici del processo e della corrispettiva previsione di sanzioni in caso di mancata ottemperanza a tali ulteriori o *tout court* nuove responsabilità endo-processuali⁵². È questa complessiva responsabilizzazione che appare il vero nucleo della diversificazione qui segnalata. Nonché, forse, dell’interesse per converso suscitato in alcuni dalla realtà statunitense, come occasione di trasformazione della nostra attitudine complessiva riguardo alla *confidentiality* fra avvocato e cliente e alla necessità di attribuire all’avvocato un ruolo etico⁵³.

Il tentativo di adozione di un approccio esplicitamente sanzionatorio nel contesto della nuova disciplina di etica professionale italiana del 2014 può forse rappresentare un passaggio verso questa nuova coscienza del rilievo degli aspetti etico-professionali nella gestione delle controversie. Allo stato, tuttavia, questo appare un modo piuttosto sbrigativo e francamente troppo schematico di affrontare il problema di una maggiore serietà e responsabilità sociale – ed etica – dell’avvocatura nell’assolvere i propri compiti di difesa tecnica. Non che si intenda con ciò sostenere l’inutilità della previsione di sanzioni; anzi, al contrario. La previsione di sanzioni risulta per certo essenziale, ma la loro configurazione dovrebbe raccordarsi in maniera più manifesta e specifica ai singoli momenti processuali tipici che più o meno direttamente costituiscono il riferimento delle definizioni

⁵⁰ D. MARKOVITZ, *A Modern Legal Ethics*, cit., 27-28.

⁵¹ A. DONDI, *Problemi ricorrenti ed impostazione metodologica*, in A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., 15, 17 ss.

⁵² A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., *passim*.

⁵³ S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 1281, 1285 ss. Nello specifico dei procedimenti concernenti il diritto di famiglia F. DANOVÌ, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 588 ss.; per riscontri di questa sensibilità anche presso la magistratura L. BREGGIA, *La giustizia nel XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 715 ss.

di principio strutturanti la nostra disciplina deontologica. Ciò, tuttavia, imporrebbe una maggiore articolazione e specificazione di tali definizioni, secondo un modello di legifera-zione (tanto deontologica quanto propriamente processuale) ancora molto lontano dallo stile iper-semplificatorio caratterizzante la nostra cultura giuridica⁵⁴.

⁵⁴ Per un esempio, fra i moltissimi, delle critiche di provenienza accademica nei confronti di questa recente e del tutto inadeguata 'maniera italiana' di riforma normativa si veda, ad es., A. DONDI, *Menciones mínimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil*, in *Justicia* 2016, 33 ss.

15. PROCESSO CIVILE, *NEW TECHNOLOGIES* E IMPLICAZIONI ETICO-PROFESSIONALI*

SOMMARIO. 1. Scoperta statunitense della complessità processuale e relativi problemi sul versante epistemologico. – 2. L'attuale quadro di *legal ethics*. – 3. Riflessi deontologici dello sviluppo tecnologico recente.

1. Scoperta statunitense della complessità processuale e relativi problemi sul versante epistemologico

Che sia o non un dato del tutto scontato – e si può supporre che, forse anche con qualche buona ragione sul piano della rigorosa ricostruzione storica, altri non lo considerino tale – l'*incipit* di queste poche considerazioni si può sintetizzare nella caratterizzazione come scoperta eminentemente statunitense della nozione di complessità processuale¹. Questo presupposto di fondo si sostanzia nella circostanza che, a parere di chi scrive, si deve attribuire soprattutto alla dottrina statunitense la sua elaborazione per così dire recente, a partire grossomodo dagli anni '60 del XX secolo². A tale dottrina e cultura del processo in senso lato – a includere, ovviamente, una potente elaborazione giurisprudenziale al riguardo – spettano in effetti non solo l'individuazione di un fenomeno di grande rilievo per la giustizia civile, ma anche la presa d'atto dei numerosi problemi a esso connessi e il tentativo, per molti versi ancora in corso e solo in parte adeguatamente realizzato, di configurare soluzioni *ad hoc* per tali problemi³.

Del resto, considerando le cose dalla prospettiva attuale, risulterà per così dire a tutti evidente come la collocazione in tale area culturale delle origini del fenomeno in questione a sua volta si connetta strettamente a basiche ragioni socio-economiche. Si tratta di ragioni appunto tipicamente riconducibili ad alcune basiche e conclamate caratteristiche della società statunitense della seconda metà del '900, e tali da potersi considerare la vera occasione, causa (o, piuttosto, cause) e contesto giustificativo del fenomeno della cosiddetta *complex litigation*⁴.

Già riguardo a tale definizione potrebbe essere utile qualche precisazione in prospettiva per così dire storico-semantiche. Non è, infatti, questa la prima o originaria definizione

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 863-881. L'A. ringrazia il Dottor Filippo Noceto (dottorando di ricerca dell'Università di Genova) per la preziosa attività di assistenza all'*editing* del sintetico apparato bibliografico.

¹ Per i necessari approfondimenti su questa nozione v., anche per ampi riferimenti bibliografici, i saggi raccolti in A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, *passim*.

² A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in Id. (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 3 ss.

³ R. MARCUS, E. SHERMAN, H. ERICHSON, *Complex Litigation. Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul Minn. 2010, 484 ss.

⁴ L.S. MULLENIX, *Unfinished Symphony: The Complex Litigation Project Rests*, in 54 *Louisiana L. Rev.* 1994, 977 ss.

invalsa del fenomeno. In effetti, la sua diffusa percezione in ambito statunitense, che in quanto tale si può far risalire grossomodo ai primi anni '50 del '900, vede il ricorso ad altre definizioni; quali, fra le più descrittivamente pregnanti, quella di *mammoth case* o, più comunemente, di *big case*⁵. E appare da subito interessante rilevare che, anche nella sua iniziale percezione da parte della dottrina, la caratterizzazione di tale fenomeno non corrisponda alla presa d'atto dell'incipiente presenza di controversie di grande valore economico⁶.

Ma piuttosto che attraverso la mera constatazione dell'enormità delle somme di denaro *at stake*, l'attribuzione di un carattere di *species* sostanzialmente autonoma a quelle che in un paio di decenni diventeranno nella *vulgata* comune le *complex litigation* o i *complex case* viene realizzata attraverso l'individuazione di alcune loro ricorrenti specificità sul piano tecnico-processuale. Come ormai da tempo noto anche alla cultura giuridica italiana, questa categoria di controversie – ancorché a sua volta di tanto macroscopiche dimensioni da risultare fortemente variegata al suo interno – trova in effetti i suoi più tipici e comuni elementi di individuazione nella concreta impossibilità di gestirne i percorsi processuali attraverso i meccanismi tradizionali⁷. Un'impossibilità (o quantomeno una serie di significative difficoltà) che, molto semplificando, si manifesta in particolare su due versanti; con riguardo al funzionamento dei meccanismi del processo e con riguardo all'adeguatezza degli strumenti probatori.

Quest'ultimo aspetto è quello rispetto al quale la dottrina, ma in verità soprattutto la giurisprudenza federale, hanno riservato un'attenzione del tutto particolare e non a caso pervenuta a proporre soluzioni ormai tanto notorie da costituire un parametro di riferimento molto ricorrente anche per gran parte delle altre culture giuridiche⁸. Il riferimento del tutto prevedibile è allo *stream* di decisioni derivate e comunque riferibili alla sentenza *Daubert v. Merrell* del 1993; un *leading case* e soprattutto un vasto *case law* oggi più che altro emblematico del tentativo della cultura giuridica statunitense di affrontare il problema della selezione e della conseguente qualificazione delle conoscenze esperte nel processo civile⁹. In effetti, ciò che soprattutto rileva è che, pur scontando alcune ingenuità e propensioni tassonomiche del resto del tutto comprensibili a ridosso della fine del secolo XX, questa scelta giurisprudenziale evidenzia come tali selezione e qualificazione risultino essenziali specialmente in controversie rese complesse dalla necessità di ricorrere a saperi

⁵ S.B. BURBANK, *Problemi di complessità nella attuale pratica civilista statunitense – Una iattura o una benedizione*, in A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 43 ss.; R. MARCUS, E. SHERMAN, H. ERICHSON, *Complex Litigation*, cit., 450 ss.

⁶ A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri della nozione di complessità processuale*, in ID. (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 13 ss.

⁷ O. CHASE, *Law Culture and Ritual – Disputing Systems in Cross Cultural Context*, New York-London 2005, 47 ss.

⁸ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 219 ss.

⁹ A. DONDI, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi in Onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2006, I, 843 ss.

scientifici o tecnici segnati, in ragione della loro particolare raffinatezza, da costante evoluzione e da una intrinseca incertezza circa la loro affidabilità concreta¹⁰.

Ma, specie in prospettiva comparata, ancor più rilevanti appaiono le conseguenze derivate nella cultura giuridica e nell'assetto disciplinare statunitense dall'attribuzione al giudice di un dovere/potere di controllo selettivo riguardo all'introduzione di tali conoscenze. E ciò anche a prescindere dal riproporsi a livello normativo della soluzione originariamente adottata nella sentenza *Daubert* e successivamente rielaborata in quella *Kumho*¹¹. L'attuale rilievo di tale soluzione – grossomodo corrispondente alla previsione di un certo numero di specifici criteri di riferimento da utilizzare come *standard* di selezione e/o di ammissibilità delle *expert opinions* – è infatti soprattutto di carattere storico, in quanto indice dell'acquisizione dei risultati dell'elaborazione epistemologica della seconda metà del XX secolo da parte di una cultura giuridica di grande vivacità quale quella statunitense¹².

In effetti, l'esigenza manifestata è quella di uno sguardo critico nei confronti dell'elaborazione di opinioni concernenti eventi implicanti elaborazioni scientifico-tecniche particolarmente raffinate. È attraverso di ciò che si perviene, con l'introduzione nel dibattito statunitense della nozione di *novel science*, a una diversa prospettiva di utilizzazione della *scientific evidence*; un'acquisizione importante in quanto finalizzata a condizionare all'effettiva adeguatezza e aggiornamento il ricorso alla scienza nel processo¹³. E del resto non sembra dubitabile che il problema dell'affidabilità della scienza nel processo – comunque delle interpretazioni scientifiche fornite da esperti in questo contesto – costituisca un *par-terre* particolarmente importante anche per la considerazione di altre questioni connesse

¹⁰ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, II, 1375 ss.; L.P. COMOGLIO, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, II, 1342 ss.; A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 1133 ss.; V. ANSANELLI, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 713 ss.; ID., *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Brevi rilievi critici*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 673 ss.

¹¹ Fra i molti possibili riferimenti nella dottrina statunitense, v. D.H. KAYE, D.E. BERNSTEIN, J.L. MNOOKIN, *The New Wigmore: Expert Evidence*², New York 2010, 290 ss.; S.R. GROSS, *Substance and Form in Scientific Evidence: What Daubert Didn't Do*, in L. KRAMER (ed.), *Reforming the Civil Justice System*, New York 1996, 234 ss.; J.J. MALTESE, *Frye or Daubert: A Study of the Differences and Similarities in the Judge's Role in the Review of Scientific Evidence*, Reno 1998, 123 ss.; R.R. ROBINSON, *A Tale of Two Dauberts: The Selective Application of Scientific Scrutiny for the Admissibility of Expert Testimony*, Madison 2004, 34 ss.; D.H. KAYE, *The Dynamics of Daubert: Methodology Conclusion and FIT in Statistical and Econometric Studies*, in 87 *Val. L. Rev.* 2001, 1933 ss.; nella dottrina italiana v. V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile – Problemi e funzionalità*, Milano 2011, 21 ss.

¹² A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come expert witness testimony*, cit., 1140 ss.; J.L. MNOOKIN, *Idealizing Science and Demonizing Experts – An Intellectual History of Expert Evidence*, in 52 *Vill. L. Rev.* 2007, 763-801.

¹³ A. DONDI, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 261 ss.; V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1333 ss.; ID., *Il controllo giudiziale delle informazioni tecnico-scientifiche nel processo civile*, in AA.VV., *Problemi relativi alla prova nel processo civile*, in *Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna 2016, 71-86.

più o meno direttamente alla *scientific evidence* e al carattere *complex* delle controversie più frequentemente implicanti l'acquisizione di *scientific evidence*.

Qui, fra tali altre questioni, si intenderebbe fare riferimento proprio alle eventuali implicazioni etico-professionali connesse all'utilizzazione di conoscenze complesse in controversie a loro volta... complesse. Una prospettiva, lo si ammette, piuttosto *osé* – specie a questo livello di elaborazione – in quanto proprio l'area delle questioni di *legal ethics* non tende in genere a essere collegata o anche solo avvicinata al vasto e variegato contesto di problemi etico-professionali nel processo civile al quale si è finora pur molto superficialmente accennato. Il che rende un tale tentativo di incrocio particolarmente arduo e, quantomeno per la labilità dei parametri riferibili alla qualità della scienza utilizzata nel processo, anche prevedibilmente destinato a scarsi risultati sul piano concreto.

È un fatto che, specie nella prospettiva della cultura giuridica statunitense, risulta essersi ormai consolidato un diffuso patrimonio di conoscenze in merito alla modulazione che il *legal ethics* ha subito nell'ultimo ventennio, in particolare a séguito di una significativa riconfigurazione del panorama delle controversie civili. Di ciò si è in parte già detto accennando alla caratterizzazione di tale nuovo assetto in termini tanto di estesa complessità che di forte differenziazione reciproca fra i vari tipi di *lawsuit*¹⁴. In quest'ordinamento, la combinatoria di tali fenomeni ha in effetti indotto a vari livelli importanti trasformazioni del *legal ethics*; come è avvenuto in particolare con riguardo al regime dei rapporti avvocato-cliente e della vasta area del *conflict of interest*¹⁵.

In tale settore, le trasformazioni con più rilevanti ricadute sul versante del *legal ethics* si sono tendenzialmente collegate, come del resto si è accennato in precedenza, alla massiccia presenza di alcune categorie di controversie complesse. In altri termini, ciò è per lo più avvenuto con riferimento a *complex litigation* aventi le caratteristiche di *antitrust* o di *class action cases*. Da almeno due decenni, è in effetti specialmente in questi due contesti che si è manifestata l'esigenza di riconfigurare il rapporto avvocato-cliente; ciò in particolare nella direzione di una sua maggiore trasparenza e, soprattutto, nella prospettiva di una più salda *accountability* da parte degli avvocati in termini di perseguimento nel processo di obbiettivi effettivamente analoghi nonché del tutto sovrapponibili a quelli dei rispettivi clienti¹⁶.

Testimoniano di questa circostanza alcune trasformazioni almeno significative della disciplina appunto di *legal ethics*; ossia – per semplificare, ma anche per attenersi alla normativa più diffusamente accolta dal giudiziario federale – quella delle *Model Rules of Professional Conduct*, risalenti al 1983, ma evidentemente a più riprese riformulate – seppure settorialmente – nel corso del tempo¹⁷.

Grazie a questa normativa – che, in ambito statunitense, prevale ma coesiste con altre dello stesso genere – vengono trasformati specialmente due parametri di inquadramento del rapporto cliente avvocato e di quello degli avvocati con il giudice. Per un verso, infatti, le *rules* in questione abbandonano l'impostazione tradizionale per la quale l'interazione avvocato-cliente si concepisce come biunivoca, su di una base virtualmente

¹⁴ O. CHASE, *Law, Culture and Ritual*, cit., 47 ss.

¹⁵ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics: A Comparative Study*, Stanford 2004, 45 ss.

¹⁶ A. DONDI, *Spunti minimi in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 261 ss.

¹⁷ A.H. GARWIN (ed.), *A Legislative History: The Development of the ABA Model Rules of Professional Conduct, 1982-2013*, Chicago 2013, *passim*.

riferita a singoli soggetti. Dalla presa d'atto della configurazione della professione legale statunitense come organizzata in spesso mastodontiche *law firm* deriva un approccio che tende a considerare il rapporto professionale come esteso a organizzazioni, quelle appunto dell'impresa del diritto-*law firm* e quelle corrispondenti al modo di strutturazione a sua volta prevalente della clientela (in effetti tendente per buona parte della professione legale a corrispondere a *corporation* di vario genere)¹⁸. Per altro verso, nelle stesse *rules* l'attività dell'avvocato viene anche inglobata in una *philosophy* di fondo radicalmente diversa da quella fino a quel momento comunemente accolta. Talché si passa in buona sostanza da una *accountability* esclusivamente nei confronti del proprio (singolo) cliente a una responsabilità eticoprofessionale dell'avvocato – responsabilità suggestivamente definita con il termine *candor* – nei confronti del giudice. Di qui l'idea di una doverosa collaborazione fra avvocato e giudice; una collaborazione del resto ampiamente fondata nella cultura giuridica anglosassone e tale da recuperare la nozione di avvocato come anche implicante una *inherent function* di *officer of the court*¹⁹.

La combinazione fra il recupero di questa funzione pubblica dell'avvocato e la presa d'atto della trasformazione del suo ruolo e del suo ambito di operatività professionale si combinano ulteriormente, specie a partire dall'ultimo trentennio del secolo scorso, con la ricorrente attribuzione al giudice statunitense di una funzione ben diversa da quella tradizionale, inattiva e *umpireal*²⁰. Questa circostanza non appare per nulla da sottovalutare ove si intenda cogliere come il rapporto fra avvocato-cliente e avvocato-giudice diventi – sia ormai diventato – un contesto di necessaria cooperazione e di approfonditi scambi di informazioni. È in effetti in questo contesto che un giudice sempre più *managerial* e non più passivo tende a rapportarsi all'avvocatura in termini di controllo, formulando richieste specifiche alle quali doverosamente l'avvocato dovrà ottemperare; e ciò anche in base ai suoi doveri etico-professionali²¹.

Se in questo quadro si colloca una sorta di mega-mutazione che non consente più di applicare *standard* di qualificazione sostanzialmente ottocenteschi o al più neo-moderni all'*adversary system of litigation* americano, sembra anche inevitabile prendere atto di ulteriori e contigue mutazioni a ciò correlate; e tenerne debitamente conto in chiave comparatistica. Come altrove chi scrive ha già più volte rilevato, la seconda parte del '900 vede invero la creazione in quest'ambito culturale di una nuova cultura del processo e dei ruoli

¹⁸ M.R. DAMASKA, *Professione legale e organizzazione dello Stato*, in A. DONDI (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 57 ss., nonché i saggi contenuti nella parte terza di tale antologia, intitolata *Avvocatura e clientela*, 187 ss.

¹⁹ E.W. TIMBERLAKE, *The Lawyer as an Officer of the Court*, in 11 *Virginia Law Rev.* 1925, 263 ss. Per un riscontro di tali problemi nella letteratura italiana, per quanto ormai risalente, A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, cit., 261-272; più di recente, negli stessi termini di cui nel testo ID., *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali – Un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità*, in *Giusto proc. civ.* 2018, 681 ss.

²⁰ Ancorché risalente, risulta tuttora illuminante a riguardo quanto in M.E. FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, 1031 ss.; R.F. PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition*, in 69 *Cal. L. Rev.* 1981, 770 ss.

²¹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics. A Comparative Study*, cit., 128 ss.

spettanti ai soggetti tecnici al suo interno²². Ciò per certo, ma – in questo contesto e con particolare riguardo a quanto qui interessa – soprattutto lo svilupparsi di una nuova concezione alla quale parametrare l'attività professionale dell'avvocatura statunitense; quella generalmente denominata *lawyering* e, quantomeno in linea virtuale, corrispondente a un esercizio non neutro o addirittura smaccatamente partigiano delle attività di difesa, ma ad attività nella sostanza ispirate alla realizzazione di una costante cooperazione – e comunque a un proficuo colloquio – con il giudice²³.

È anche già stato detto come con ciò si contemperino, e da ciò derivi, un inquadramento normativo di questo genere di problemi e questioni ben più articolato che in altri ordinamenti del processo²⁴. Talché, costituisce ormai un patrimonio di conoscenze molto diffuso anche presso la nostra cultura che l'avvocato statunitense sia tenuto a tale comportamento da almeno due normative, quella corrispondente alla *Federal Rule 26* e seguenti (ma specie dalla *Rule 37*) delle *Federal Rules of Civil Procedure* e quella della *Rule 1* nonché 3.3 e seguenti delle *Model Rules of Professional Conduct*²⁵. Nel merito, non rappresenta certo una novità che numerose forme di anche gravosissime sanzioni possano essere direttamente comminate nei confronti dell'avvocato, tanto per mancata collaborazione alle *request* del giudice che per abuso del meccanismo processuale²⁶.

2. L'attuale quadro di *legal ethics*

Da noi tuttora molto meno diffusa appare la conoscenza del *côté* più propriamente etico-professionale dei problemi connessi alle mutazioni caratterizzanti la realtà del processo civile statunitense nel passaggio fra la seconda metà del secolo ventesimo e i due primi decenni dell'attuale²⁷.

È da notare come tali mutazioni concernano non solo in senso proprio o tradizionale la macchina dell'amministrazione della giustizia, ma, in maniera altrettanto diretta, la strutturazione della professione legale nonché il suo concreto *modus operandi* nel processo. È quanto ad esempio accade, principalmente a causa della crisi economica del 2009, con il diffuso fenomeno di selezione della clientela derivante dalla riduzione/*shrinkage* dell'organico di molte importanti *law firm*. E non sembra casuale che da tale fenomeno derivi – come altrove già segnalato – la necessità di sottoporre in particolare a una più rigorosa di-

²² A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi*, cit., 687 ss.

²³ Limitando a un unico riferimento e richiamo alla vastissima dottrina statunitense in tema v., di recente, G.C. HAZARD, W.W. HODES, P.R. JARVIS, *The Law of Lawyering*⁴, New York 2017, *passim*.

²⁴ Per un riscontro di ciò in una più ampia prospettiva di ripensamento dei temi considerati nel testo, possono forse risultare utili alcune sintetiche considerazioni presenti in A. DONDI, *Geoffrey C. Hazard and the Comparison*, in *Hastings L. J.* 2018, 101 ss.

²⁵ G.C. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 1665 ss.; A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, cit., 261-272.

²⁶ Nella dottrina statunitense, fra i molti, D. MARKOVITS, *A Modern Legal Ethics Adversary Advocacy in a Democratic Age*, Princeton 2008, 48, 71. Per richiami alla dottrina italiana, v. A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 787-808.

²⁷ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics. A Comparative Study*, cit., 39 ss.; G.C. HAZARD, *Law Practice and Limitations of Moral Philosophy*, in D.L. RHODE (ed.), *Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities and Regulation*, New York 2000, *passim*.

sciplina etico-professionale due cruciali declinazioni del rapporto avvocato-cliente, quali il conflitto di interesse nei confronti di *former clients* e la cosiddetta *multiple representation* (rispetto alle quali, a seguito di recenti rielaborazioni della disciplina delle *Model Rules*, risultano nette le proibizioni contenute specie nelle *rules* 1.7 e 1.9)²⁸.

Un analogo fondamentale disinteresse sembra del resto caratterizzare l'atteggiamento della cultura giuridica italiana anche a fronte dell'affacciarsi nel mondo del diritto delle cosiddette nuove tecnologie; e ciò tanto con riguardo ai suoi riflessi sul processo civile che, a maggior ragione, ai profili etico-professionali virtualmente connessi all'utilizzazione di tali nuove tecnologie²⁹. Allo stato, non resta che constatare la pressoché totale assenza di percezione di tali implicazioni e riflessi; una volta di più in netta distonia rispetto a quanto si può riscontrare nell'attuale esperienza statunitense. Per converso qui, in effetti, l'attenzione verso tali implicazioni e riflessi appare al contempo particolarmente vivace e articolata, benché in questa sede basiche ragioni di sintesi impongano di individuare tali incroci soprattutto nei problemi di *misuse* della vasta area di questi nuovi strumenti di acquisizione, elaborazione e conservazione di informazioni, conoscenze e saperi³⁰.

Del resto, sempre con riguardo all'ambito statunitense, non sembra possibile trascurare come questa nuova attenzione non sorga dal nulla, ma anzi si collochi all'interno di un movimento di riforma del processo che a tutti gli effetti, ravvivandoli e aggiornandoli, mostra di voler recuperare i principali obbiettivi con la grande riforma delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1983³¹. In altri termini, non sembra dubitabile la presenza negli emendamenti del 2015 di un pervasivo intento di riproporre e incrementare l'approccio di *managerial judging* già avviato con le precedenti riforme (come appunto quella del 1983) delle *rules* del 1938. Un intento mirato essenzialmente a rafforzare, all'interno di una generale esigenza di proporzionamento delle attività processuali al valore e alla complessità della singola controversia, l'attribuzione al giudice di tutta una serie di poteri intesi a consentirgli di operare effettivamente come un «*active architect of the litigation*»³².

In coerenza, sempre nel contesto di questa nuova (per quanto invero non sorprendentemente nuova) concezione privilegiante la drastica riduzione dei costi delle attività processuali, il giudice e gli avvocati sono soprattutto chiamati a cooperare utilizzando tutti gli strumenti utili a conoscere e a risolvere la controversia. Un obbiettivo, di fondo che, lo si ripete, viene perseguito mirando a un'utilizzazione oculata del tempo e dei costi. Tutti elementi questi che, soprattutto nei *big case*, concernono pressoché esclusivamente

²⁸ S.B. GARNER, S. BURK SPENCER, *Ethics 2.0: A Snapshot of the Revamped Rules of Professional Conduct*, in 60 *Orange County Lawyer* 2018, 22 ss.

²⁹ Per una significativa eccezione a questo riguardo v. P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova – L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino 2018, *passim*.

³⁰ Per una prima indicazione bibliografica concernente la dottrina statunitense v., di recente, KATY (YIN YEE) HO, *Defining the Contours of an Ethical Duty of Technological Competence*, in 30 *Geo. J. Legal Ethics* 2017, 853 ss.

³¹ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano 2018, 151 ss.

³² Anche per l'espressione riportata, v. M.A. RATNER, *Civil Litigation Ethics at the Time of Vanishing Trial: Restraining Lawyers from «Cases» to «Tasks»*, in 85 *Fordham L. Rev.* 2017, 2152-2153.

l'attività di *discovery*, oggi essenzialmente limitata alla cosiddetta *ediscovery*, alla produzione di enormi quantità di documenti, nonché a *deposition* costose quanto spesso inutili³³.

Si tratta, come intuibile, di aspetti che incrociano a vari livelli il ruolo dell'avvocato e il suo contesto etico di riferimento; come del resto risulta anche solo tenendo conto del modello di compenso delle sue attività. Appare invero piuttosto significativa, oltre che inevitabilmente da segnalare, specie con riferimento alle questioni che qui si affrontano, la tendenza a utilizzare il *discovery* specialmente nei *big case*³⁴. E l'utilizzazione nei *big case* di questo strumento di informazione reciproca fra le parti (oltre che fra le parti e il giudice) all'interno della controversia appare da collegare in particolare a una circostanza. È in effetti specialmente in questo contesto che, a partire almeno dalla fine dagli anni '90 del secolo scorso, si registra il diffuso ricorso al modello cosiddetto di *billable hour*; e ciò a fronte della sostanziale assenza di questo modello di compenso delle attività dell'avvocato nelle controversie minori, che vedono invece una decisa prevalenza di forme di compenso modulate *on flat o contingent fee*³⁵. Una circostanza questa a fronte della quale non sembra dubitabile o quantomeno da escludere – come del resto si è già avuto modo di segnalare in altra sede – la diffusa esistenza di occasioni, momenti o ipotesi di conflitto di interessi fra avvocato e cliente³⁶.

3. Riflessi deontologici dello sviluppo tecnologico recente

A tali già illustrate modalità di manifestazione di possibili occasioni di conflitto di interessi occorre oggi aggiungere la segnalazione di un fenomeno che, anche per risultare a sua volta molto complesso e articolato al suo interno, sembra rendere possibile l'esercizio di forme di gestione non appropriata della difesa tecnica nel processo civile statunitense. Si tratta in buona sostanza della prepotente irruzione nella quasi totalità delle relazioni sociali ed economiche di strumenti di conoscenza, di elaborazione e di conservazione delle conoscenze come quelli generalmente descritti con il termine 'nuove tecnologie'. Un'irruzione che si registra ovviamente anche nel mondo del diritto e in particolare nel processo, con inevitabili implicazioni sul piano della loro gestione in questo contesto³⁷.

In questo contesto, la questione viene grossomodo a coincidere con quella degli *standard* di corretta – o, per converso, scorretta – utilizzazione processuale delle conoscenze acquisite tramite tali tecnologie. Come si è detto, si tratta di una prospettiva piuttosto statunitense che europeo-continentale, in quanto ampiamente elaborata soprattutto da

³³ C.B. PRESTON, *Lawyers' Abuse of Technology*, in 103 *Cornell L. Rev.* 2018, 879 ss.

³⁴ Per limitare le citazioni all'elaborazione italiana di questi tipi di problemi e, ulteriormente, alle prime ricognizioni in materia v. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa. I – Il modello statunitense*, Padova 1991, 159 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., 787-808.

³⁵ Per una recente ricostruzione delle vicende nel testo solo accennate v., nella dottrina statunitense, J.A. GUTTENBERG, *Practicing Law in the Twenty-first Century in a Twentieth (Nineteenth) Century Straitjacket: Something has to Give*, in *Minch. St. L. Rev.* 2012, 415 ss.

³⁶ A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi*, cit., 692 ss.

³⁷ Per una interessante percezione strettamente tecnica di questo dato v. P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., spec. 89 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018, *passim*.

quella cultura giuridica, al punto di essersi trasformata nel tempo in un ricorrente parametro per la verifica del funzionamento del processo civile³⁸. Bisogna tuttavia aggiungere subito che le indicazioni che si possono riscontrare a questo riguardo sul versante statunitense costituiscono ormai un patrimonio di acquisizioni non trascurabili anche in prospettiva comparata. E ciò, quantomeno, posta l'incidenza del fenomeno delle nuove conoscenze anche nella pratica processuale degli ordinamenti europeocontinentali, al punto che nel momento attuale la qualificazione della corretta o non corretta gestione in sede processuale delle nuove tecnologie si può ben dire costituisca – o inizi a costituire – un aspetto centrale dello sguardo al processo civile e alla sua complessiva efficienza³⁹.

In sintesi inevitabilmente estrema, sembra in ogni caso anzitutto da rilevare come nelle ormai molto ampie elaborazioni presenti a questo riguardo sul versante statunitense venga in particolare segnalata l'agevole e quasi inevitabile 'abusabilità' in sede processuale del ricorso alle nuove tecnologie. È questa una circostanza che si sottolinea essere in qualche modo intrinseca alla stessa natura di strumenti aventi spesso limiti incerti di utilizzazione, quantomeno in ragione della loro estrema raffinatezza tecnologica oltre che della loro costante evoluzione e... liquidità⁴⁰. Ed è questo stato di incertezza e di scarsa definibilità che costituisce appunto il principale oggetto del dibattito intorno alle modalità di utilizzazione di queste nuove fonti di conoscenza nel contesto processuale. Ciò evidentemente nella prospettiva della riduzione dei margini di utilizzazione impropria⁴¹.

In effetti, in questa prospettiva non casualmente il richiamo è per lo più alla utilizzazione da parte dell'avvocato di documentazioni computerizzate, *files* o quant'altro nonché alla loro successiva elaborazione. In questa chiave, si tende a rintracciare la più frequente manifestazione processuale del ricorso alle nuove tecnologie nella realizzazione di *fishing expedition* in via elettronica. E non stupisce che correlativamente si tenda a individuare il principale problema a questo proposito nella circostanza che la ricerca, anche aspecifica (*fishing expedition* appunto), di informazioni utili alla difesa del proprio cliente attraverso *software* possa agevolmente trasformarsi in *malicious software* ovvero, come secondo la più sintetica e diffusa definizione del fenomeno, in *malware*⁴².

Su di un piano più prettamente tecnico-processuale – e ove la configurazione della controversia sia, come si è accennato, quella di un *complex case* – il riferimento è pertanto ad attività di *information gathering* evidentemente da utilizzare con finalità probatorie nonché,

³⁸ Come esempio sostanzialmente eccezionale di interesse da parte della cultura europeo-continentale del processo anche in chiave etico-professionale costituisce una citazione d'obbligo W. GRUNSKY, *Taktik im Zivilprozess*², Köln 1996, spec. 128 ss., 288 ss. Per uno sguardo generale e molto recente al complesso di questi problemi dalla prospettiva statunitense, v., ad esempio, J.J. BAKER, *Beyond the Information Age: the Duty of Technology Competence in the Algorithmic Society*, in 69 S.C. L. Rev. 2018, 557 ss.

³⁹ Per una disamina di tali problemi che tiene in seria considerazione il contesto culturale italiano, P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., 155 ss.

⁴⁰ Così, ad es., C.B. PRESTON, *Lawyers' Abuse of Technology*, cit., 879 ss.

⁴¹ Fra i molti, ad es., C.B. PRESTON, H. LAWRENCE, *Incentivizing Lawyers to Play Nice: A National Survey of Civility Standards and Options for Enforcement*, in 48 Mich. J. L. Reform 2015, 701 ss.; KATY (YIN YEE) HO, *Defining the Contours of an Ethical Duty of Technological Competence*, cit., 853 ss.

⁴² Su ciò v., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., 233 ss.

in via preventiva, oggetto di *discovery*. È specialmente a questo cruciale momento del processo civile dedicato allo scambio reciproco fra le parti di informazioni, in forma automatica o a seguito di specifiche *requests of discovery*, che la dottrina statunitense tende a connettere i principali problemi sorti in relazione all'utilizzazione delle *new technologies*⁴³.

È in ogni caso questo il principale contesto di riferimento, tanto sul piano dell'analisi delle modalità concrete di utilizzazione di tali strumenti che sul versante del loro abuso (ciò correlativamente ponendo il gravoso problema delle relative forme di contrasto). E, certo, tale circostanza una volta di più conferma l'assoluta centralità, se non il carattere assorbente e a tutti gli effetti prevalente, dell'area delle attività di *discovery* rispetto al funzionamento complessivo del processo civile all'interno di questo ordinamento. Ma, quantomeno ai fini di quanto qui propriamente interessa considerare, è specialmente l'atteggiamento professionale dell'avvocato rispetto alle molteplici implicazioni dell'utilizzazione delle conoscenze *framed* come *new media e technology* che suscita attenzione.

Si tratta invero di un'attenzione che perviene a cogliere aspetti tendenzialmente traslasciati dalle dottrine europeo-continentali, come è soprattutto il caso del rapporto avvocato-cliente. Ciò già in fase di *consulting* o, come ora si dirà, anche in fase di successiva preparazione di una controversia, stanti le attuali e del tutto particolari modalità di diffusione e di gestione della massa di notizie provenienti da attività di *social media* coinvolgenti la clientela. Di qui, intuibilmente, problemi di varia natura declinabili in varie prospettive, in termini ad esempio di *evidence gathering* collegamento con questioni di *privacy* o, per converso, di sottoponibilità a *discovery* delle conoscenze presenti nelle *platform*; problemi aventi inoltre una significativa valenza etico-professionale⁴⁴.

In coerenza con questa impostazione, il nucleo dell'attenzione sembra, in effetti, principalmente consistere nella constatazione dell'invasività in qualche modo inevitabile dei *social media* rispetto alla *privacy*; il tutto in combinatoria con l'analisi dei relativi obblighi di informazione da parte dell'avvocato verso il cliente riguardo alla loro utilizzazione cauta⁴⁵. Altrettanto coerentemente, per il riscontro di ciò in sede processuale, il riferimento più significativo appare rintracciabile nelle riforme che – dal primo decennio di questo secolo e con specifico riferimento al testo del *comment* 8 della *rule* 1.1 – concernono la normativa delle *Model Rules of Professional Conduct*⁴⁶. E al riguardo non appare per nulla trascurabile la circostanza che lo *standard* di *competence* dell'avvocato rappresenti l'oggetto principale di tale norma.

⁴³ Ancora C.B. PRESTON, H. LAWRENCE, *Incentivizing Lawyers to Play Nice: A National Survey of Civility Standards and Options for Enforcement*, cit., spec. 702 ss.; KATY (YIN YEE) HO, *Defining the Contours of an Ethical Duty of Technological Competence*, cit., 858 ss.; e nella dottrina italiana P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., 233 ss.

⁴⁴ KATY (YIN YEE) HO, *Defining the Contours of an Ethical Duty of Technological Competence*, cit., 855-859.

⁴⁵ Emblematica di questi problemi, pur nel contesto di un *bankruptcy case*, è l'ormai nota vicenda *'In re Jackson'* (2018 WL 3218097). Per alcune considerazioni a tale riguardo v. A. RADHAKANT, M. DISKIN, *How Social Media are Transforming Litigation*, in www.americanbar.org, e KATY (YIN YEE) HO, *Defining the Contours of an Ethical Duty of Technological Competence*, cit., 861-862.

⁴⁶ Per richiami di base a tale riforma, A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., cap. 3.

Rispetto al tema che qui si considera, la questione evidenziata con tale trasformazione del *comment* 8 (una norma che, secondo i nostri parametri di riferimento, si potrebbe grossomodo definire ‘di attuazione’ della *rule* iniziale della disciplina di *legal ethics*) appare a tutti gli effetti cruciale. E ciò in quanto, a implementare aggiornandolo il contenuto della previsione contenuta appunto nella *Model Rule* 1.1, in tale norma vengono individuati gli attuali parametri di riferimento della nozione di competenza professionale dell’avvocato statunitense. Una nozione che – posto l’impegno di «[...] *engage in continuing study and comply with all continuing legal education requirements to which the lawyer is subject*» – risulta ormai essenzialmente fondata sulla conoscenza dei mutamenti normativi, delle loro prassi applicative nonché, per citare ancora testualmente la *Model Rule* 1.1, dei «[...] *benefits and risks associated with relevant technology* [...]»⁴⁷. E si può dire che questa trasformazione possa essere ulteriormente consolidata dalla sempre più diffusa utilizzazione di programmi di intelligenza artificiale nella gestione delle controversie e, in particolare, nella fase di *discovery*. La complessità e, per certi versi, la sostanziale opacità degli algoritmi di tali programmi renderanno ancora più cruciale il problema della competenza informatica dell’avvocato⁴⁸.

Su questa base si collocano le ulteriori analisi della dottrina riguardo all’aspetto più propriamente pratico dell’utilizzazione dello strumento processuale ad opera degli avvocati statunitensi. La prospettiva della *practice of law* nel quadro e dei meccanismi previsti dalle *Federal Rules of Civil Procedure* e dei parametri etici previsti (e, come si vede, aggiornati) dalle *Modern Rules of Professional Conduct* vede il ruolo dell’avvocato nell’utilizzazione delle *new technologies* come centrale e – in ragione di ciò – fortemente in mutazione. La mutazione principale, come prevedibile, concerne il modo dell’utilizzazione di tali strumenti di raccolta/*storage* di conoscenze in maniera non abusiva.

Il parametro dell’*abuse of civil procedure* (o *procedural technicalities*) ritorna dunque come criterio-base di riferimento del buon funzionamento del processo, come già oltre un trentennio fa⁴⁹. Occorre anche aggiungere, come del resto qui già detto, che ciò accade in un contesto del tutto cruciale e tecnicamente caratterizzato: quello della raccolta del materiale probatorio o, con rilievo ancora maggiore, dell’acquisizione e dell’organizzazione della documentazione concernente la controversia. Riguardo a tale documentazione è quasi superfluo ribadire la sua natura, non cartacea ma a tutti gli effetti dematerializzata⁵⁰. Il riferimento è, infatti, all’archiviazione in forma virtuale di conoscenze aventi oltretutto

⁴⁷ Al riguardo, fra i molti possibili riferimenti, KATY (YIN YEE) HO, *Defining the Contours of an Ethical Duty of Technological Competence*, cit., 864.

⁴⁸ Su quest’aspetto v., di recente, l’ampia ricerca di P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., 328 ss.

⁴⁹ In tema di *procedural abuse*, nel contesto di una vastissima letteratura e per restare all’elaborazione della nostra cultura giuridica, si vedano ad esempio i lavori raccolti in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of procedural rights. Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague-Boston 1999, *passim*; e fra gli ulteriori molti possibili riferimenti A. DONDI, *Cultura dell’abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., 787 ss.; V. ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 2007, III, 1 ss.

⁵⁰ Per un riscontro di tali problemi nell’elaborazione culturale europeo-continentale più vasta e riconosciuta, un rinvio doveroso è ad esempio, anche nella traduzione e riformulazione editoriale italiana, ai lavori di E. MORIN, *Etica e identità umana*, Milano 2015, *passim*. Fra le numerosissime opere di questo A. riferite alla nuova condizione culturale di incertezza derivante appunto dalla

contenuti frequentemente molto variegati e alla loro collocazione in *remote software* non direttamente presenti su *computer*. In altri termini, un'archiviazione realizzata nella forma ormai del tutto acquisita e ricorrente di 'memorie di massa *online*', ovvero di *cloud computing*⁵¹.

Appare piuttosto agevole constatare al riguardo che il carattere di intrinseca eccessività o sovrabbondanza delle documentazioni informazioni *stored* in tal modo di per sé possa costituire una tipica occasione di abuso processuale. Come noto, specie nella fase di preparazione della controversia, proprio nel ricorso a masse di informazioni tanto richieste che devolute si è concretizzata una delle più tipiche forme di *abuse of discovery*, non a caso abitualmente catalogata come *bulk discovery* almeno dalla prima metà del secolo scorso⁵².

Oltre che virtualmente frequentissima, la situazione attuale con riguardo a simili forme di *overdiscovery* appare comunque ulteriormente complicata e segnata da possibili *technoblunder* propri dell'accumulazione e dell'automatica diffusione di informazioni in rete⁵³. Errori (*blunder*, appunto) che, all'interno di una possibile configurazione dell'attività difensiva come abusiva sotto il profilo della richiesta e della corrispettiva devoluzione di masse sovrabbondanti di informazioni, configurano anche manchevolezze sul piano del controllo di tali informazioni e della conseguente tutela dei rapporti di *confidentiality* disciplinati dalla Rule 1.6 delle *Model Rules of Professional Conduct*⁵⁴. E ciò mentre appare evidente che i rischi di tali forme di *storage in cloud* consistano nella realtà specialmente in un'accessibilità sostanzialmente illimitata, con un rischio del tutto concreto di *scanning* esterno delle relative informazioni ivi contenute⁵⁵.

Varie considerazioni potrebbero essere aggiunte e ben maggiore potrebbe essere l'approfondimento delle declinazioni che, nel contesto statunitense, sta assumendo il *côté* etico-professionale dell'utilizzazione di *new technologies* nel contesto processuale (ove cioè riferite all'esercizio della difesa tecnica in controversie complesse)⁵⁶. Per ragioni di sintesi, sembra però opportuno restringere le conclusioni al riguardo essenzialmente al rilievo di una diversa propensione culturale al raffronto con la situazione italiana attuale. Posti in altri termini i limiti intrinseci di questo lavoro, appare soprattutto da segnalare e ribadire l'evidente maggiore attenzione a questo genere di problemi in area statunitense.

Un divario di interesse e di attenzione fra le due culture giuridiche che del resto spesso accade di constatare con riferimento ai problemi del processo civile in prospettiva

organizzazione e volatile conservazione delle conoscenze si v. inoltre ID., *L'identità umana e la sfida della convivenza*, Milano 2003, *passim*.

⁵¹ Così, ad esempio, fra i molti R.H. WEBER, A.S.Y. CHEUNG, *Privacy and Legal Issues in Cloud Computing*, London 2015, *passim* (in particolare fra i lavori qui inclusi il saggio di R.H. WEBER, *Legal Safeguards for Cloud Computing*, 43 ss.).

⁵² A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.

⁵³ Così, ad es., C.B. PRESTON, *Lawyers' Abuse of Technology*, cit., 910 ss., 914 ss.

⁵⁴ A. KLINEFELTER, *When to Research is to Reveal: The Growing Threat to Attorney and Client Confidentiality from Online Tracking*, in 16 *Va. J.L. & Tech.* 2011, I, spec. 8-9.

⁵⁵ Ad es., M.E. LACKEY, *Lawyers and Social Media: The Legal Ethics of Tweeting, Facebooking and Blogging*, in 28 *Touro L. Rev.* 2012, 149, 155 ss.

⁵⁶ KATY (YIN YEE) HO, *Defining the Contours of an Ethical Duty of Technological Competence*, cit., 853 ss.

comparata⁵⁷. Un divario che qui si estende anche alla disciplina etico-professionale e alle incidenze – nel settore dell'uso delle *new technologies* particolarmente concrete – sulla gestione dell'attività di difesa tecnica. Non lo si è detto, ma è una constatazione pressoché oggettiva e agevolmente verificabile che nel nostro codice deontologico forense risulta a tutt'oggi assente qualsiasi riferimento ai problemi connessi all'utilizzazione in sede processuale delle nuove tecnologie; lacuna solo in parte colmata da alcune limitate aperture in tema di formazione continua⁵⁸.

⁵⁷ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. 5 ss.

⁵⁸ Proprio in tema di formazione continua, il regolamento 16 luglio 2014, n. 6 del Cnf, art. 2, comma 3°, pur non evocando espressamente il tema delle nuove tecnologie, include fra le attività di formazione anche l'acquisizione di nuove conoscenze e di saperi tecnico-scientifici. Per una prima applicazione a questo riguardo si v. la decisione n. 331 del 12 novembre 2016 del Cnf.

16. QUALCHE CENNO ALL'ABUSO DEL PROCESSO CIVILE CON SINTETICI RICHIAMI ALLA SINGOLARITÀ DEL DIBATTITO ITALIANO*

SOMMARIO: 1. Abuso del processo civile e raffronti comparati. – 2. *Procedural abuse* nell'elaborazione della cultura statunitense. – 3. (*Segue*) Considerazione dei caratteri tipici della nozione di *abuse* in alcune ricerche italiane. – 4. Approccio variegato al tema nella cultura italiana.

1. Abuso del processo civile e raffronti comparati

Osare la sintesi di una vicenda molto complessa e protrattasi nel tempo come quella concernente il tema dell'abuso del processo è di per sé certamente azzardato. Lo è in particolare posto che in tal modo si intende dare conto di alcuni scarti della nostra cultura giuridica rispetto all'effettiva origine e concreta configurazione di tale fenomeno. Inducono a ciò, oltre a ragioni di età dello scrivente, combinate a una connaturata incoscienza l'inevitabile perdita dei freni inibitori, ingenue esigenze di generale puntualizzazione. Un'ulteriore spinta coincide poi con l'altrettanto rilevante esigenza di non sottovalutare un parametro di valutazione dei comportamenti processuali che tuttora potrebbe – e, in realtà, dovrebbe – segnare la prospettiva di riforma del nostro processo civile.

Per andare subito al punto, riterrei essenziale segnalare un dato davvero imprescindibile ove ci si occupi di abuso del processo civile in prospettiva italiana. Si tratta della sostanziale assenza, a tutta la prima metà del XX secolo, di un'originale e comunque autoctona percezione di uso improprio – e pertanto come si dirà intrinsecamente abusivo – dello strumento processuale¹. Non trascurabile su vari piani, tale circostanza appare soprattutto rilevante su due versanti; ossia, al raffronto con il dato comparatistico e anche con la potente elaborazione teorica che – anche nella percezione di altre culture del processo – ha consentito di definire come 'scuola italiana' la nostra dottrina del primo cinquantennio del secolo scorso.

Rispetto a entrambi questi versanti si registra in effetti una carenza – o, come si è detto, uno scarto – rispetto all'elaborazione di una nozione 'compiuta' di abuso, come pure rispetto all'individuazione nell'abuso di una prospettiva meritevole di considerazione al

* Questo scritto è stato pubblicato in *Giusto proc. civ.* 2021, 1-14, e riproduce (con l'aggiunta di un limitato apparato di note, per il cui *editing* si ringrazia Ludovica De Barbieri, dottoranda di ricerca nell'Università di Genova) il testo della relazione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura nel contesto del seminario dell'11 novembre 2020 dal titolo *L'abuso del processo nella giustizia civile e nella giustizia penale – Inquadramento teorico e profili pratici*.

¹ Con l'ovvia, singolare e a tutti gli effetti notevole eccezione dello studio di De Stefano appunto dedicato a tale nozione, G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 582 (ove si veda, spec. per una definizione del concetto di 'processo abusivo', quanto a 593 ss.); nonché con l'altrettanto ovvia eccezione di alcuni studi civilistici quali, ad esempio, in precedenza, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria di abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 18; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 205; e successivamente, S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1987, I, 1.

fine della riforma del processo civile. Tutto ciò costituisce per così dire lo specifico del *modus* italiano di approcciare il problema che si considera. Ed è a ciò che si tenterà di fare riferimento qui di seguito tentando di accennare, per un verso, ai casi di eccezionale manifestazione di interesse per il tema nonché, per altro verso e per quanto molto *en passant*, a quello che ormai da circa un trentennio sembra essersi consolidato come il nostro *modus* di approcciarlo.

A questo proposito, occorre subito segnalare una circostanza particolarmente emblematica della vicenda dell'abuso nel contesto generale dell'evoluzione della cultura del processo civile nel corso del secolo XX. Una circostanza che si può fare consistere nell'elaborazione realizzata appunto a questo proposito dalla dottrina statunitense, in un periodo che rimonta all'incirca all'ultimo cinquantennio del secolo XX².

È in effetti all'interno di tale cultura che, anche a seguito di altri e circostanti eventi ai quali faremo qui qualche rapido cenno, si sviluppa un'elaborazione del tutto singolare e senz'altro più approfondita che altrove della nozione di *procedural abuse*. Occorre anche subito aggiungere che invero si tratta di un'elaborazione la cui particolarità consiste nel suo specifico oggetto prevalente; ossia nella circostanza per la quale di *abuse* ci si occupa e si dibatte essenzialmente nella sua accezione di *abuse of discovery*.

Non pare esagerato affermare che quello del *discovery* costituisce uno dei temi centrali della cultura processualistica del '900. E ciò non fosse altro perché, ancorché del tutto radicato nella elaborazione e nel dibattito statunitensi, le questioni coinvolte in questo tema hanno costituito un referente anche per altre culture del processo, al punto di rappresentare un significativo parametro per la realizzazione di interventi effettivamente riformatori del meccanismo processuale. In quanto appunto parametrata sulla efficiente gestione del meccanismo di *discovery*, la direzione di una seria prospettiva riformatrice ha in effetti segnato non solo l'ordinamento statunitense ma – talvolta in prospettiva virtuale, talvolta attraverso concrete trasformazioni normative – anche ordinamenti di diversa collocazione secondo gli standard tradizionali e segnatamente ordinamenti di cosiddetto *civil law*.

Ma soprattutto rileva che, come si diceva, questa centralità del *discovery* diventa ancora più netta in relazione al problema dell'abuso. Ciò al punto di poter affermare che si realizza una sostanziale sovrapposizione ed effettiva commistione dei problemi di funzionamento del *discovery* e dei problemi evidenziati dall'assunzione della prospettiva di utilizzazione abusiva del meccanismo processuale come *abuse of discovery*. In effetti, pur non essendo del tutto esaustiva una tale sovrapposizione e commistione, attraverso di essa si perviene quantomeno a cogliere questioni essenziali concernenti il modello del processo civile federale statunitense. E ciò in particolare con riguardo ad alcuni fondamentali aspetti di carenza della disciplina originaria delle *Federal Rules Of Civil Procedure* del 1938, nonché delle sue modalità di utilizzazione proprio con riferimento alla *machinery of discovery*.

² Così, ad esempio, in una sequela di autocitazioni delle quali fin d'ora mi scuso, A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 787-808; ma già, in larga precedenza, come anche si dirà più oltre nelle note successive, ID., *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 177 e *passim*; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*; ID., voce *Abuso del processo civile*, *Enc. dir., Annali*, Milano 2010, III, 10; sul punto anche V. ANSANELLI, voce *Abuso del processo civile*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino 2008, I, 1 ss.

2. *Procedural abuse* nell'elaborazione della cultura statunitense

A quanto finora accennato si può forse aggiungere il rilievo che, come del resto ormai notorio, specie a partire dalla fine degli anni '50 del secolo XX, nella *civil practice* statunitense inizia a manifestarsi una duplice serie di problemi. Il primo di essi si può fare consistere nell'uso del *discovery* come strumento di esercizio della difesa ad opera dell'avvocatura con funzione meramente strategica; il secondo nella progressiva configurazione del contesto di precipuo uso del meccanismo di *discovery* nelle controversie dapprima definite *big* e successivamente e stabilmente qualificate come *complex case* e/o *complex litigation*³.

È con riguardo in particolare al primo degli aspetti ora segnalati che la cultura statunitense realizza una rielaborazione davvero cruciale dei parametri teorici del modello processuale. Dottrina e giurisprudenza pervengono infatti a cogliere l'inadeguatezza, rispetto alle esigenze di funzionamento del meccanismo processuale federale all'interno di una società sempre più *litigious*, del mantenimento di una prospettiva rigorosamente *adversarial* implicante tanto una totale libertà dell'avvocato nella gestione del processo quanto una corrispettiva 'immobilità' del giudice a questo rispetto⁴.

La necessità di superare questa duplice *impasse* in effetti condurrà, specie nell'ultimo trentennio del secolo scorso, a un radicale ripensamento di tali parametri. Ciò nel segno di una diversa configurazione del ruolo del giudice, da *umpireal* a quella che dall'inizio degli anni '80 si tenderà a sintetizzare nell'espressione/nozione di *managerial judge*⁵. E ciò anche nel segno di un correlativo mutamento del ruolo generalmente attribuito all'avvocato. Il tutto attraverso la sottoposizione dell'avvocato, nell'espletamento delle sue attività di difesa tecnica nel processo, a un controllo combinato del giudice stesso e di rinnovate disposizioni normative, tanto di carattere propriamente processuale quanto di carattere etico-professionale.

Procedendo per semplificazioni davvero estreme, ci si limita qui a segnalare un'ulteriore – e per molti versi inevitabile – evoluzione di questa articolata combinazione di trasformazione filosofico-ideologica del modo di pensare alla funzione del processo e al ruolo giocato al suo interno dai soggetti tecnici (il riferimento è ovviamente ad avvocatura e giudiziario). Si tratta della nuova concezione che fra gli anni '80 e '90 del '900 tende a svilupparsi riguardo alla funzione del *discovery* come attività di chiarificazione dell'oggetto della controversia attraverso lo scambio reciproco di informazioni fra le parti. Una nuova visione corrispondente alla definizione – allora molto in voga – di *specific* o *limited discovery* che soppianta la concezione fino ad allora ricorrente del *discovery* come *liberal* o

³ Il tema di *procedural complexity* è, ad esempio, esaminato nei lavori facenti parte dell'antologia A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, *passim*.

⁴ Per una citazione più che storica in materia, si v. J.K. LIEBERMAN, *The Litigious Society*, New York 1981, *passim*; per un'ulteriore discussione di questo tipo di problemi si v. fra i molti, e di recente, S.B. BURBANK, S. FARHANG, *Rights and Retrenchment – The Counterrevolution Against Federal Litigation*, Cambridge 2017, *passim*.

⁵ Per un riferimento ormai istituzionale a tale proposito si v. J. RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, 374; per una discussione italiana di questi temi, ad esempio, nella vastissima produzione di questo Autore, v. M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 63; ulteriori riferimenti bibliografici in materia in A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161-174 (con richiami anche nelle altre opere già citate dello stesso).

broad discovery (utilizzabile cioè anche attraverso la formulazione virtualmente illimitata di *discovery request*)⁶.

È, per concludere sul punto e ricondurci al problema dell'abuso, in questo nuovo approccio che si sostanzia un effettivo contrasto alle attività abusive; un contrasto anche fondato sulla radicale trasformazione della disciplina del *discovery* che ha luogo a partire dal 1983 e confermata successivamente attraverso vari interventi di riforma. Obiettivo di tale *policy* di contrasto diventano infatti ben presto le tipiche attività abusive del *discovery*. Il riferimento ormai notorio è a *discovery request* inconsistenti e solo finalizzate al dilungamento dei tempi del processo (le cosiddette *fishing expedition*), nonché a specifiche modalità abusive, quali tipicamente la cosiddetta *bulk discovery* ossia la fornitura indistinta di massicce informazioni all'interno delle quali difficilmente risulta possibile individuare il documento effettivamente utile al richiedente⁷.

A rendere molto difficile nell'attuale disciplina del *discovery* l'attività di abuso è anzitutto la previsione di obblighi di *automatic disclosure* in capo alle parti (obblighi molto estesi *ex Rule 26 (a)1* e addirittura inclusivi di specifici *written report* concernenti la richiesta di opinioni esperte). Ma a ciò concorre anche la previsione di incontri tra parti e giudice (*discovery conference*) finalizzati alla programmazione/timing delle relative attività; un *discovery planning* inteso anche alla rigorosa eliminazione di qualsiasi richiesta generica o superflua ai fini della chiarificazione rapida dell'oggetto della controversia⁸. Occorre infine aggiungere – e sottolinearlo al fine di quanto si dirà fra poco in una prospettiva di raffronto fra quel modello e il nostro – che il meccanismo che ne risulta è oltretutto provvisto per così dire da sempre, ossia fin dalla versione originaria delle *Federal Rules*, di una norma di chiusura corrispondente alla *Rule 37*; norma che dispone un'ampia serie di sanzioni, anche eventualmente configurabili *ad hoc* dal giudice in caso di *Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery*⁹.

⁶ Una perspicua sintesi di questi problemi da parte del massimo processualista statunitense della seconda metà del secolo XX si può rinvenire in G.C. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Texas L. Rev.* 1998, 1665; un'analisi di questi temi sullo sfondo di una comparazione con gli assetti processuali europeo-continentali è presente in G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L. J.* 2006, 59-70 (ora anche in trad. it. di L. DE BARBIERI in *Riv. crit. dir. priv.* 2020, 323-338).

⁷ Di recente al riguardo si v. A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali. Un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità*, in *Giusto proc. civ.* 2018, 681, spec. 691.

⁸ Nella letteratura italiana, per una ricognizione generale di questi problemi provvista di un'aggiornata bibliografia, si v. A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano 2018, 163 (e *passim*).

⁹ Limitandoci a richiamare, fra le ormai numerose, la prima estesa analisi di questa disciplina in ambito italiano, si v. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 166.

3. (*Segue*) Considerazione dei caratteri tipici della nozione di *abuse* in alcune ricerche italiane

Questi pochi dati, ormai risaputi anche presso di noi, sono stati qui richiamati *pour cause* al fine di puntualizzare alcuni aspetti di quella che si potrebbe definire la nostra cultura dell'abuso. Costituisce in effetti una circostanza del tutto caratteristica di questa cultura che oggi si possa dare per scontata una qualche conoscenza dell'elaborazione statunitense della concezione di *abuse of procedural rights* essenzialmente in termini di *abuse of discovery*. Un fatto, questo, che può tuttavia necessitare di qualche considerazione aggiuntiva riguardo all'origine e ai limiti di tale acquisizione cognitiva presso la nostra cultura del processo civile.

Salvo pur significative ma sporadiche manifestazioni precedenti, si ritiene di poter far risalire un interessamento meno occasionale da parte della cultura italiana del processo verso il fenomeno dell'abuso alla seconda metà degli anni '80 del secolo XX. Il che avviene attraverso l'incrocio con il fenomeno dell'*abuse of discovery* all'interno di indagini concernenti la raccolta di informazioni e la preparazione del processo nell'ordinamento statunitense. Un interesse, per quanto oggi ormai risalente, da considerarsi pertanto relativamente recente.

La circostanza in altri termini concerne l'attenzione di alcune ricerche italiane dell'epoca verso l'aspirazione della cultura giuridica statunitense alla trasformazione del processo secondo parametri di buon funzionamento e, come sopra accennato, la caratterizzazione prevalente di questo indirizzo evolutivo come contrasto nei confronti dell'uso improprio (*alias* abusivo) del meccanismo processuale¹⁰.

Non stupisce, anche a distanza di molti anni, che a questa prospettiva di considerazione in chiave comparatistica del fenomeno dell'abuso venga riservata una sostanziale marginalizzazione. Un dato del resto 'giustificato', specie nell'ambito degli studi processualciviltistici, dalla tradizionale svalutazione in Italia dell'approccio comparatistico; e che persiste nel tempo nonostante il successivo frequente ricorrere di studi in vario modo riferiti al tema che qui consideriamo.

Chi scrive intende in ogni caso prendere qui posizione in favore della valorizzazione di questa derivazione dall'esperienza statunitense del tema dell'abuso in quanto utilizzazione impropria del meccanismo processuale, come *abuse of civil proceedings*¹¹. Questa opzione non si deve intendere come la difesa dei risultati di indagini comparatistiche risalenti, ma come l'attribuzione al fenomeno dell'abuso di un'accezione essenzialmente operativa;

¹⁰ Così, per un interessante sguardo all'approccio della cultura statunitense all'interno di un discorso coinvolgente altre culture giuridiche si v. fra i molti lavori di questo A. in materia L.P. COMOGLIO, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 702; segnatamente sul punto indicato nel testo si v. inoltre A. DONDI, *Effettività*, 181; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa I, Il modello statunitense*, cit., 124 (e *passim*).

¹¹ Questo tipo di inquadramento trova, ad esempio, emblematico riscontro in molti dei lavori raccolti in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague-London-Boston 1999, ove in particolare si vedano G.C. HAZARD, *Abuse of Procedural Rights, Regional Report for the United States*, ivi, 43; R.L. MARCUS, *Retooling American Discovery for the 21st Century: Towards A New World Order?*, ivi, 281; M. TARUFFO, *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, ivi, 3; J. NORMAND, *Final Report: The Two Approaches to the Abuse of Procedural Rights*, ivi, 233.

in quanto cioè fenomeno nella sostanza corrispondente alla concreta adozione di precise scelte strategico-difensive nel corso del processo¹².

È dunque nella prospettiva di questa accezione di uso dei meccanismi del processo civile con finalità distorte rispetto a quelle originariamente previste dal legislatore che, intorno all'ultimo decennio del XX secolo, si realizza in Italia la 'scoperta' del problema dell'abuso; una derivazione statunitense del resto inequivocabilmente segnalata in alcuni scritti di quel periodo. Al riguardo appare anche interessante notare la collocazione di tali scritti; e ciò non solo in riviste propriamente processualistiche ma anche in pubblicazioni *ad hoc*. Qui il *côté* processuale si rapporta, in una condizione decisamente minoritaria, alla più ampia e risalente elaborazione realizzata in materia di abuso del diritto dalla nostra dottrina sostanzialistica; e ciò, come noto, sulla scorta di suggestioni di prevalente provenienza francese e tedesca. Una derivazione della nostra elaborazione sostanzialistica dalle nozioni di *Missbrauch* e di un *abus du droit* risalenti alla fine del secolo XIX che invero, e quantomeno per banali ragioni di corrispettività, renderebbe in qualche misura giustificata la derivazione dalle sollecitazioni di provenienza statunitense anche dell'interesse per il tema dell'abuso del processo civile¹³.

Ma, a parte questo dato di provenienza e caratterizzazione, altro si deve comunque aggiungere rispetto più specificamente ai caratteri di tale modulazione degli studi italiani su questo tema; e in particolare riguardo al loro muoversi in due direzioni apparentemente distinte. Tali direzioni corrispondono, per un verso, all'analisi – spesso molto approfondita sul piano teorico – dei limiti di individuabilità e consistenza dell'abuso¹⁴. Ma anche, per altro verso, all'attenzione riservata a un dato tipico dell'approccio statunitense al fenomeno del *procedural abuse*; ossia, il suo avere come referente del tutto prevalente lo svolgimento delle attività di difesa tecnica in giudizio da parte dell'avvocato¹⁵.

Che il riferimento alla figura e alle attività dell'avvocato costituisca a tutti gli effetti uno specifico dell'approccio statunitense al tema dell'abuso assume del resto, nell'ambito di quest'ultimo indirizzo di indagine, particolare rilievo anche ad altro fine. Questa circostanza consente invero di evidenziare come la prevalente attribuzione all'avvocato dell'effettiva responsabilità per la messa in atto di attività abusive rappresenti anche il presupposto di base per l'individuazione nell'avvocato del soggetto al quale riferire – per

¹² In questo senso v., ad esempio, G.C. HAZARD, *Abuse of Procedural Rights*, cit.; R.L. MARCUS, *Retooling American Discovery for the 21st Century*, cit.

¹³ Per un'analisi di tali aspetti risalente al periodo indicato nel testo si v. A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Il diritto privato 1997 – III, L'abuso del diritto*, Padova 1997, 459, spec. 460-466; sempre per un'illustrazione della derivazione dal dibattito sostanzialistico di molti dei problemi concernenti l'inquadramento dell'abuso in prospettiva europea e italiana, ID., *Abuse of Procedural Rights – Regional Report for Italy and France*, in M. TARUFFO (ed.) *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, cit., 109-124.

¹⁴ Così, soprattutto, M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Il diritto privato 1997 – III L'abuso del diritto*, Padova 1997, 435; su questi problemi anche altri lavori di questo A., fra i quali, ID., *L'abuso del processo. Profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 117; ID., *Tre divagazioni intorno alla verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 133.

¹⁵ In questo senso v., ad esempio, A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, cit.

quanto non in via esclusiva – le eventuali sanzioni conseguenti a tali attività¹⁶. Una particolarità questa del tutto assoluta dell'ordinamento statunitense, in quanto significativamente assente nelle altre configurazioni del tema dell'abuso (oltretutto non riscontrabile altrove anche per la quasi drammatica severità delle sanzioni, posta – per non fare che un esempio – la loro possibile estensione al *disbarment* dell'avvocato)¹⁷.

Pur *en passant* si deve notare come si manifesti qui un elemento combinantesi anche con altri aspetti della modulazione del ruolo dell'avvocato nonché, più o meno direttamente, *per relationem* anche del giudice nell'ambito del processo. Non casualmente, infatti, negli studi italiani in materia viene particolarmente sottolineato come, anche a causa di questa stretta referenzialità con il ruolo strategico dell'avvocato, nella cultura giuridica statunitense quello dell'abuso diventi quasi inevitabilmente un tema di strettissima contiguità con la cultura di *legal ethics* e la relativa disciplina etico-professionale. Il che, come dimostra in particolare la disciplina delle *Model Rules of Professional Conduct*, trova riscontro anche sul piano delle significative analogie esistenti sul piano delle conseguenze sanzionatorie¹⁸.

Ma occorre anche aggiungere quantomeno il riferimento a un ulteriore aspetto caratteristico dell'*abuse*, pure segnalato nei nostri studi comparatistici in materia. Esso corrisponde alla presa d'atto di un problema, o piuttosto di una prospettiva e di una serie di conseguenti questioni combinate, che negli ultimi anni del secolo XX impegna particolarmente la dottrina statunitense. Si tratta – come già accennato in precedenza – del dibattito che si svolge intorno all'esigenza di pervenire al superamento di una visione univoca della nozione di controversia civile. Anche questo passaggio verso la diversificazione della categoria del *civil lawsuit* in varie tipologie di controversie risulta strettamente collegato al fenomeno dell'*abuse*.

In effetti, nel contesto dell'evoluzione che caratterizza nella seconda parte del '900 la cultura processualistica statunitense, si registra anche una correlativa rimodulazione dei parametri di inquadramento delle attività qualificabili come *abuse of civil proceedings*; il che accade in particolare attraverso la loro prevalente collocazione nell'ambito della vasta (e peraltro anche molto variegata) categoria di controversie denominata *complex case*¹⁹. Risulta, del resto, per molti versi duplice e circolare la spiegazione del concentrarsi in questo ambito delle attività intese a un uso improprio degli strumenti forniti dall'ordinamento per lo svolgimento della controversia. Una spiegazione per così dire tutta economica, posta la collocazione essenzialmente in fase di preparazione-*discovery* di tali attività abu-

¹⁶ Sul tema v., ancora, A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 125; ID., *Etica dell'avvocatura – Strategie difensive, conflitti di interessi e abuso del processo*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli 2009, I, 543.

¹⁷ Per una generale discussione di questi problemi anche riguardo alla sottoposizione dell'avvocato a responsabilità molto più incisive rispetto agli altri ordinamenti, si v. i lavori raccolti in A. DONDI (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti d'America*, Bologna 1993; su tali questioni anche A. DONDI, V. ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del gusto processo*, in *Pol. dir.* 2007, 122.

¹⁸ Sul tema, in una vasta letteratura specie statunitense, oltre alle citazioni sopra effettuate, si v. ampiamente G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, Stanford 2004 (trad. it., 2006), *passim*; nella letteratura italiana al riguardo si rinvia nel complesso al capitolo VI di A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 231.

¹⁹ Sul punto si v. ancora A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali. Un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità*, cit., spec. 691.

sive e, in connessione, la concreta utilizzazione quasi esclusivamente nelle controversie di grande valore economico del *discovery* per via appunto dei costi estremamente onerosi di funzionamento della relativa *machinery*; e ciò con pesanti implicazioni anche sotto il profilo delle relative spese di difesa²⁰.

4. Approccio variegato al tema nella cultura italiana

Nella posizione sopra descritta non c'è, sia chiaro, alcuna pretesa di rappresentazione in qualche modo esaustiva dell'approccio della nostra cultura rispetto al tema dell'abuso del processo civile. Non potrebbe del resto essere altrimenti, vista la sorprendente vivacità di interesse registratasi a questo riguardo nel corso dell'ultimo ventennio. Una sorta di polarità del tema – comunque attestata da una oggettivamente innegabile accumulazione di studi in materia – alla quale almeno qualche cenno si impone. Poca cosa in ogni caso e (lasciando senz'altro a più giovani menti analisi esaustive dell'assetto ormai piuttosto articolato degli studi in materia) solo per segnalare, a chiusura di queste minime considerazioni, alcune basiche differenziazioni di approccio.

In questa ridotta prospettiva, un dato sembra soprattutto da evidenziare. Esso consiste in un almeno scarso dialogo fra le sopraindicate istanze e questioni segnalate negli studi influenzati dall'analisi dell'*abuse of civil proceeding* (o *abuse of discovery*) statunitense e le di poco o di molto successive elaborazioni italiane in tema di abuso. Un fenomeno che, pur non strutturandosi come il segno di un vero e proprio *Apartheid* culturale, configura una sorta di parallelismo scientifico del quale appare inevitabile e comunque piuttosto interessante prendere atto. Ciò come indice delle prospettive culturali prevalentemente adottate nel nostro più recente revival di studi in materia di abuso del processo civile.

Nelle numerose e pur notevoli ricerche in materia di abuso che per così dire si collocano 'al di là' della posizione sopra illustrata (e caratterizzata come una sorta di riscoperta del tema in alcuni studi comparatistici fra gli anni '80 e '90 del secolo scorso) la presenza di un *background* di riferimento risulta invero del tutto strutturante e significativa. Sembrano abbastanza agevolmente rintracciabili nella imponente elaborazione concettuale che ha reso famosa come 'scuola italiana' la nostra cultura del processo civile della prima metà del ventesimo secolo i parametri di riferimento di tale impostazione. Un'impostazione grossomodo catalogabile come ispirata all'inquadramento delle questioni concernenti il processo essenzialmente tramite principi, con la loro ulteriore declinazione secondo i parametri concettualistici e dogmatici appunto propri della cosiddetta scuola italiana del processo civile²¹. In un quadro di sostanziale continuità con tale indubbiamente alta tradizione che si ritiene possano essere complessivamente collocati i più recenti studi italiani in tema di abuso del processo civile²². Una circostanza questa alla quale qui, non fosse

²⁰ Una ricognizione di questi problemi nella letteratura italiana è presente in A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., al quale si rinvia anche per un consistente apparato bibliografico, spec. 71.

²¹ Su tali questioni si rinvia, ad esempio a A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, Milano 2013, 130.

²² Si v. F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo – I. Presupposti storici, Il Diritto positivo*, Padova 2000, *passim*; ID., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 874; G. NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma 2005, *passim*; V. FERRARI, *Etica del processo: profili*

che per ragioni di spazio, verrà riservata solo qualche sintetica considerazione in chiave conclusiva. E ciò essenzialmente per segnalare – lo si ammette un po' *at random* – alcune caratteristiche di questo approccio al raffronto con l'approccio al quale ci si è riferiti sopra come occasionato dalla comparazione con le soluzioni apprestate nel modello statunitense riguardo al problema del cosiddetto *procedural abuse*.

In questa ristretta prospettiva, si possono limitare a tre i principali aspetti differenzianti. E farli consistere: nella tendenziale riconduzione dell'inquadramento del tema in questione al dato normativo esistente, un suo collegamento blando all'esercizio delle attività di difesa tecnica dell'avvocato e in ogni caso al suo ruolo nonché, in collegamento appunto con le responsabilità dell'avvocato a questo riguardo, nell'almeno scarso rilievo attribuito al dato sanzionatorio e al coinvolgimento effettivo del profilo etico-professionale (normativa relativa inclusa).

Un contesto caratterizzato inoltre, forse al fine di assestare parametri di riferimento comuni e tipicamente predefiniti, dal più che abituale coinvolgimento di riferimenti istituzionali al dato normativo²³. Tutto ciò anche attraverso il richiamo anche a norme o prive di concreta funzionalità (come l'art. 88 c.p.c.) o di non strettissima coincidenza con le attività di abuso (come l'art. 96 c.p.c.)²⁴. Il tutto con la sola e altrettanto iterata eccezione del riferimento alla parcellizzazione strategica degli atti (catalogata anche come 'frazionamento'), peraltro esclusivamente riferita alla domanda. Il che impone, per converso, di segnalare l'assoluto oblio del problema nel quale viene invece collocata la maggioranza delle attività di *abuse* in area statunitense; quello della mancata collaborazione ad attività di raccolta e selezione del materiale probatorio su ordine del giudice come da noi previste dalla significativamente mai riformata disciplina dell'art. 210 e seguenti c.p.c. Questo tema, implicante un'estensione della nozione di collaborazione ai doveri di comportamento eticamente appropriato in sede processuale (in quanto per lo meno veritiero e non indebitamente estensivo dei tempi di svolgimento delle attività di chiarificazione

generali, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 471; M. FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 593; ID., *L'abuso dell'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 1456; sul *côté* penalistico, fra i molti, in un dibattito avente peraltro ramificazioni molto diversificate da quello processualciviltistico, si v. E. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano 2004, *passim*.

²³ Fra i molti si segnalano, anche per l'ampiezza e l'approfondimento di questi temi grossomodo nella prospettiva indicata nel testo, M. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 196; più ampiamente, ID., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano 2004, *passim*; ID., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano 2012, 27; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1450; ma già in precedenza, ID., *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 91; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.* 2016, 23; per ulteriori e interessanti considerazioni si v. inoltre G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 1085.

²⁴ Per un richiamo ormai risalente a tali riferimenti si v. ancora A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Il diritto privato 1997 – III L'abuso del diritto*, cit., 468-470 (per richiami al quadro italiano di riferimento di cui nel testo) e 476-479 (con riguardo più specifico alla disciplina statunitense della *Rule 11 F.R.C.P.* e alle altre discipline europee).

dell'oggetto della controversia) rimane infatti il vero nucleo di una seria configurazione del tema dell'abuso del processo²⁵.

Ma quelli indicati sono solo pochi aspetti che, lo si ripete, qui ci si limita *tout court* a segnalare. Al lettore eventualmente interessato si lascia quello che tuttora sembra essere un ampio spazio di verifica sia circa la loro effettiva presenza e caratterizzazione nelle indagini in tema di abuso sia, circostanza evidentemente più rilevante, circa la loro incidenza sulla mancata elaborazione di un indirizzo di riforma del nostro processo civile ispirato a una effettiva repressione o contrasto della sua utilizzazione abusiva²⁶.

²⁵ Per un'analisi di questi punti in chiave critica si v. S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 1281; con analoga perspicuità si v. C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1284; G. COSTANTINO, *L'interesse ad eseguire tra valore del diritto e abuso del processo*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 929.

²⁶ In significativa controtendenza si v., ad esempio, L.P. COMOGGIO, *«Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 131; ID., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 319 (ma già in precedenza, ID., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, *passim*); A. CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 2004, 1766; ID., *Doveri di lealtà e completezza nel compimento negli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014 (parte prima, 47, parte seconda, 491).

17. LAW OF LAWYERING IN THE FACE OF NEW AND PERMANENT VALUES OF LEGAL ETHICS*

SUMMARY: 1. A new-traditional perspective for legal profession and practice. – 2. Marginalization v. revitalization of legal ethics. – 3. Procedural tools and the role of the advocate in the moment of complexity.

1. A new-traditional perspective for legal profession and practice

The suggestion implied in the above title is clearly one of comparison of two concurring challenges, those concerning the current configuration of the legal practice and those related to the perception of the same legal profession's ethical ties. Evidently underlying this approach is the rather personal idea, I must admit, that such a comparison and challenge represent the basic referents to configure the problems concerning both civil justice and legal ethics in an actual reform perspective.

The following considerations will be inspired by this general approach and aspiration. Things most derived from the now distant interrelation with my American *maestro* Geoffrey C. Hazard Jr., of which fundamentally this is just a synthetic reworking¹. Besides, it should also be added that this might if ever also be an opportunity for a sort of checkout return on the vitality of themes for a rather long while not considered by myself precisely in this connection perspective.

Precisely as to this interactive perspective the underlying question could be how at present it tends to take shape. This, on the one hand, of course implies the recognition of a sort of unavoidable necessity to consider as closely and essentially related the problems concerning legal ethics and civil justice to the point of being mutually indistinguishable. On the other hand, it also implies the prevalent adoption of a functional approach, in which the attention should be especially directed to concrete behavior of the main actors of the procedural game.

Precisely because of this functional perspective, such a conception can be made to consist in, and be supported by, a basic assumption. Namely that lawyers' procedural behavior, to speak of the actual protagonists of the abovementioned game, is never solely a behavior of mere and automatic application – or misapplication – of regulatory requirements of some kind. Rather, it is instead a unique highly professional elaboration of «how lawyers got things done as distinct from how legal rules said things should be done»². This further configuring itself in the context of a complex relationship made

* Questo scritto è stato pubblicato in *Theories of Legal Ethics – 法律职业伦理论基*, Hong Kong 2022, V, 366 ss. nonché in *ZZP Int.* 2022, 51 ss. This essay reproduces with some notes the text of a presentation made in the context of the «*International Conference of Legal Ethics Education*», Hong Kong, May 23rd, 2021.

¹ Among other co-authored works, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics: A Comparative Study*, Stanford 2004, *passim*.

² G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 3.

of multilateral interactions which at least, simplifying to the extreme, come to involve clients, colleagues, and judges.

It is from this completely basic assumption that comes the notion of legal ethics as «how lawyers actually behave», having they constantly to deal with the ‘concrete realities’ of the social and economic order³. Which may allow us to add an equally basic consideration: that, even remaining within the inevitable structural limits of each procedural system, the lawyers’ approach tends to be a fundamentally comprehensive one. And that, precisely because of having to take into account various elements and factors other than the mere technicalities of law, such an approach comes somehow inevitably to constitute a more articulated perspective with reference to the effective functioning of law as a normative context within the much wider context of human interactions.

But along this line there is even more, indeed much more. Accepting the abovementioned approach in its vast comprehensiveness, at least in my opinion legal ethics could most probably come to represent an altogether keen perspective to face the most significant, and therefore of urgent need for reform, issues of civil procedure. This above all if we tend to characterize such a perspective in terms of law of lawyering⁴.

2. Marginalization v. revitalization of legal ethics

Roughly corresponding as known to the consideration in ethical terms of the technical defense activities in court, the abovementioned definition has long been recurring in US legal culture, and this to the point of becoming when not abused an almost all-encompassing *cliché*. Yet, whereas sort of catch all now this definition at the same time can – and probably should – be seen as a starting point and an appropriate reference for some reconsiderations regarding civil procedure’s true dynamics and prospects for change. This in fact might be the case of the submission of civil justice questions to an appropriate use, at least according to the writer, of the law of lawyering perspective.

The prodromes in this regard exist, are also quite dating back, and so well-known also because of their scientific authority not to need excessive recalls. Taken therefore for granted that here there is no attempt to invent anything, I would dare (and limit myself) to suggest some references to essential points of particular interest to me. These points – I do realize this and even partially agree – are and indeed may appear exquisitely procedural in their essence. But, in my view, they are also at the same time thoroughly stuffed with ethical issues, and this just in the very carrying out of the procedural activities.

An epitomic example of this is provided by one of the most crucial issues of civil legal practice, that is the now long dating back tumultuous debate concerning discovery. Like never before, as moreover very well known, precisely into such an almost essentially American debate are in fact emphasized most of the abovementioned issues and problems. What in other words seems particularly relevant is the emergence in the context of this complex and at times even bitter debate of a clear intertwining between ethical and procedural implications⁵.

³ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, *ibidem*.

⁴ G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering*, Gaithersburg 1985, *passim*.

⁵ For a now early example of a comparative look at this story, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim*; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa*, Padova 1991, *passim*.

Realizing the reciprocal character of these implications has been for certain an absolute merit of the American legal scholarship and culture. This together with the ability to transfer these analyses into concrete regulatory reforms and, despite inevitable failures and discrepancies, much more. What we can basically appreciate today as deriving from the heated discussions and contrasts mostly dating back to the last two decades of the twentieth century are, in fact, their consequences in terms of great capacity for cultural as well as 'technical' transformations⁶.

It is in the analogies of the, so to speak, sanctioning apparatus of lawyers' procedural conducts that seems to be especially identifiable the increasingly evident core of these transformations. The origin of this all can be placed in a scientific-ideological elaboration that has come to attribute a much greater absolute value to the advocates' duties of candor (towards the court and the colleague lawyers) than to the traditional adversarial principles. And it's not random at all that such significant analogies are materialized in the regulatory requirements notoriously contained both in the Federal Rules of Civil Procedure and in the Model Rules of Professional Conduct (that is in particular in the sanctioning provisions respectively of rules 37 and 11 as well as of rule 3.3/4)⁷.

What for a long time now – at least starting from the early 80's of the XX century a – was described as 'sanctioning approach' has in fact substantially materialized in a vast array of sanctions essentially envisaged against lawyers. Avoiding reducing somehow trivially this approach to a mere question of punishment, here it would seem appropriate to try to grasp its real significance of profound cultural transformation. In fact, what it really was about was an effective palingenesis involving the various founding elements of the American adversary system, namely and in particular the roles of advocates and judges in the actual management of civil litigation⁸.

Oddly enough, it is thanks to an apparently just 'technical' circumstance precisely the non-cooperation by lawyers to gathering of information concerning discovery – that such a deep rethinking has taken the start. The real of the circumstances concerning of discovery that such a deep this circumstance is in fact linked to the chain and widespread consequences it has triggered. Almost immediately and in any case over time, this has brought about a thorough reconfiguration of the lawyers' professional figure which has correlatively affected their place into the procedural context as well as their duties both towards colleagues and judges. While not neglecting lawyers' fundamental duties towards the clients, in the last fifty years or so the importance of these two referents emerges indisputably as an indication of an evolution that, while leading to structural changes in the

⁶ Recently, as to this cultural transformation, S.N. SUBRIN, T.O. MAIN, *The Fourth Era of American Civil Procedure*, in 162 Penn. L. Rev. 2014, 1839-1895, and also, much beforehand, J.B. WEINSTEIN, *After Fifty Years of the Federal Rules of Civil Procedure: Are the Barriers to Justice Being Raised?*, in 137 Penn. L. Rev. 1989, 1901-1923.

⁷ The *Federal Rules of Civil Procedure*, as amended to December 1, 2020, are available on Cornell Law School website (<https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>); the 2020 edition of the Model Rules of Professional Conduct is available on the American Bar Association website at the following address: https://www.americanbar.org/groups/professional-responsibility/professional_conduct_table_of_contents/.

⁸ M.E. FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 Penn. L. Rev. 1975, 1031.

roles of advocates and judges, comes to justify a look at the problems of the functioning of civil justice inspired precisely by the beforementioned notion of law of lawyering⁹.

3. Procedural tools and the role of the advocate in the moment of complexity

As besides widely known, this long and at times troublesome American evolution has implied a numerous series of changes affecting various aspects of civil procedure beyond discovery, as in particular those concerning pleading effectiveness and expert opinion reliability. Even as to these areas what here seems of special interest is the fundamental role played by the so to speak 'lawyering perspective'. In fact, over the last forty years or so quite a usual way of approaching these two areas of American civil procedure has coincided with a very articulated focus on legal practices and strategies, assuming the ethical side of the advocates' behavior as intrinsically connected to their procedural choices. This has led to transformations almost as radical as those concerning discovery. Transformations that in the case of expert witness through a regulatory reform, in that of pleading thorough a harsh and still ongoing debate have in any case contributed to reconfigure the reference parameters of civil procedure conceived as a whole (that is, within a perspective of legal ethics precisely as law of lawyering).

In order to synthesize and try to make a very long story short, it must be said that the evolution undergone in this on the other hand wide sector by the American legal culture seems at least emblematic as well as suggestive in various respects. Unlike other legal cultures, no matter if belonging to civil or to common law systems, this culture has shown how important can be the lawyer's perspective in approaching the problems of civil procedure. It has as well shown how fundamental can turn out to be within this perspective the ethical aspects of lawyer's professional (therefore, precisely in the context of a law of lawyering approach, also necessarily procedural) behavior.

Especially nowadays, even despite its lack of total dissemination, the adoption of such a perspective would seem essential in my opinion. Always in my opinion it is the same 'moment of complexity' that we have been experiencing for some time now that would make somehow appropriate, if not altogether necessary, the prevalent assumption of a configuration of complexity also for civil litigation¹⁰. The virtually unlimited chances to make inappropriate use of the many technicalities involved in the practice of a civil lawsuit are in fact enormously increased by the intricacies so typical of a so-called complex case. This furthermore given the now extreme diffusion of controversies like these, generally characterized by extreme procedural complication regardless of their origin (subjective extension or scientific complication of the underlying factual problems or whatever). Moreover, this not to mention the consequent strong differentiation among various kinds of civil lawsuits precisely in terms of relative greater or lesser procedural complication.

To get in control of such an enormously multifaced and at the same time further complicated procedural reality should be, both at the level of scholarship (and jurisprudence) or at level of case law, the main goal of law science in the present moment. Very well-

⁹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L.J.* 2006, 59 ss.

¹⁰ S.B. BURBANK, S. FARHANG, *Rights and Retrenchment – The Counterrevolution against Federal Litigation*, Cambridge-New York 2017, *passim*.

known are in fact the repercussions on a social and cultural level, in terms of widespread perception, acceptance (and more rarely conscious rejection), of the so to speak civil procedural practice management methods of the main actors in this very context.

This would clearly require a serious focus on the professional behavior more routinely put into practice by lawyers and, in no subordinate way, even judges. It goes also somehow without saying that this all should bring us back to the besides often aforementioned issue, namely that of the adoption at global level of the law of lawyering perspective as the most appropriate approach to the main problems of civil lawsuits malfunction and widespread misuse. In any case, it must also be added immediately that such a line of intervention, despite the current presence of these problems practically in all the procedural models, is far from being seriously adopted, or at least thoroughly examined as a possible and effective solution.

Definitely – and this is the very reason of the special emphasis here given – one can only state that the American model of civil procedure, somehow obviously including its powerful academic and judicial culture, till now represents the only context in which these so to speak intellectual perceptions have had actual realization. An index of this appears particularly emblematic and deserving here of further report. The reference is to the provision of sanctions directly against the same lawyer for abusing or whatever misusing civil procedure. A solution substantially non existing in practically all the other procedural models and clearly indicative either of the centrality of the advocates' role and of the need for an effective control, exercised directly by the judges, of their professional (procedural) activities¹¹.

At least in my opinion, this element seems to be the real cornerstone of an actual reorganization of the reference criteria for the adoption of a functional approach to the problems of civil justice. This statement of mine is essentially based on the idea that such a perspective has the undoubted merit of combining both a thoroughly technical problem setting and, if seriously applied, a real attention to the problems here already mentioned several times of proper and efficient (and why not eventually also ethical) functioning of civil litigation in its now extremely differentiated facets and forms. Hence, and furthermore, the adoption of such a law of lawyering perspective would represent a completely new methodology. A methodology within which the main referent would be – rather than the legal prescriptions in themselves or considered in their mere literality – the professional behavior of lawyers and judges, in court or in any case in the wide context of the procedural activities.

The involvement of the figure of the judge assumes here a very special importance, and this at least because of his dutiful and constant interaction with lawyers of both sides in order to regulate their behavior and obtain their cooperation. Sure, one cannot hide that implying an at the same time structural and functional change in the sense of the inevitable assumption of an active role by the court, regardless of the legacy of inactiveness typical of the tradition, this characterization has posed and poses serious problems of effective acceptance of the perspective suggested here. Problems that have hitherto concretely prevented its diffusion outside the U.S. legal system, and that periodically more or less clearly emerge even when, however very rarely and quite exceptionally, the

¹¹ Among many others, R.L. MARCUS, *E-Discovery and Beyond: Toward Brave New World or 1984?*, in 25 *Rev. Litig.* 2006, 633 ss.

misuse of civil proceedings are considered and debated in other legal models and by other legal cultures¹².

But of course, this is an issue too broad and complex to be addressed here, especially by the undersigned.

¹² As to the Italian legal culture, typical examples of it can be found in Aa. Vv., *Abuso del processo*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale* (Urbino, 23-24 settembre 2011), Bologna 2012, and in Aa. Vv., *Etica del processo e doveri delle parti – Atti del XXIX convegno nazionale* (Genova, 20-21 settembre 2013), Bologna 2015, *passim*.

18. BUONA PRATICA DELLA DIFESA IN GIUDIZIO COME *LAW OF LAWYERING* – UN BREVE RIEPILOGO*

SOMMARIO: 1. Centralità dell'approccio etico-professionale e implicazioni di carattere processuale. – 2. Percezione del ruolo etico dell'avvocato nella società. – 3. Prospettiva di *law of lawyering*.

1. Centralità dell'approccio etico-professionale e implicazioni di carattere processuale

Queste pagine costituiscono un'ideale prosecuzione delle considerazioni, analisi e ricostruzioni contenute in un libro risalente a circa un ventennio fa e scritto dall'autore insieme al suo 'maestro americano'¹. Ma rappresentano anche, come per molti versi ovvio concernendo un tema tanto marginale quanto poco coperto dalla cultura giuridica in particolare europeo-continentale, un esercizio di fiducia intellettuale.

È questo un dato che si spiega sia in ragione del possibile raffronto con tale opera sia in considerazione della monumentale elaborazione realizzata da Geoffrey C. Hazard, nel corso della sua lunga esperienza intellettuale, riguardo all'area del diritto denominata *legal ethics* all'interno di una cultura giuridica, come quella statunitense, generalmente meno distante da questi temi². Coerentemente con questa premessa, e come già affermato nella *introduction* di *Legal Ethics – A Comparative Study*, le considerazioni qui riportate conterranno riferimenti a collegamenti fra vari fenomeni e anche fra varie culture. Il tutto in qualche misura – e qui molto succintamente – implicando richiami a fenomeni apparentemente disparati, come l'assetto giuridico di base di ordinamenti costituzionali e civili o i collegamenti con l'etica sociale diffusa all'interno di ciascuna società; e ciò al fine di considerare il problema del ruolo dell'avvocato tenendo conto delle molteplici interazioni

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, 1-20. Il riferimento di cui nell'*incipit* concerne, in effetti, la circostanza che si riproduce qui – con peraltro numerose trasformazioni – una parte del capitolo iniziale di un lavoro che dovrebbe assumere la veste di una monografia o comunque di un libro autonomo. Con l'occasione e in relazione tanto al presente scritto quanto a tale futuro lavoro, ringrazio per la fattiva collaborazione l'avvocato Nicolò Calevo e, anche per il prezioso aiuto alla configurazione dell'apparato bibliografico, la dottoressa Ludovica De Barbieri dell'Università di Genova.

¹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, *passim*; sulla figura di Geoffrey C. Hazard nella letteratura italiana v. A. DONDI, *Il maestro americano – Geoffrey C. Hazard 1929-2018*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 315 ss.

² Emblemativo a tale proposito appare G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven 1978, *passim*. Tale lavoro, che costituisce a tutti gli effetti un prodromo di *Legal Ethics – A Comparative Study*, rappresenta anche la prima manifestazione della visione originale di Hazard con riguardo all'area del *legal ethics*, oltre che la fino a quel momento più completa e articolata elaborazione della nozione di *law of lawyering*. Dello stesso A., fra i moltissimi saggi in tema, ad esempio, ID., *Ethical Opportunities in the Practice of Law*, in 27 *San Diego L. Rev.* 1990, 127; ID., *The Future of Legal Ethics*, in 100 *Yale L.J.* 1991, 1239 ss.

di tale ruolo all'interno delle società, oltre che nel contesto dei vari sistemi giuridici (o di giustizia) di riferimento.

Il richiamo sarà essenzialmente alle attività, e alle interrelazioni, concernenti l'avvocato come tecnico del processo civile o, più in generale, come impegnato in tutele civilistiche. È questa una definizione del contesto di riferimento che intende anche segnalare la condizione del tutto peculiare del ruolo dell'avvocato nel processo civile, oltre che ovviamente al raffronto con quella dell'avvocato impegnato in tutele a carattere penalistico anche in relazione all'incidenza su tale condizione di parametri definibili come latamente culturali. Tutti questi elementi che indubbiamente attengono alle culture del processo ma che, in un'accezione inevitabilmente molto più generale, si può dire concernano anche l'assetto mutevole dei rapporti economico-sociali all'interno di gran parte delle società occidentali nello svolgersi dei vari momenti storici.

Si deve anche aggiungere che parlare di *law of lawyering* o di 'etica della difesa in giudizio' costituisce l'indicazione di una prospettiva intellettuale invero piuttosto *osé*. Tale prospettiva adombra, infatti, una scelta metodologica tuttora piuttosto anomala, specie nell'ambito della nostra cultura e in particolare degli studi di diritto processuale civile. Alla base della prospettiva che qui si assume è in effetti la possibilità, l'esigenza e fondamentalmente il dovere che l'avvocato sia un 'avvocato etico' nella pratica della difesa in giudizio; ossia, nel suo comportamento professionale più tecnicamente caratterizzato³.

Occorre invero riconoscere che in sé una tale prospettiva risulta ancora contrastare palesemente con la percezione tuttora prevalente a livello di cultura sociale riguardo al ruolo dell'avvocato e, in qualche modo conseguentemente, riguardo agli standard etici ai quali conformare i suoi comportamenti nel contesto processuale. Il che configura questa come una postura almeno anomala *vis à vis* di quanto è da ritenersi tanto radicato e tradizionalmente acquisito da rappresentare – da noi come in altre società per lo più latine, ma non solo – sostanzialmente un canone. Insomma, una prospettiva che può ben apparire segnata da pervicace *wishful thinking*, quando non, più verosimilmente, da preoccupante ingenuità⁴. Ma occorre anche aggiungere che, pur consci di come possa essere liquidato come un'ingenua anomalia, proprio tale approccio o postura si ritiene possa avere una qualche utilità allo scopo appunto di collegare allo sguardo verso il *côté* processualistico quello verso i problemi etico-professionali dell'avvocatura (in quanto, come si diceva, impegnata in difese civili).

Lo sguardo che si intende rivolgere a tali problemi non vuole essere di carattere tecnico o comunque non solo di carattere tecnico, in quanto riferito specificamente alle normative di etica professionale. L'aspirazione, in altri termini, è per certo a tenere conto nel corso del lavoro di aspetti di ordine istituzionale corrispondenti, oltre che alle citate discipline etico-professionali, anche agli impianti normativi processuali e le culture giuridiche e del

³ Per la definizione di *ethical lawyer* che qui si traduce in 'avvocato etico' è quasi ovvio il rimando alla sua elaborazione in G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, cit., spec. cap. 1. Nella letteratura italiana, per alcuni cenni a questa prospettiva in chiave comparatistica, si veda ad esempio l'introduzione di A. DONDI in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, *passim*; e, in seguito, ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa – Il modello statunitense*, Padova 1991, 191 ss. Più di recente, v. V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2021, 399 ss.

⁴ A. DONDI, *Etica sociale e processo civile*, in *Studi Urbinati* 2001, 321 ss.

processo. Ma è anche e per certi versi soprattutto a combinare tali aspetti, sopra appunto definiti di carattere tecnico, con i molti profili di ordine sociologico-culturale che per così dire implicano e circondano influenzandolo notevolmente il comportamento professionale dell'avvocato. Profili questi anche storicamente connessi a consuetudini, da intendere come modi ricorrenti del comportamento della professione legale, divenute tanto stabili da costituire tanto elementi atti a caratterizzarne l'immagine in un certo momento storico quanto elementi di riflesso influenti sul modo di essere di intere società⁵. La combinatoria di tutti questi aspetti dovrebbe costituire il taglio di questo lavoro, oltre che una sorta di motore del suo andamento anche attraverso richiami in prospettiva comparata.

Invero, se questo approccio ai problemi etico-professionali dell'avvocatura in una prospettiva principalmente riferita all'attività di difesa rappresenta in sé un'anomalia è perché nella nostra cultura, giuridica, ma non solo, tali problemi in larga prevalenza tendono a essere considerati come non – o almeno non prettamente – processualistici. Ciò si può dire configurarsi come in qualche modo esterna alla nostra tradizione culturale l'assunzione di una simile prospettiva, in senso lato processualistica, e la collochi in una posizione in qualche modo marginale. Una alterità e marginalità che caratterizza in qualche modo inevitabilmente come di carattere comparatistico l'attenzione a tale prospettiva. Il che in effetti è, con tuttavia un'aggiunta essenziale. Come facilmente intuibile da quanto già detto, a questo riguardo è infatti da ritenersi esistere un pressoché esclusivo nucleo di raffronto in effetti sostanzialmente circoscrivibile alla cultura giuridica statunitense per via dell'oggettivamente maggiore approfondimento di tali problemi realizzato da tale cultura. Costituisce un dato ormai ampiamente noto a questo riguardo che, nel corso del secolo ventesimo, è in particolare in questo contesto che si registra un'ampia elaborazione dei problemi etico-professionali dell'avvocatura; un'elaborazione il cui carattere di fondo o 'specialità' si può appunto fare consistere nell'inquadramento di tali problemi prevalentemente in termini di etica della difesa in giudizio.

Di qui, certo, la sostanziale imprescindibilità dello sguardo a tale esperienza nonché alla prospettiva senz'altro stimolante che essa fornisce. E ciò anche in ragione degli effetti anche più rilevanti prodotti da tale elaborazione sulla evoluzione complessiva della stessa cultura processualistica statunitense. In effetti, sembra possibile affermare che, proprio in ragione dell'influenza di quanto emerso nel corso del dibattito concernente gli standard del comportamento processuale dell'avvocato, dallo scorso secolo a oggi tale cultura giuridica è pervenuta a trasformare altrettanto profondamente le sue concezioni di fondo e il suo approccio ai problemi del processo civile. E se, sintetizzando all'estremo, si può certo fare consistere il risultato da ciò derivato nel sostanziale superamento della tradizionale *sporting theory of justice* (e della conseguente accettazione di una diffusa *adversariness*), quantomeno a mio avviso ben più rilevante appare che a ciò si sia pervenuti attraverso un'accurata rivalutazione dei ruoli di avvocato e di giudice; il tutto imponendo, al primo, fondamentali doveri di competente e leale cooperazione e, al secondo, l'esercizio di un articolato complesso di poteri di gestione manageriale dello svolgimento del processo⁶.

⁵ G.C. HAZARD, A. DONDI, *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, in *ZZP Int.* 2001, 205 ss.

⁶ Per alcune citazioni, fra le ovviamente moltissime possibili, molto risalenti ma particolarmente efficaci nella loro analisi della questione di cui nel testo, M. TARUFFO, *Il processo civile 'Adversary' nell'esperienza americana*, Padova 1979, 195 ss.; nella letteratura statunitense, M.E. FRANKEL,

Sempre su questa linea di considerazioni, è del resto inevitabile anche constatare che in area statunitense l'imporsi di una tale complessa prospettiva ha di fatto dato vita al singolare fenomeno della ormai stabile configurazione dell'attenzione al ruolo della professione legale come complemento fondamentale per lo studio del diritto processuale⁷. Non appare in effetti contestabile che in tale cultura al *legal ethics* venga ormai stabilmente attribuito un ruolo cruciale per lo studio del funzionamento effettivo del processo civile. A conferma di ciò può forse bastare la circostanza che negli Stati Uniti questo ambito di studi risulti caratterizzato non solo da una vastissima produzione scientifica – ad esempio, nella forma di saggi sulle principali riviste giuridiche, di monografie e di manuali – ma anche dalla presenza di un apparato disciplinare di grande rilievo per il suo impatto sulla concreta realtà della pratica giudiziaria civile, in quanto appunto intesa come pratica della difesa in giudizio. Ciò posto, sembra anche da aggiungere e rammentare che, se è senz'altro per tramite dell'elaborazione della cultura giuridica statunitense che il ruolo etico dell'avvocato assume – al punto, ad esempio, di essere oggetto di queste scarse considerazioni – un rilievo centrale, l'attenzione agli effetti sul processo di questo fenomeno culturale non costituisce l'unica ragione di possibile interesse nei confronti del *legal ethics* come *law of lawyering*⁸.

Ma altri dati concernenti lo sguardo da riservare alle attitudini della professione legale derivano dalla vasta elaborazione statunitense. Dati ed elementi per certo ulteriori – per quanto invero non del tutto scissi – ai problemi delle modalità di gestione delle controversie civili, e concernenti in generale la strutturazione interna della professione legale, l'organizzazione dei relativi studi o *law firm* nonché il rapporto con la clientela, come pure la sua configurazione/percezione all'interno della società, costituiscono per certo una porzione non trascurabile della cultura di *legal ethics*. E appare perlomeno doveroso riconoscere che è in gran parte grazie alle suggestioni di derivazione statunitense che risulta oggi concretamente impossibile escludere dagli studi sulla configurazione dell'avvocatura e sul suo ruolo nel processo l'ambito vasto delle questioni sociali e spesso anche politiche

Partisan Justice, New York 1980, 26 ss.; A.R. MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, in 69 *Minn. L. Rev.* 1984, 15 ss.; S. LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington 1984, 38 ss.; E.A. PURCELL, *Exploring the Origins of American Adversarial Legal Culture*, in 70 *Stanford L. Rev.* 2017, 37 ss. Per una ormai famosa critica all'impostazione *adversarial* del modello statunitense, inoltre, si v. C. MENKEL-MEADOW, *The Limits of Adversarial Ethics*, in *Ethics on Practice – Lawyer's Roles, Responsibilities, and Regulation*, Oxford 2003, 123 ss. Come evidente dal testo, si omette sostanzialmente di affrontare il problema contestualizzandolo rispetto alla versione del modello *adversary* presente – o meglio in via di radicale trasformazione e superamento – nell'ordinamento inglese; sono note peraltro le approfondite e vaste elaborazioni realizzate al riguardo nella nostra dottrina, come ad opera di V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano 1973, *passim*, e di L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova 2007, *passim* (del quale anche ID., voce *Processo civile inglese*, in *Enc. dir., Annali*, Milano 2010, III, 960 ss.; ID., *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1353).

⁷ Fra i molti, S.A. SALTZBURG, *Lawyers, Clients and the Adversary System*, in 37 *Mercer L. Rev.* 1986, 647 ss.; e ulteriormente, per una raccolta di saggi in materia esprimenti la vitalità del tema nel corso degli anni '80 del secolo XX, v. G.C. HAZARD, D.L. RHODE, *The Legal Profession: Responsibility and Regulation*, Mineola, N.Y. 1985, *passim*.

⁸ Per un richiamo paradigmatico anche sul piano lessicale v. G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering*, New York 2003, *passim*.

che, a seconda dei luoghi e dei momenti storici, per così dire tendono ad avvolgere e influenzare il modo di essere della professione legale. Di qui anche una necessaria estensione dei riferimenti alle possibili influenze 'esterne' e ulteriori al dato propriamente normativo o istituzionale, che consentano di misurarne gli eventuali riflessi sul versante 'tecnico' o *tout court* processuale delle modalità di esercizio della tutela in giudizio.

Non si può inoltre omettere – se non *ex professo* qui limitandolo a un mero spunto – che, come del resto ormai ampiamente noto, costituisce uno specifico di quell'ordinamento e di quella cultura giuridica proprio la concreta concomitanza nell'attività di difesa tecnica dell'avvocato di due regimi disciplinari di costante e paritario riferimento, come quello processuale in senso proprio e quello di *legal ethics*. Una circostanza che di per sé consente in tale contesto culturale di considerare le questioni concernenti le scelte dell'avvocato in un quadro più ampio e coinvolgente vari referenti. E dalla quale deriva quantomeno che anche temi non strettamente processuali tendano a essere elaborati e discussi ai più vari livelli attraverso la loro tendenziale processualizzazione, nella prospettiva cioè della loro immediata o eventuale ricaduta e risoluzione nell'ambito del processo.

2. Percezione del ruolo etico dell'avvocato nella società

Andando oltre, occorre affermare che non si può disconoscere che possa apparire anomalo che si intenda per così dire passare attraverso questioni etiche nell'intento di prospettare una visione innovativa della giustizia civile e, in correlazione stretta, della configurazione della relativa disciplina normativa. E, certo osando un po', si può prospettare come probabile che questa anomalia faccia riscontro a un diffuso quanto radicato sentire riguardo alla non concreta e diretta riferibilità alla figura dell'avvocato di una esplicita e doverosa caratterizzazione etica della sua attività professionale. Si è del resto consci della palese ovvietà di una tale constatazione, che del resto prende sostanzialmente atto di un carattere comune della nostra cultura sociale, tanto risalente e sedimentato da non risultare effettivamente contestabile⁹.

Questa attitudine culturale non costituisce, tuttavia, l'unica ragione della marginalizzazione della prospettiva etica con riferimento al ruolo dell'avvocato all'interno del contesto e delle dinamiche processuali. In area europeo-continentale, un qualche rilievo a questo riguardo assume la stessa tradizionale modalità di formulazione normativa delle discipline processuali, nelle quali risultano, per sintetizzare all'estremo, sostanzialmente assenti riferimenti diretti alla figura del difensore, di fatto compenetrata con quella del suo cliente parte nella controversia (si pensi, ad esempio, alla disciplina dei nostri atti introduttivi, nella quale le prescrizioni normative sono rivolte alla parte pur essendo l'avvocato il soggetto destinato a realizzare pressoché tutte le attività descritte nelle relative norme)¹⁰. Talché, in altri termini, sembra possibile ritenere che nella prescrizione nor-

⁹ Al riguardo si veda ancora A. DONDI, *Etica sociale e processo civile*, cit.

¹⁰ A. DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss., ID., *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 434 ss. Sul punto della configurazione degli atti introduttivi, inoltre v. S. DALLA BONTÀ, *L'individuazione della causa tra sostanziazione e individuazione – Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli 2018, spec. 170 ss. Nella medesima prospettiva v., di recente, V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., 404 ss.

mativa la figura dell'avvocato risulti come schermata da quella del suo cliente-parte. Una circostanza dalla quale sembra possibile derivare che, sul piano formale ma non solo, essa venga privata oltre che di una sua autonoma centralità, anche di un'esplicita indicazione di diretta riferibilità tanto del suo potere operativo all'interno del processo che delle sue eventuali responsabilità in ordine alle modalità di realizzazione di tale potere. E, correlativamente, che da questa non diretta attribuzione o riferimento all'avvocato dei suoi poteri di gestione delle strategie processuali in qualche misura derivi anche una mancata (o solo indiretta e *flou*) indicazione del dovere di esercitare tali poteri nel rispetto di parametri di correttezza certi in quanto individuati all'interno della stessa disciplina del processo.

Dal loro tono esplicitamente critico è facile derivare che queste considerazioni intenderebbero prospettare quantomeno l'assunzione di una diversa prospettiva a questo riguardo. Una prospettiva fondata, in coerenza con l'indirizzo dell'elaborazione statunitense di questi temi, su di una decisa valorizzazione dei parametri etici del comportamento processuale dell'avvocato. Ma, ancor più e ovviamente scontando un grave peccato di ingenuità, intesa a propugnare come ammissibile un'idea di difensore tecnico nel processo come 'avvocato etico'¹¹. Si tratta del resto di un'idea non del tutto estranea alla nostra cultura, e anzi da ritenersi fondamentalmente coerente con quanto insistentemente auspicato dalla parte della nostra cultura processualciviltistica alla quale si deve l'elaborazione di una peraltro molto articolata concezione del processo come giustizia civile¹². Un quadro nel quale l'attribuzione al buon funzionamento del processo di una essenziale finalità di giustizia sostanziale si collega all'obiettivo finale di pervenire a un accertamento veritiero della realtà e fatti oggetto della controversia anche attraverso l'esercizio di attività di difesa tecnica quantomeno intese a non intralciare le fondamentali funzioni epistemologiche di tale finalità¹³.

Di qui la caratterizzazione del ruolo dell'avvocato non solo come del tutto centrale al funzionamento dell'attività processuale, ma anche funzionale a un auspicabile risultato di effettiva giustizia. Un ruolo etico, pertanto, in quanto appunto doverosamente tenuto a realizzare attività di difesa tecnica non confliggenti con il raggiungimento della finalità di giustizia costituente l'obiettivo basilico dello svolgimento del conflitto; e, in quanto tale, anche un ruolo fondamentalmente coerente con l'adozione di criteri di cooperazione fra i soggetti tecnici del processo. E di qui anche una caratterizzazione per così dire essenzialmente endoprocessuale della configurazione del ruolo etico dell'avvocatura. Una caratterizzazione da collegare e, anzi, da inquadrare funzionalmente all'interno dell'in-

¹¹ Per riferimenti tradizionali quanto inevitabili, si v. T.D. MORGAN, *The Evolving Concept of Professional Responsibility*, in 90 *Harvard L. Rev.* 1977, 702; W.H. SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, in 29 *Wis. L. Rev.* 1978, 30; E.J. EBERLE, *Toward Moral Responsibility in Lawyering: Further Thoughts on the Deontological Model of Legal Ethics*, in 64 *St. John's L. Rev.* 1989, 155.

¹² Per un'unica citazione al riguardo, sintetizzante un approccio condiviso nella nostra cultura processualistica soprattutto dalle due 'scuole' di Firenze e di Pavia, si veda M. CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 200 ss.; A. DONDI, *Scuole italiane di diritto processuale civile nella seconda parte del XX secolo – Una visione partigiana*, in *Studi in onore di Franco Cipriani*, Milano 2020, III, 2151; ID., *Una visión partidista de los acontecimientos de la Scuola Italiana del derecho procesal (civil) en la segunda mitad del siglo XX*, in *Justicia* 2018, p. 39.

¹³ Al riguardo, per tutti, M. TARUFFO, *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti giuridici*, Bari 2009, 172 ss., 213 ss.

terrelazione tripartita notoriamente caratteristica delle dinamiche processuali relative alle controversie civili; ossia, della triangolazione caratteristica dei rapporti intercorrenti, appunto nel contesto processuale, fra avvocati e avvocati e a quelli ancora più cruciali fra avvocati e giudice¹⁴.

A questo riguardo, occorre anche aggiungere che appare innegabile quanto siano connesse a tale inquadramento varie implicazioni di carattere in senso lato ideologico. Come piuttosto prevedibile, la più rilevante – anche in quanto la più culturalmente impegnativa – di esse si può fare consistere nella pressoché doverosa assunzione di una visione del processo civile come contesto pubblico di svolgimento e risoluzione del conflitto. Una visione all'interno della quale risultano inevitabilmente segnati da tale carattere non solo l'agire in giudizio ma ancor più intensamente lo *status* e il doveroso comportamento di avvocati e giudici in quanto soggetti tecnici tipici del processo. Ciò a intendere che, all'interno di tale prospettiva in particolare, quanto alla figura dell'avvocato non si ritiene possa mantenersi intatta la condizione di professionista privato emblematicamente tipica della sua immagine tradizionale, in quanto così consolidatasi nella pur vasta mobile area delle culture occidentali a partire quantomeno al secolo XVII¹⁵.

Costituisce un luogo comune che, sempre nel vasto e variegato contesto delle culture occidentali, in stretta coerenza con questa circostanza e all'incirca dallo stesso periodo, si registri la diffusione di una configurazione 'liberale' del processo civile. Configurazione che, per converso, è pervenuta a strutturare il ruolo spettante all'avvocato come vincolato *in primis* al rapporto contrattuale con il cliente. E da ciò, in qualche misura inevitabilmente, la caratterizzazione del ruolo del giudice come *ex professo* rispettoso di tale cruciale circostanza al punto dell'assoluta non ingerenza nelle scelte strategico-difensive dell'avvocato nonché, all'interno di questa sostanziale assolutizzazione del *côté* per così dire privatistico del nucleo fondante il processo civile, della sua immagine come sostanzialmente oracolare in quanto corrispondente a una funzione solo giudicante attribuita al giudice¹⁶.

In fondamentale contrapposizione con questo assetto si configura, come altrettanto noto, la caratterizzazione del contesto processualciviltistico come pubblico, o anche pubblico. Prescindendo qui quantomeno per ragioni di spazio da richiami ai percorsi elaborativi che hanno segnato in Italia e altrove il manifestarsi di questa visione, si può in ogni caso affermare che è essenzialmente da essa che deriva la caratterizzazione dello sguardo all'attività di difensore tecnico dell'avvocato come socialmente doverosa, pertanto pubblicamente caratterizzata in molti dei suoi aspetti più fondamentali nonché tenuta al rispetto

¹⁴ Così, ad esempio, in una, peraltro, vastissima letteratura al riguardo, G.C. HAZARD, *Triangular Lawyer – Client Relationships: An Exploratory Analysis*, in 1 *Geo. J.L.E.* 1987, 15 ss.

¹⁵ G.C. HAZARD, A. DONDI, *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, cit. In una prospettiva più generale, per la nozione di 'cultura occidentale' utilizzata nel testo fra i vari possibili richiami, di recente, sul piano della letteratura giuridica, si v. M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente – Geopolitica delle regole globali*, Torino 2010, 54 ss.; e, per variegate suggestioni di carattere generale, v. A. SCHIAVONE, *L'occidente e la nascita di una civiltà planetaria*, Bologna 2022, 104 ss., 117 ss. (dello stesso a. anche, v. ID., *Ius – L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017, *passim*, e inoltre, per riferimenti del resto molto tradizionali, A. ARJAKOVSKY, *Histoire de la conscience européenne*, Parigi 2016, *passim*; R. HORSTADTER, *Società e intellettuali in America*, Torino 1962, 250, 293 ss.; P. BURKE, *Lingue e comunità nell'Europa moderna*, Bologna 2006, 25 ss.; C.S. MAIER, *Leviathan 2.0 – Inventing Modern Statehood*, Londra 2012, 8 ss.

¹⁶ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal 700 ad oggi*, Bologna 1980, 144 ss.

di standard di etica sociale, pubblica e professionale. Di qui, nella forma di un ricorrente *Leitmotiv*, il riconoscimento di un rilievo non marginale a doveri dell'avvocato da ritenersi a tutti gli effetti pubblici e, in quanto tali, di diversa natura e non derivanti dalla, peraltro, inevitabile interazione con il cliente, al punto da risultare spesso confliggenti con i vincoli connessi a tale rapporto¹⁷.

Da quanto detto finora sarà risultato evidente il favore del sottoscritto per una impostazione di questo tipo. Una scelta certo del tutto partigiana della quale senz'altro ci si fa carico, come pure della circostanza che essa potrà suscitare la sensazione di una forzatura e comunque di una sorta di caratterizzazione anomala del ruolo dell'avvocato. Posta appunto l'anomalia della configurazione che qui si propone di tale ruolo, si riconosce anche l'assoluta plausibilità di una tale reazione. Si osserva solo che, quantomeno in chiave comparatistica, l'attenzione, ancorché rapida come in questo caso, all'approccio qui catalogato come *law of lawyering* trova, tuttavia, una giustificazione di fondo nella circostanza del suo assoluto radicamento all'interno di una fra le più avanzate culture giuridiche di area occidentale, come quella statunitense.

Su questa base, e nell'intento di proseguire nell'analisi del tema in questione, un riferimento appare davvero essenziale nonostante la sua assoluta prevedibilità. Esso concerne un carattere storicamente molto radicato dei canoni presenti in *common law* per l'inquadramento della funzione dell'avvocato nel processo civile, come quello rappresentato dalla nozione di *Officer of the Court* che, rinvenibile nella cultura giuridica inglese e più ancora in quella statunitense, comporta l'attribuzione all'avvocato di funzioni ben più complesse ed estese rispetto all'esclusiva difesa degli interessi del cliente¹⁸. Semplificando molto, si potrebbe affermare che questa nozione realizza una sostanziale duplicazione delle responsabilità dell'avvocato nel processo, o quantomeno dei centri di riferimento di tali responsabilità; una duplicità che se, per un verso, virtualmente rafforza l'immagine dell'avvocatura come una professione speciale non soggetta a meri parametri e vincoli di correttezza 'commerciale' può, per altro verso, pervenire tuttavia a infirmarne proprio la virtuale affidabilità sul piano del rapporto fiduciario nei confronti della clientela.

Proprio questa caratterizzazione in area anglosassone dell'avvocato come anche cooperatore istituzionale del giudice appare senz'altro meritevole di attenzione. Ciò per varie ragioni, ma soprattutto per il suo rilievo davvero centrale all'evoluzione dell'idea di processo da *procedural law* a *procedural justice* in quella cultura. In effetti, specie in area statunitense, è proprio intorno al ruolo dell'avvocato e ai suoi doveri professionali che nel corso del '900 si incentra un ripensamento radicale che condurrà alla realizzazione di riforme complessive quanto radicali civili (con riflessi, come noto, progressivamente molto estesi all'interno delle culture di *common law*). Questa circostanza, mentre segnala una vitalità culturale di quel modello di giustizia, a tutti gli effetti eccezionale e non riscontrabile al

¹⁷ Per un sintetico quanto pregnante riferimento a questa trasformazione culturale, per tutti, si vedano ad es., nei numerosi lavori di questo A. databili all'ultimo trentennio del secolo XX e con analogo indirizzo, V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, 16 ss., 53 ss.; ID., *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione*, in *Sistemi e riforme – Studi sulla giustizia civile*, Bologna 1999, 5 ss.

¹⁸ Sui limiti dell'*advocacy* come derivanti della presenza risalente di una nozione duplice dei doveri appunto dell'avvocato in *common law* v., ad es., nella più tradizionale manualistica statunitense, F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*⁵, New York 2001, 1 ss.; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., 234 ss.

raffronto con le culture giuridiche e processualistiche europeo-continentali in termini di disponibilità alla trasformazione complessiva dei propri parametri di riferimento, appare qui da segnalare proprio per il ruolo essenziale svolto dal ripensamento e trasformazione delle responsabilità di natura etico-professionale via via attribuite all'avvocato (responsabilità tipicamente di *law of lawyering*, in quanto concernenti l'avvocato essenzialmente come difensore nel processo)¹⁹.

Solo apparentemente lontano da questa linea di considerazioni è il rilievo che, a livello di percezione diffusa all'interno di una comunità in forte evoluzione quale quella statunitense del secolo XX, l'assunzione implicita o esplicita di un ruolo pubblico, anche solo per via del teorico spettare all'avvocato sia del compito di difensore privato di interessi privati sia della funzione di collaboratore del giudice al fine di garantire al processo un risultato di giustizia, abbia profondamente e mutevolmente segnato l'immagine stessa dell'avvocato. Sembra agevole cogliere che in ciò sia consistito, e per molti versi continui a consistere, un nucleo problematico del tutto centrale alla prospettiva che qui si assume. In effetti, intorno alla presenza in capo all'avvocato di quantomeno una duplicità di referenti deontologici (emblemizzati, sul versante pubblico, dalla relazione con il giudice e, sul versante privato, dal rapporto con il cliente) si ritiene insistere un nucleo di problemi che, specie con riguardo all'esercizio dell'attività di difesa in giudizio, tendono a rendere meno scontati e agevolmente circoscrivibili i doveri del professionista del diritto.

3. Prospettiva di *law of lawyering*

Nella prospettiva di *law of lawyering* che qui si assume, appare del tutto inevitabile che la circostanza che questi problemi coincidano con le responsabilità endoprocessuali dell'avvocato implichi un radicale coinvolgimento dell'assetto del contesto istituzionale e normativo di riferimento. Da questa circostanza risulta insomma agevole derivare che l'assetto del processo come sistema disciplinare fondato su norme variamente configurate specie in ordine alla caratterizzazione dei ruoli del giudice e dei difensori tecnici rappresenti in effetti un parametro di riferimento essenziale per valutare lo stato di tali problemi e le loro eventuali prospettive di evoluzione e soluzione²⁰. Ma, sempre in base a essa, e alla configurazione delle norme processuali come i modi dell'interazione fra tali soggetti attraverso la distribuzione dei relativi poteri-doveri nella gestione della controversia, sembra anche doverosa l'ulteriore constatazione che la modalità di esercizio delle attività di difesa costituisce in buona sostanza uno dei nuclei di tale interazione. Come sembra possibile derivare che una funzione essenziale delle normative del processo possa/debba consistere nella

¹⁹ Su tale aspetto come specialmente tipico della cultura del processo civile statunitense, nella letteratura italiana si v. i richiami già in M. TARUFFO, *Il processo civile* 'Adversary', cit., 35 ss.; ID. (insieme a G.C. HAZARD), *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 112 ss.

²⁰ In una letteratura sul tema davvero sterminata, come esempio risalente ma particolarmente efficace della percezione di tali problemi nonché della necessità dell'assunzione di un ruolo etico da parte del difensore tecnico in controversie civili sempre più differenzianti reciprocamente e da trasformare radicalmente nella loro disciplina, v. M.E. FRANKEL, *The Search for Truth Continued: More Disclosure, Less Privilege*, in 54 *U. Colo. L. Rev.* 1982, 51 ss.

individuazione e disciplina più tecnicamente adeguata dei modi propri di realizzazione delle attività difensive, nonché nel correlativo contrasto e sanzione dei modi impropri²¹.

Con ciò non si intende affatto prospettare una sorta di 'eticizzazione' *tout court* – in chiave deontologica e molto *easy going* – della normativa processuale, quanto piuttosto tentare il recupero di un modo di guardare al processo civile – per utilizzare la definizione di un grande maestro come Vittorio Denti – nella 'prospettiva dell'avvocato'²². Una prospettiva che, tuttavia, non si limiti a collocarsi per così dire dalla parte dell'avvocato; pertanto, di una visione, molto risalente ma tuttora molto presente, favorevole a una assoluta privatizzazione di tale ruolo o, per dirla con la cultura statunitense, a una sua caratterizzazione come esclusivamente *partisan* in quanto intesa all'esclusiva tutela degli interessi del proprio cliente nel processo²³. Per molti versi *a contrario*, e del resto come già notoriamente nella visione di Denti, una tale prospettiva si ritiene debba tendere a evidenziare l'esistenza in capo all'avvocato di una molteplicità di referenti e doverosità ulteriori a quello – inquadrabile appunto in una prospettiva *partisan* o, all'interno delle nostre culture del processo, di positivismo assoluto – del rapporto di fiducia con il cliente e del perseguimento esclusivo degli interessi di quest'ultimo nel contesto processuale²⁴. E ciò in quanto, se pure lo sguardo al processo nella prospettiva dell'avvocato appare essenziale al fine dell'attribuzione a tale figura di compiti del tutto centrali al funzionamento delle dinamiche processuali, si può per converso ritenere che tali compiti siano anche da collegare a scelte di fondo rispetto al raggiungimento in particolare nel processo civile di essenziali finalità di giustizia²⁵.

Con riguardo a questa linea di considerazioni, può forse risultare di nuovo utile un richiamo alla direzione assunta dalle trasformazioni del processo civile federale statunitense nell'arco dell'ultimo cinquantennio. Come già anche qui si è detto, sembra possibile fare

²¹ Nella letteratura italiana, per una delle prime manifestazioni di attenzione in chiave comparatistica verso questo aspetto dell'evoluzione in termini di *sanctioning approach* della cultura processualistica statunitense, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Bologna 1985, 135 e *passim*.

²² All'interno della variegata declinazione di questa prospettiva nelle analisi di Vittorio Denti v., ad es., V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione fra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 69 ss.; ID., *Diritto comparato e scienza del processo*, in *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna 1982, 26 ss.; ID., *Riforma e controriforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 286 ss. Per un'illustrazione di tale aspetto della lezione dentiana, v., *ex pluribus*, A. DONDI, *Vittorio Denti, un gran intelectual y su atención hacia las otras culturas. Comparación y perspectiva de las reformas procesales*, in *Justicia* 2020, 29 ss. In tema, evidentemente scusandomi per l'eccesso di autocitazioni, si v. anche ID., *Scuole italiane di diritto processuale civile nella seconda parte del XX secolo – Una visione partigiana*, cit., 2151.

²³ Si vedano, ad es., gli studi statunitensi tradotti e presenti nella 'parte quarta' in A. DONDI (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 265 ss.

²⁴ Si v. ancora e ad esempio V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 35 ss.; ID., *Testimoniaza tecnica*, in *Riv. dir. proc.* 1962, 12 ss. Nella letteratura successiva, fra i molti, A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 579 ss.

²⁵ Per un riferimento all'elaborazione che risulta dall'opera di questo a., v. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit.; ID., *The Lawyer's Role and the Models of Civil Justice*, in *Festschrift für Hideo Nakamura*, Berlin 1996, 623 ss.

consistere il vero nucleo ideologico di tale trasformazione in un'analisi progressivamente critica appunto dell'immagine più comunemente diffusa dell'avvocato come esclusivo 'partigiano' degli interessi del proprio cliente. Il tutto, del resto, in totale coerenza con il rispetto di un rapporto di fiducia tale da giustificare la descrizione dello stesso avvocato come alleato assoluto del soggetto nei confronti del quale dispiega le proprie attività di assistenza, in quanto vero e proprio *hired gun* operante all'interno di un *system of litigation* rigidamente ispirato a una logica *adversarial* e di conseguentemente violenta *adversariness* nel confronto processuale²⁶.

È paradossalmente proprio tenendo conto della assoluta centralità del ruolo dell'avvocatura nell'ordinamento e nella stessa cultura sociale statunitense che appare spiegabile il manifestarsi della critica e del progressivo superamento di una simile visione in tale contesto culturale. In effetti, sono in sequela prima la fondamentale riforma realizzata con le *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, in seguito il fenomeno variegato della cosiddetta *litigious society* del secondo dopoguerra e infine il diffondersi del fenomeno della *complex litigation* – con i connessi problemi di, ad esempio, appropriato uso di *expert witness testimonies* – a evidenziare la necessità di radicali trasformazioni dei parametri del comportamento processuale dell'avvocato statunitense. Notoriamente emblematico a questo riguardo è, specie a partire dagli anni '80 del XX secolo, il dibattito intorno al fenomeno del *procedural abuse* (o *abuse of civil proceedings*)²⁷. E in particolare significativi appaiono gli effetti di questo dibattito, in termini di trasformazioni tanto disciplinari quanto di ri-allineamento di concezioni apparentemente immutabili in ragione del loro radicamento.

Non è qui il luogo per ribadire nello specifico richiami a riforme normative peraltro, a suo tempo, già ampiamente analizzate. Sembra tuttavia innegabile che a caratterizzare il fenomeno di trasformazione del quadro di riferimento dell'avvocato statunitense nello svolgimento della sua attività di tecnico del processo siano state in particolare due di tali riforme. Il riferimento è, sul versante delle discipline etico-professionali, all'entrata in vigore nel 1983 delle *Model Rules of Professional Conduct* nonché, sul versante processuale, alla previsione nello stesso anno (salvo ulteriori trasformazioni successive grossomodo rispettose dello stesso indirizzo di riforma) di alcuni essenziali emendamenti a due norme cruciali della disciplina federale del processo civile, quali la *Rule 11* e in particolare la *Rule 37*²⁸. Come detto, è del tutto noto – in quanto da tempo e frequentemente evidenziato anche da parte della nostra dottrina – che il principale segno distintivo di tali trasformazioni sia consistito nell'adozione di un approccio nei due casi omologamente sanzionatorio di comportamenti difensivi ispirati all'utilizzazione deontologicamente impropria, in

²⁶ Per tutti, pur nell'ovvietà della citazione, M.E. FRANKEL, *Partisan Justice*, cit., *passim*.

²⁷ In tema, per una citazione d'obbligo, si vedano i saggi contenuti in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague 1999, *passim*. Come indici di interesse per tale tema nella letteratura italiana, si v., ad esempio, M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.Vv., *L'abuso del diritto*, Padova 1998, 435 ss. (ivi anche A. DONDI, *Manifestazione della nozione di abuso del processo*, 459 ss.).

²⁸ Al riguardo fra i molti, D.C. SIEMER, *Understanding Modern Ethical Standards*, St. Paul. Minn. 1985, I, 454 ss.; e, per un'analisi critica di tali norme a ridosso della loro entrata in vigore, M.D. ZIMMERMAN, *Professional Standards Versus Personal Ethics: The Lawyer's Dilemma*, in *Utah. L. Rev.* 1989, 1257 ss. Per una descrizione dell'obiettivo della riforma a opera di colui che ne è stato considerato il vero autore, si v. infine R.J. KUTAK, *Model Rules of Professional Conduct: Why Do We Need Them?*, in 36 *Okl. L. Rev.* 1983, 311 ss.

quanto *abusive*, del meccanismo processuale²⁹. E a tale proposito appare doveroso ribadire anche la circostanza del trattarsi di sanzioni che, oltre che molto variegate (dal pagamento di somme ingentissime, e anche modulate sull'insistenza nel comportamento, al *disbarment* e a qualsiasi altro provvedimento il giudice ritenga opportuno), sono direttamente indirizzate nei confronti dell'avvocato.

Accanto a queste trasformazioni normative che nel tempo hanno, come ricorrentemente segnalato dalla dottrina statunitense, indotto l'avvocato a conformare il proprio comportamento a standard etico-professionali di maggiore cooperazione con il collega di controparte e di affidabilità-sincerità (*candor*) nei confronti del giudice, per cogliere la percezione del ruolo dell'avvocato nella società statunitense un rapido riferimento si impone in conclusione al modo di strutturazione dell'esercizio della professione attraverso l'organizzazione dello studio legale.

A questo riguardo, ancorché solo *en passant* e in aggiunta ai riferimenti al riguardo già effettuati in precedenza, un rapidissimo cenno si ritiene in effetti meriti soprattutto la segnalazione della fondamentale trasformazione realizzatasi con il passaggio dall'esercizio dell'attività professionale nella forma prevalente dello studio legale unipersonale (*solo lawyer*) alla strutturazione di studi legali articolati e composti da pluralità di soggetti. Un fenomeno, questo, il cui emblema è appunto rappresentato da un'istituzione come la *law firm* che, a partire – come già detto – dalla seconda metà del XIX secolo, risulta caratterizzare stabilmente l'immagine dell'avvocatura statunitense, quantomeno di quella metropolitana. Sembra assodato che si tratti di un fenomeno non privo di riflessi, tanto sul piano della percezione esterna del ruolo dell'avvocato nella società che, soprattutto, sul versante dei riflessi sul rapporto di fiducia fra avvocato e cliente. E ciò nel senso che, a fronte di un effetto genericamente intimidente dell'imponente organizzazione della *law firm* e per converso di una diffusa, quanto invero superficiale, maggiore considerazione del modello del *Wall Street lawyer*, sembra essere comunque derivata a livello generale – probabilmente per via del carattere impersonale e iper-articolato dei rapporti all'interno di tali organizzazioni – una diminuzione della percezione di basica affidabilità nell'interazione avvocato-cliente. Di qui, in altri termini, la progressiva attribuzione all'avvocato di una funzione essenzialmente imprenditoriale e una altrettanto progressiva riduzione del livello di fiducia diffusa nella comunità sul mantenimento, e in ogni caso sul prevalere all'interno del rapporto cliente-avvocato dei parametri di confidenzialità tradizionalmente costituenti il nucleo basico delle virtù professionali dell'avvocatura³⁰.

Qualche rilievo in chiave conclusiva sembra anche meritare la ricezione dei fenomeni di cui si è detto da parte della nostra dottrina. Con riguardo alla prospettiva che qui si è suggerita, è facile dire che si tratta indubbiamente di un'attenzione piuttosto scarsa; con,

²⁹ Come emblematico esempio del *sanctioning approach* di cui nel testo, del tutto contemporaneo al momento di maggiore successo di tale atteggiamento culturale negli Stati Uniti, v. W.D. BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Sanctions*, in 6 *A.B. Found. Res. J.* 1981, 873. Della permanenza nella cultura attuale di un'analoga sensibilità verso la strumentazione del *discovery* come meccanismo anche sanzionatorio di comportamenti a più vari livelli abusivi, si v. di recente: C. PACINI, G. YOUNG, W. HOPWOOD, *Fighting Discovery Abuse in Litigation*, in 6 *J. Foren. & Invest. Acc.* 2014, 52; D. LUBAN, *Fiduciary Legal Ethics, Zeal and Moral Activism*, in 3 *Geo. J. Legal Ethics* 2020, 275.

³⁰ Per un inquadramento di carattere generale a questo riguardo, si veda G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, cit., 58 ss., 212 ss.

tuttavia, un'eccezione, pur nel contesto di questa limitatezza di impatto. Essa concerne il tema dell'abuso processuale, intorno al quale in effetti si è registrata negli ultimi due decenni – e per lo più in chiave di raffronto comparatistico con il sopracitato dibattito statunitense in tema di *abuse of civil proceedings* – un'attenzione effettiva³¹. Al riguardo occorre tuttavia subito aggiungere che, nel momento attuale, tale attenzione sembra aver subito una sorta di appannamento, forse anche in ragione delle diverse sensibilità manifestatesi al riguardo dopo un iniziale – e a parere di chi scrive tuttora giustificato – entusiasmo per le potenzialità della prospettiva del contrasto all'abuso come chiave di trasformazione dell'assetto anche del nostro modello processuale³². Una trasformazione intuibilmente nel senso di cogliere il nucleo di futuri interventi di riforma appunto anche nell'attribuzione all'avvocato di doveri di accurata gestione della propria difesa e di collaborazione con la controparte e il giudice (quindi escludendo ogni possibilità di utilizzare in chiave abusiva lo strumento processuale secondo i dettami della visione di *law of lawyering* del processo).

Si sono iniziate queste considerazioni utilizzando l'espressione *law of lawyering* in riferimento a due entità che in genere si tende a tenere distinte, quali il complesso di canoni e percezioni descritti come etica o deontologia della professione legale e le nozioni comprese nella definizione di processo o di diritto processuale civile. Il significato funzionale prevalente attribuito a tale espressione nella sua area di provenienza, quella della cultura giuridica statunitense, implica una prospettiva di collegamento fra queste due entità. E ciò che in qualche modo, piuttosto goffamente lo si riconosce, qui si è tentato di prospettare. Indipendentemente da ciò, ossia dall'efficacia o dalla scarsa capacità suggestiva di questa prospettazione, si ritiene che la combinatoria o quantomeno il tentativo di combinazione dell'attenzione alla funzione 'tecnica' dell'attività dell'avvocato con ragioni e doverosità su base etica dei suoi comportamenti nel processo possa e, forse, anzi debba costituire un approccio opportuno per la considerazione e la soluzione di molti dei problemi del processo civile. L'intento in altri termini essendo, nonostante il mantenimento di una prospettiva di carattere fondamentalmente processualistica, al contempo di coinvolgere tenendone conto anche problemi non esclusivamente processuali. Ciò al fine di pervenire a una visione rinnovata tanto della funzione del processo civile che del ruolo anche etico spettante all'avvocato nel processo.

³¹ Solo per riferimenti alle iniziali manifestazioni di attenzione a questo tema nella nostra dottrina, v. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 189 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 787; ID., *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in M. VOGLIOTTI (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica – Un percorso interdisciplinare*, Torino 2008, 341 ss.

³² Nel senso di un'analitica ma progressivamente svalutata immanenza di tale prospettiva di contrasto al *procedural abuse* sulla possibilità di riforma del processo civile si veda soprattutto M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 117 ss. Per, invece, una speciale attribuzione di rilievo a tale prospettiva come occasione e modello per le riforme, si veda, ad esempio, A. DONDI, voce *Abuso del processo civile*, in *Enc. dir., Annali*, Milano 2010, III, 1 ss.; ID., *Qualche cenno all'abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano*, in *Giusto proc. civ.* 2021, 1 ss.; in analoga prospettiva V. ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 2007, III, 1 ss. Come ulteriore manifestazione di interesse a questo riguardo, nella nostra dottrina, v. ad esempio, C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1284 ss.; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano 2012, *passim*; B. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1448 ss.

SEZIONE II
INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO
E STRATEGIE DIFENSIVE

19. FUNZIONE *REMEDIAL* DELLE *INJUNCTIVE CLASS ACTIONS**

SOMMARIO: 1. Rapporto fra la *subsection (b)(2)* e la normativa della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*. – 2. Caratteristiche funzionali e ambito di applicazione delle *injunctive class actions*. – 3. (*Segue*) Tendenziale valorizzazione delle *injunctive class actions* come più agevole strumento di tutela di situazioni plurisoggettive.

1. Rapporto fra la *subsection (b)(2)* e la normativa della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*

Scopo di questo lavoro è di illustrare un aspetto delle *class actions* che, mentre rappresenta un *Leitmotiv* delle ricostruzioni storiche e comunque degli interventi della dottrina statunitense in materia, appare sostanzialmente trascurato negli studi comparatistici di area europea e italiana in particolare¹. Si tratta della mancata unitarietà dell'istituto delle *class actions*, che verrà qui esaminata nella prospettiva del fenomeno delle *injunctive class actions*, disciplinato dalla *subsection (b)(2)* della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*².

Il richiamo alle *injunctive class actions* sembra ampiamente giustificato nella prospettiva di quest'indagine. La mancata unitarietà della categoria delle *class actions* trova infatti una chiara esemplificazione nella disciplina della *subsection (b)(2)*. Con questa norma è in realtà individuata una categoria di *class actions* del tutto diversa da quella prevalentemente inquadrata nella disciplina della *Rule 23* e corrispondente soprattutto alle cosiddette *damages class actions*³. È il caso di dire subito che, rispetto a questa più vasta categoria, le *injunctive class actions* si differenziano notevolmente, sia sotto il profilo della strumentazione processuale sia sul piano delle situazioni sostanziali tutelabili. Inoltre, come anche si

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 245-256, e riproduce – con l'aggiunta di un apparato minimo di note – il testo dell'intervento al convegno dell'Associazione italiana di diritto comparato *Remedies – Forme e tecniche di tutela nella esperienza comparatistica*, Trento, 4, 5 e 6 giugno 1987.

¹ Così, per studi diversamente risalenti, v. ad es., G.C. HAZARD, *Indispensable Party: The Historical Origin of a Procedural Phantom*, in 61 *Colum. L. Rev.* 1961, 1255 ss.; S.C. YEAZELL, *Group Litigation and Social Contest: Toward a History of the Class Action*, in 77 *Colum. L. Rev.* 1977, 866 ss.

² Il testo della norma è il seguente: «(b) An Action may be maintained as a class action if.. (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole», cfr., ad es., C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, St. Paul Minn. 1972, 501, spec. V. 7A, 18 ss.

³ Sul problema della differenziazione della categoria delle *class actions* in varie categorie, essenziali ragioni di semplificazione del discorso giustificano nel testo il riferimento alle sole *damages c.a.*; cfr., ad es., di recente L.S. BUSH, *My Brother's Keeper – Some Observations on Federal Rule 23 on Mass Tort Class Actions in the United States*, in 5 *C.J.Q.* 1986, 117; S. WILLIAMS, *Mass Tort Class Actions: Going, Going, Gone?*, in 98 *F.R.D.* 1983, 239; più in generale, v. il tradizionalmente citato *Developments in the Law – Class Actions*, in 89 *Harv. L. Rev.* 1976, spec. 1332 ss., 1574 ss.

vedrà, una simile categoria di *class actions* si pone come specifico e significativo ‘momento di collegamento’ fra un *remedy* di natura inibitoria come l'*injunction* e una forma di tutela superindividuale come le *class actions*⁴.

La sua singolarità è del resto ampiamente evidenziata dalla ‘vicenda normativa’ che interessa il suo *enactment* nell’ambito della più generale revisione – realizzatasi intorno alla metà degli anni ‘60 – delle caratteristiche di fondo della disciplina delle *class actions* prevista nelle *Federal Rules of Civil Procedure*. Si può anzi affermare che l’introduzione della *subsection (b)(2)* nella normativa della *Federal Rule 23* costituisca una delle tappe più significative delle modificazioni effettuate con gli *amendments* del 1966⁵. Ciò a due livelli: sia in quanto la norma relativa alle *injunctive class actions* rappresenta in assoluto una novità nella normativa delle *Federal Rules* concernente le *class actions*, sia in quanto anche rispetto alla struttura del nuovo assetto della *Rule 23* la *subsection (b)(2)* costituisce una disposizione un certo senso eccezionale.

Sotto questo secondo profilo occorre infatti precisare che non valgono riguardo specificamente alle *injunctive class actions* i criteri di individuazione della *class*, ossia di certi tipi di controversie come *class actions*, che rappresentano una delle innovazioni più caratteristiche della riforma del 1966 rispetto alla struttura originaria della *Federal Rule 23*⁶. In effetti, le disposizioni iniziali della ‘nuova’ *Rule 23* organizzano un apparato di *prerequisites* per l'utilizzazione della procedura di *class action* che è del tutto assente nella normativa delle *Federal Rules* del 1938. A fronte della indicazione generica delle condizioni legittimanti il trattamento come *class action* di una controversia in questa normativa, nella disciplina prevista con gli *amendments* del 1966 si fa luogo alla previsione di quattro *prerequisites* – dal numero delle parti troppo ampio per la gestione della controversia come litisconsorzio; all'individuazione della *class* in ragione della comunanza di questioni di fatto e di diritto; al necessario riferimento a un'intera *class* delle pretese delle parti rappresentanti; ed infine alla garanzia che questi soggetti tuteleranno adeguatamente i diritti della *class* – la cui compresenza consentirà la sottoposizione della controversia alla disciplina della *Rule 23*⁷.

⁴ È peraltro da segnalare – per i riflessi ovvi sull'argomento in esame – come, più in generale, costituisca un assunto diffusamente acquisito che le *class actions* abbiano rappresentato e rappresentino il tramite privilegiato per l'*enforcement* di diritti che sarebbero altrimenti garantiti solo a livello formale sul piano del diritto sostanziale. Per un'illustrazione efficace, nell'ambito di uno studio che costituisce ormai un riferimento abituale, cfr. G.C. HAZARD, *The Effect of Class Action Device Upon the Substantive Law*, in 58 F.R.D. 1972, 307 ss.; di recente, v. anche E.H. COOPER, *Mass and Repetitive Litigation in the Federal Courts*, in 38 S.C.L. Rev. 1987, 503.

⁵ Che ciò fosse anche nelle intenzioni del legislatore è dimostrato dalla relazione dell'*Advisory Committee* che accompagna l'*enactment* di questa *subsection*, cfr. *Advisory Committee Note*, in 39 F.R.D. 1966, 102 ss.

⁶ Sul punto cfr., soprattutto, B. KAPLAN, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, in 81 Harv. L. Rev. 1967, 356 ss., spec. 387 ss., 389 ss.; *Developments in the Law – Class Actions*, cit., 1321 ss., 1454 ss.; nella letteratura italiana, per un'analisi dei problemi applicativi delle *class actions* e della struttura della normativa relativa, prima della riforma, cfr. M. TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e le Class Actions*, in Riv. dir. proc. 1969, 609 ss.

⁷ Per il testo della *subsection (a)* della *Federal Rule 23*, e una sua analisi sotto il profilo dottrinale e dell'evoluzione della giurisprudenza in materia, cfr., ad es. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal*

La singolarità delle *injunctive class actions* è significativamente evidenziata dal fatto che fra queste condizioni – o *prerequisites* – collegate al carattere plurisoggettivo dell'azione non abbia in particolare valore l'elemento della violazione di un diritto proprio di ciascuno dei singoli *class members*⁸. Si potrà, infatti, fare luogo a un *injunctive class suit* ove la violazione abbia interessato il diritto anche solo di uno o alcuni membri della *class*, e addirittura prima dell'effettivo verificarsi di tale violazione, qualora ne appaia prevedibile la realizzazione o comunque essa sia minacciata⁹.

Da ciò risulta che fondamento della *injunctive class action* non sarà pertanto – secondo una visione tradizionalmente acquisita del concetto di *class action* – una somma di diritti individuali violati in modo analogo da uno stesso soggetto, ma piuttosto la realizzazione di attività o la creazione di situazioni con impatto sopraindividuale ad opera di soggetti sia privati sia pubblici. È, per chiarire, significativo che l'ipotesi di riferimento sia descritta in dottrina e in giurisprudenza con il ricorso costante a espressioni come *common regulatory scheme*; con ciò intendendo la presenza di strutture para-normative – o comunque di regolamentazioni – che, pur incidendo nella fattispecie su singole situazioni soggettive, siano concepite in modo tale da violare in ipotesi i diritti di intere categorie¹⁰. Ciò che in questa circostanza viene in gioco è in sostanza il fatto che l'elemento individuatore della *class* non sia tanto costituito da un diritto azionabile anche singolarmente, ma piuttosto dalle ragioni (*grounds*) della violazione, in relazione alla quale rileva soprattutto la sua generale applicazione – o anche applicabilità – alla *class*, e non l'eventuale presenza di specifici diritti azionabili in capo a suoi singoli membri¹¹.

Un esempio – per anticipare quanto verrà detto in seguito – può chiarire queste particolarità di *standing* nelle *injunctive class actions*. Così, *ground* di un'azione collettiva secondo la disciplina della *subsection (b)(2)* potrà essere tipicamente rappresentato dalla messa in atto ad opera di un potere pubblico (ossia *agencies* statali o federali) di attività contrarie alle disposizioni o alla logica complessiva dell'*Equal Employment Opportunity Act* del 1972 (*EEOC*), se tali attività abbiano leso – o seriamente minacciato – i diritti di un singolo o di singoli membri di una *class*, che in questa circostanza coinciderà prevedibilmente con una certa etnia localmente discriminata sul piano delle opportunità di impiego¹². Fondamento e condizione per il ricorso ad un *injunctive class suit* consisterà quindi – secondo un rilievo ricorrente al momento dell'*enactment* della nuova disposizione della *Rule 23* – nella

Practice and Procedure, cit.; per un'analisi delle condizioni previste nella *subsection (a)*, cfr. COMMENT, *Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule; Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws*, in 116 U. Pa. L. Rev. 1968, 889 ss.; nella dottrina italiana, v. soprattutto VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Milano 1979, 266 ss.

⁸ Cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, cit., 534 ss.; L.S. BUSH, cit., 118 ss.

⁹ V. ancora L.S. BUSH, cit., 119.

¹⁰ Cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, cit., 20-22.

¹¹ Cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, cit., 12 ss.; v. anche E.H. COOPER, cit., 514-515; COMMENT, *Manageability of Notice and Damage Calculation in Consumer Class Actions*, in 70 Mich. L. Rev. 1971, 342 ss.

¹² Cfr. G.P. SAPE, T.J. HART, *Title VIII Reconsidered: the Equal Employment Opportunity Act of 1972*, in Geo. Wash. L. Rev. 1972, 824 ss., (e relativi richiami giurisprud.); NOTE, *Antidiscrimination Class Action under the Federal Rule 23 (b)(2)*, in 88 Yale L. J. 1979, 870.

«reach situations where a party (da intendersi prevalentemente come organo di pubblico potere) has taken action and refused to take action with respect to a class»¹³.

Anche su di un altro versante, oltre a quello delle condizioni di azionabilità, la singolarità della previsione della *subsection (b)(2)* appare notevole. Risulta infatti ancora più netta, se possibile, la differenza fra le *injunctive* e le *damages class actions* per quanto riguarda le modalità di tutela contro la lesione dei diritti della classe¹⁴. È del resto intuitivo – non fosse che per mere ragioni definitorie – che l'elemento sul quale tale differenza gioca sia rappresentato sul versante delle *damages class actions* da una tutela risarcitoria del danno subito dalla *class* e sul versante delle *injunctive class actions* dalla previsione di una tutela prevalentemente – se non esclusivamente – inibitoria¹⁵.

Lo strumento nel quale si sostanzia una simile tutela è soprattutto l'*injunction*, nella sua forma di *final injunction*. Uno strumento il cui significato e funzionalità sembra largamente superfluo rammentare in questa sede, posto che ormai da tempo nella dottrina italiana sono stati dedicati numerosi e rilevanti studi a questo istituto¹⁶. Del resto, circa lo specifico richiamo alla forma della *final injunction* nella *section (b)(2)* della *Rule 23*, esso risulta implicito nella struttura e nella finalità complessiva di questa norma¹⁷.

In effetti, è possibile dire che, per un verso, la previsione di questo tipo di *injunction* da parte del legislatore federale del 1966 appare sostanzialmente 'necessitata'¹⁸. Lo giustifica soprattutto il carattere appunto necessariamente decisorio e condannatorio del provvedimento del giudice a fronte della lesione o del pericolo della lesione¹⁹. È del resto anche chiaro che la garanzia dell'efficacia di simili provvedimenti a tutela di categorie lese in loro diritti fondamentali (anche se tale lesione si sia manifestata nei confronti di alcuni solo dei membri della *class* e/o nella forma della minaccia²⁰) implicitamente escluda l'utilizzazione

¹³ Così espressamente nella *Advisory Committee Note*, in 39 *F.R.D.* 1966, 102; v. anche NOTE, *Antidiscrimination Class Action*, cit., 872; COMMENT, *Rule 23: categories of Subsection (b)*, in 10 *B.C. Indus. & Com. L. Rev.* 1969, 545.

¹⁴ È stato opportunamente rilevato come per la verità la dottrina statunitense non abbia sufficientemente evidenziato questa duplicità di inquadramento della *subsection (b)(2)*, e sul piano delle condizioni per l'utilizzazione di questa norma, e sul piano del cosiddetto *relief sought*; sul punto, spec., v. ancora NOTE, *Antidiscrimination Class Action*, cit., 873 ss.

¹⁵ Circa il carattere anche eventualmente risarcitorio della tutela, rinviando comunque a quanto *infra* nel testo, cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, cit., 21 ss. In merito alla distinzione delle *class actions* in varie categorie e alle ragioni alla base di tale assetto della *Rule 23*, cfr., ad ed., P.H. SCHUCK, *An Overview of Class Actions*, in 70 *F.R.D.* 1976, 294 ss.

¹⁶ Cfr., ad es., A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano 1974, 145 ss.

¹⁷ Cfr. nel testo della *subsection* in esame, v. nota 2 *ante*.

¹⁸ Cfr., ad es., COMMENT, *Rule 23: Categories of Subsection (b)*, in 10 *B.C. Ind. & Comm. L. Rev.* 1969, 543 ss.

¹⁹ Così, ad es., v. O.M. FISS, D. RENDLEMAN, *Injunction*, Mineola N.Y. 1984, 261 ss., 460 ss.; *Developments in the Law – Injunctions*, cit., 1055 ss.

²⁰ Cfr., ad es., *Developments in the Law – Injunctions*, cit., 1091; D.B. DOBBS, *Should Security Be Required as Pre-condition to Provisional Injunctive Relief?*, in 52 *N.C.L. Rev.* 1974, 1092 ss.; NOTE, *Recovery for wrongful interlocutory injunctions under Rule 65 (c)*, in 99 *Harv. L. Rev.* 1986, p. 42 ss.

di tipi di *injunctions* a carattere prettamente inibitorio, come – e lo si coglie dalle stesse definizioni – ad esempio le *preliminary injunctions* o i *temporary restraining orders*²¹.

Per altro verso si spiega agevolmente – in ragione delle sue caratteristiche intrinseche – la funzionalità in questo contesto di uno strumento come in generale l'*injunction*.

Ciò – oltre che per la sua notevole adattabilità a diverse funzioni in relazione alle esigenze del caso concreto, ad esempio ordinando un *facere* o un *non facere*, come è illustrato dalla distinzione delle *injunctions* e dei relativi *orders* in *mandatory* e in *prohibitory*²² – anche per la sua idoneità a fornire comunque, in forma per così dire 'accessoria', un adeguato *relief* per le situazioni inquadrate nella *subsection (b)(2)*. Il riferimento è soprattutto alla possibilità di prevedere *damages* in caso di mancata ottemperanza all'*injunctive order*.

Si tratta di *damages* variamente strutturabili, ma che potranno assumere essenzialmente due forme, entrambe utilizzabili dal giudice nell'ipotesi dell'*injunction* prevista dalla *subsection (b)(2)*. Così il giudice potrà discrezionalmente imporre alla parte inadempiente *compensatory damages*, o piuttosto vere e proprie sanzioni pecuniarie con netta valenza coercitiva, attraverso la previsione del risarcimento di danni non proporzionati ed eccedenti l'effettiva lesione, oppure, nella stessa logica, di danni in progressivo aumento con il permanere dell'inadempienza e della situazione di lesione per la *class*²³.

2. Caratteristiche funzionali e ambito di applicazione delle *injunctive class actions*

A chiarimento dell'ambito e delle caratteristiche funzionali delle *injunctive class actions* sembra opportuno integrare le indicazioni finora fornite riguardo al loro inquadramento normativo nell'ambito della disciplina della *Federa Rule 23* con l'individuazione delle situazioni sostanziali tutelabili. A questo proposito si impone di nuovo un pur rapido richiamo all'origine della *subsection (b)(2)* con le trasformazioni intervenute nella normativa federale in materia di *class actions* a séguito dei già citati *amendments* del 1966²⁴.

Occorre rilevare che l'introduzione con questa riforma della disciplina relativa alle *injunctive class actions* nella *Rule 23* risponde, nell'intento del legislatore federale di quel periodo, ad una specifica finalità. L'intento è, in effetti, soprattutto quello di fornire una forma di tutela efficace in chiave di *class action* a lesioni di interessi superindividuali dif-

²¹ Cfr., ad es., *Developments in the Law – Injunctions*, cit., 1056 ss., 1059 ss.

²² Cfr., ad es., *Developments in the Law – Injunctions*, cit., 1061 ss.; O.M. FISS, D. RENDLEMAN, *Injunction*, cit., 323 ss.

²³ La presenza di possibili sanzioni in forma di *damages* per la mancata esecuzione di *injunctions* è del resto collegata anche alla misura di *enforcement* usualmente propria in presenza di *injunctive orders*, ossia il *contempt of court*; misura che notoriamente prevede, accanto all'incarcerazione del *contemnor*, e molto più frequentemente rispetto ad essa, sanzioni di tipo pecuniario, cfr. ancora O.M. FISS, D. RENDLEMAN, *Injunction*, cit., spec. 972 ss.; H. SMIT, *Enforcement of Judgments in the United States of America*, in 34 *Am. J. Comp. L.* 1986, 236; A. RIESENFELD, *Regional report from U.S.A.*, in *Atti Lund Colloquium Enforcement '85*, Lund 1985, 15; così anche in COMMENT, *The Inclusion of Future Members in Rule 23 (b)(2) Class Actions*, in 85 *Colum. L. Rev.* 1985, 405; L.S. PARKER, *Reopening the Debate: Postjudgment Certification in Rule 23 (b)(3) Class Actions*, in 66 *Cornell L. Rev.* 1981, spec. 1225 ss.

²⁴ V. quanto in note 5, 6, 7 *ante*.

ficilmente tutelabili con la strumentazione originaria della *Rule 23*, e in particolare alle lesioni riguardanti i diritti civili²⁵.

In questa prospettiva va letta la cornice di soluzioni tecniche che circonda la disposizione della *subsection (b)(2)*. È in particolare il fatto che la previsione di criteri meno rigidi rispetto alle altre categorie di *class actions* per stabilire la omogeneità o la compattezza ('*cohesiveness*') della *class* costituisca palesemente una risposta del legislatore federale al prevalere di un indirizzo giurisprudenziale largamente contrario, fino a tutta la metà degli anni '60, ad attribuire qualificazione di *class actions* alle azioni concernenti questo tipo di diritti²⁶. A questo fine, viene anzitutto in gioco il mancato vincolo ai *prerequisites* previsti nella parte iniziale della *Rule 23* e soprattutto alla loro compresenza²⁷. Anche se con iniziali incertezze, l'evoluzione della giurisprudenza federale in materia, nel corso dell'ultimo ventennio, è stata nettamente nel senso di attribuire *in limine* a questi tipi di controversie il carattere di *class actions*, a prescindere dalla verifica da parte del giudice della presenza di «*all the requirements of Rule 23 (a)*»²⁸. Nell'ipotesi di lesione a diritti civili sotto forma di attività discriminatoria su base razziale, la presenza di una norma come la *subsection (b)(2)* ha sostanzialmente consentito l'attribuzione di un carattere comunque intrinsecamente plurisoggettivo alle azioni di tutela e quindi di consentirne la gestione processuale come *class actions*²⁹.

In una prospettiva di evoluzione della disciplina delle *class actions*, l'introduzione della normativa in materia di *injunctive class actions* assume in ogni caso notevole rilievo, in quanto segna il passaggio da una visione dello strumento processuale – *class actions* soprattutto come «*result of mass product activity*» a uno strumento di possibile intervento sociale³⁰. Sotto questo profilo, l'istituto della *class action* nella sua forma di *injunctive class action* risulta pertanto sostanzialmente inserito e operante nel vasto contesto di tutela e promozione dei diritti civili delle minoranze denominato *affirmative action*³¹. Nella

²⁵ Cfr., ad es., C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, cit., 24; B. KAPLAN, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, cit., 389 ss.; E.H. COOPER, *Mass and Repetitive Litigation*, cit., spec. 527 ss.

²⁶ *Advisory Committee Note*, cit., 103 ss.

²⁷ Cfr. nota 7 ante; cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, cit., 91 ss.

²⁸ In questa direzione, nonostante un formale richiamo ai *prerequisites* della *Rule 23 (a)*, cfr. soprattutto la decisione del caso *Tex. Motor Freight Sys. v. Rodriguez*, in 431 U.S. 1977, spec. 405-406; così anche *Carpenter v. Herschede Hall Clock*, in 77 F.R.D. 1977, 700 ss., per un'analisi di questo trend v. NOTE, *Antidiscrimination Class Actions*, cit., 882 ss.

²⁹ In questo senso si muovono gran parte delle prese di posizione dottrinali, così, ad es., v. il notissimo A. CHAYES, *The Role of the Judges in Public Law Litigation*, in 89 Harv. L. Rev. 1976, 1291 ss.; G. RUTHERGLEN, *Title VII Class Actions*, in 47 Chi. L. Rev. 1980, 700 ss. Più problematici e mutevoli gli atteggiamenti della giurisprudenza della Corte Suprema Federale, ove – molto di recente – sembra emergere per contro un atteggiamento restrittivo proprio nelle ipotesi in cui la base razziale costituisce l'elemento per la catalogazione della controversia come *class action*, ad. es., cfr. *Gen. Tele. Co. of Southwest v. Falcon*, in 72 U.S.L. Ed. 1983, 740.

³⁰ Per la frase virgolettata, cfr. G.C. HAZARD, *The Effect of Class Action Device upon Substantive Law*, cit., p. 310.

³¹ In materia di *affirmative action*, l'estrema estensione della produzione dottrinale consente solo qualche indicazione in funzione esemplificativa: così, cfr., ad es., L.H. TRIBE, *Perspectives on Bakke: Equal Protection, Procedural Fairness, or Structural Justice?*, in 92 Harv. L. Rev. 1979, 864 ss.; P.

realtà l'impatto di una tecnica di tutela superindividuale come le *injunctive class actions* nella variegata area dei diritti civili è stato molto ampio e diversificato. Se nell'area della discriminazione razziale si sono verificati gli interventi di maggiore ampiezza, appare oggi soprattutto interessante la diversificazione nell'impiego delle *injunctive class actions* per coprire aree ulteriori rispetto a questa, o comunque in risposta a esigenze di tutela non individuali, legate solo indirettamente al settore – pur molto disomogeneo al suo interno – della discriminazione razziale.

Occasione dichiarata per la creazione di questa specifica forma di tutela, la lesione di *civil rights* realizzata tramite attività discriminatorie su base razziale costituisce in ogni caso per tutti gli anni '70 – e oltre – il contesto nel quale più intensamente trova utilizzazione il meccanismo predisposto con la *section (b)(2)* della *Rule 23*³². Stante la sostanziale impossibilità – specie nei limiti di questa indagine – di individuare precisamente specifiche sotto-aree di intervento, qui ci si limiterà, senza alcuna pretesa di sistemazione, alla segnalazione dei tipi di controversie ricorrenti con maggiore frequenza in relazione all'utilizzazione di un *remedy* come le *injunctive class actions*. Con una simile riserva, è possibile sostenere che soprattutto in due ambiti sembra realizzarsi il ricorso a *injunctive class actions* nella prospettiva di lesioni derivanti dalla messa in atto di pratiche discriminatorie su base razziale: l'ambito della scuola e l'ambito del lavoro. Nei due casi, il ricorso a *injunctive class suits* diventa lo strumento per impedire l'applicazione di normative interne a luoghi di lavoro o di regolamentazioni di istituti di istruzione contrastanti con il *Civil Rights Act* del 1964, sia prima dell'effettivo verificarsi di una lesione nei confronti di membri di certe etnie sia allo scopo di farla cessare se in atto³³.

A questi due settori tipici di intervento se ne aggiungono vari altri nel corso del primo decennio di applicazione della *subsection (b)(2)*, in sintonia con la progressiva estensione del concetto di minoranza al di là della formale garanzia di fruizione di analoghi criteri di trattamento in specifici settori – come appunto la scuola e il luogo di lavoro – e anche al di là della sua costante identificazione con un dato necessariamente etnico-razziale. Questa estensione dell'area di applicazione della normativa in materia di *injunctive class actions* appare del resto ampiamente giustificata, oltre che sul piano di una generale evoluzione

BREST, *Affirmative Action and the Constitution: Three Theories*, in 72 *Iowa L. Rev.* 1987; 281 ss.; K.M. SULLIVAN, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, in 100 *Harv. L. Rev.* 1986, 78 ss.; P.J. SPIEGELMAN, *Remedies for Victim Group Isolation in the Workplace: Courts Orders, Problem Solving and Affirmative Action in the Post-Scotts Era*, in 29 *How. L. J.* 1986, 191 ss.; M.B. ABRAM, *Affirmative Action: Fair Shakes and Social Engineers*, in 99 *Harv. L. Rev.* 1986, 1312 ss.; nella dottrina italiana, v. G.F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova 1984, 353 ss. Il riferimento normativo nell'ambito della legislazione in materia di *civil rights* è contenuto nel § 2000 dell'U.S.C., in 42 *U.S.C.A.* (§§ 1985 to 2010), St. Paul Minn. 1974, spec. 281 ss.; nell'ampia giurisprudenza relativa a questi problemi in connessione con la loro gestione sul piano processuale, v., ad es., il caso *Steelworkers v. Weber*, in 61 *U.S.L. Ed.* 1980, 480 ss.; circa la possibilità per il potenziale *class member* di ricorrere a un *individual suit*, cfr. *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, in 81 *U.S.L. Ed.* 1986, 718 ss.

³² Cfr. NOTE, *Antidiscrimination Class Actions*, cit., 868 ss.; E.H. COOPER, *Mass and Repetitive Litigation*, cit., 514 ss.; A.R. MILLER, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the «Class Action Problem»*, in 92 *Harv. L. Rev.* 1979, spec. 670 ss.

³³ C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, cit., 35 ss.; nella giurisprudenza, v. ad es. il caso *Hicks v. Crown Zellerbach Co.*, in 49 *F.R.D.* 1968, 185 ss.

della cultura sociale, anche per le caratteristiche tecniche proprie di questa normativa. Il mancato riferimento nel testo della *subsection (b)(2)* ad ambiti di applicazione predeterminati e anche all'utilizzazione con specifiche finalità dello strumento processuale-*injunction* garantisce infatti a questo tipo di *class action* una estrema duttilità, consentendo di configurare aree di intervento ulteriori rispetto a quelle prevedibili al momento dell'*enactment* da parte dello stesso *Advisory Committee*³⁴.

Questa evoluzione è segnata dal passaggio, ad esempio, dalla sempre più frequente presenza di *suits* solo in parte legati al criterio razziale – come quelli relativi ai criteri discriminatori previsti in alcuni *welfare programs* – a *suits* coinvolgenti lesioni di diritti costituzionalmente garantiti nei confronti di minoranze non razziali – come il 1° emendamento e/o i diritti dei detenuti – e a *suits* riguardanti il possibile verificarsi di lesioni a intere categorie non più su basi razziali ma di *sex discrimination*³⁵.

Più di recente, l'estensione dei casi di ricorso a *injunctive class actions* è segnata dalla sua applicazione anche a ipotesi diverse dalla tutela dei *civil rights*. È in particolare significativa la sua applicazione ad alcune ipotesi di tutela dell'ambiente³⁶. Pur trattandosi di un fenomeno che non ha ancora avuto vasta diffusione, mette conto segnalarlo come possibile area di intervento prevalente di questo tipo di *class action* per il futuro. Finora l'*injunction* prevista dalla norma in esame ha comunque già trovato utilizzazione a tutela della salubrità di luoghi di studio e di lavoro³⁷. E non si vedono ostacoli perché non la si possa utilizzare per impedire, in ipotesi, eventuali lesioni alla salute di gruppi di soggetti abitanti in determinate zone³⁸.

³⁴ Cfr. *Advisory Committee Note*, in 39 *F.R.D.* 1966, 102 ss.

³⁵ Operando – necessariamente – una scelta riguardo agli interventi di dottrina e giurisprudenza, cfr., ad es., R.M. COVER, *The Origin of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, in 91 *Yale L. J.* 1982, 1287 ss.; A.R. MILLER, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the «Class Action Problem»*, in 92 *Harv. L. Rev.* 1979, spec. 671 ss.; in favore di un uso esteso della *subsection (b)(2)* a coprire aree ulteriori rispetto a quella della discriminazione razziale, favore principalmente giustificato con la complicazione e/o poca efficienza del meccanismo processuale previsto dalla *subsection (b)(3)* in materia di *damages class actions*, cfr., ad es., R. BERNSTEIN, *Judicial Economy and Class Actions*, in 7 *J. Legal Stud.* 1978, 349 ss.; K.W. DAM, *Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest*, in 4 *J. Legal Stud.* 1975, 47 ss.; W. SIMON, *Class Actions-Useful Tool or Engine of Destruction*, in 55 *F.R.D.* 1973, 337 ss.; anche se formalmente relativa a questioni di *pollution* – sulle quali v. *infra* in testo e note – v. *In re Asbestos School Litigation*, in 104 *F.R.D.* 1984, 422 ss. Nella giurisprudenza, fra gli esempi di adozione della *subsection (b)(2)* nelle materie indicate nel testo, cfr. *Battle v. Municipal Housing Auth. for City of Yonkers*, in 53 *F.R.D.* 1971, 423 ss.; *United States Parole Comm'n v. Geraghty*, in 63 *U.S.L. Ed.* 1981, 479 ss.; *Bower v. Bunker Hill Co.*, in 114 *F.R.D.* 1986, 587 ss.

³⁶ V., ad es., *Developments in the Law-Toxic Waste Litigation*, in 99 *Harv. L. Rev.* 1986, 1543 ss.; W.D. SLAWSON, *The Right to Protection from Air Pollution*, in 59 *S. Cal. L. Rev.* 1986, spec. 791 ss.; nella dottrina italiana, v. L. ZANUTTIGH, *Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nordamericana*, in AA.Vv., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano 1976, 422 ss.

³⁷ Cfr. ancora *In re Asbestos School Litigation*, cit.

³⁸ Così, ad es., *Battle v. Municipal Housing Auth. for City of Yonkers*, cit.

3. (Segue) Tendentiale valorizzazione delle *injunctive class actions* come più agevole strumento di tutela di situazioni plurisoggettive

In conclusione, e con riferimento appunto al fenomeno dell'utilizzazione dell'*injunctive class action* come strumento di tutela ambientale, occorre segnalare due ragioni strutturali che oggettivamente rendono preferibile questo tipo di *class action* alle altre previste nella *Rule 23*, proprio in settori di così grande rilievo. La prima di queste ragioni – da alcuni anni messa puntualmente in luce dalla dottrina statunitense come elemento tendenzialmente preferenziale di questo tipo di *class actions* – consiste nell'impossibilità di *opting out* per i membri della *class* individuata da un *injunctive class suit*³⁹. In sostanza, non si verifica in questa circostanza la possibilità per il soggetto potenziale membro di una *class* di rinunciare alla propria qualità di parte in una controversia rientrante nella previsione della *Rule 23 (b)(2)*, e gestita sul piano processuale secondo le disposizioni di questa normativa⁴⁰. È significativo che, in ragione del carattere in ogni caso vincolante della *membership* a *injunctive class actions*, si parli a questo proposito di *mandatory class actions*⁴¹. Del resto, l'esclusione del diritto di *opt out* in simili circostanze appare notevolmente fondata, risultando concretamente impossibile limitare la tutela fornita solo ad alcuni membri della *class* escludendone altri, dal momento che l'effetto dell'utilizzazione di una *final injunction* interesserebbe necessariamente tutti i soggetti colpiti dalla lesione che con l'*injunction* si è inteso fare cessare o si è inteso prevenire⁴².

Per altro verso, e in ciò consiste la seconda ragione di preferenza delle *injunctive class actions*, l'assenza di *opting out* mette inoltre in luce per questo tipo di *class* un più agevole meccanismo di individuazione della *membership*. Si prospetta, per questo tramite, anche una diversa e meno laboriosa soluzione di un problema centrale alla gestione di una controversia – specie un *mass* o *complex case* – come *class action*, ossia il problema della *certification* e della *notice* di appartenenza di singoli *class members*⁴³. Questo problema è da tempo – come testimoniano ad esempio il caso *Eisen* o, più di recente, il caso *Agent*

³⁹ Sul concetto di *opt out*, cfr. J.E. KENNEDY, *Class Actions: The Right to Opt Out*, in 25 *Ariz. L. Rev.* 1983, 3 ss.; nel senso indicato nel testo, cfr. A.R. MILLER, D. CRUMP, *Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Class Actions after Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, in 96 *Yale L. J.* 1986, spec. 38 ss.

⁴⁰ Cfr. ancora J.E. KENNEDY, *Class Actions: The Right to Opt Out*, 3 ss.

⁴¹ Così, ad es., in A.R. MILLER, D. CRUMP, *Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Class Actions after Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, cit., 38 ss.

⁴² Oltre agli autori citati nelle note precedenti, v. L.S. BUSH, *My Brother's Keeper – Some Observations on Federal Rule 23 and Mass Tort Class Actions in the United States*, cit., 204; NOTE, *Conflicts in Class Actions and Protection of Absent Class Members*, in 91 *Yale L. J.* 1982, 590 ss.

⁴³ Cfr., ad es., NOTE, *Certifying Classes and Subclasses in Title VII Suits*, in 99 *Harv. L. Rev.* 1986, 619 ss.; NOTE, *Conflicts in Class Actions and Protection of Absent Class Members*, cit.; COMMENT, *Class Actions: Certification and Notice Requirements*, in 68 *Geo. L. J.* 1980, 1009 ss.; A.R. MILLER, *Problems in Giving Notice in Class Actions*, in 58 *F.R.D.* 1973, 315-319; NOTE, *Multistate Plaintiff Class Actions: Jurisdiction and Certification*, in 92 *Harv. L. Rev.* 1979, 718 ss.; COMMENT, *Certification of Defendant Classes under Rule 23 (b) (2)*, in 84 *Colum. L. R.* 1984, 1371 ss.; NOTE, *The Inclusion of Future Class Members in Rule 23 (b) (2) Class Actions*, in 83 *Colum. L. Rev.* 1983, 397 ss.

*Orange*⁴⁴ – centrale e gravoso per la categoria delle *damages class actions* disciplinata dalla *subsection (b)(3)* della *Rule 23*, e tale da compromettere la gestione (*manageability*) di questo strumento processuale nelle *c.d. mass tort class actions*⁴⁵.

Per contro, il mancato obbligo di definizione esatta della *class* e la struttura praticamente automatica e vincolante della notificazione (*notice*) individua l'*injunctive class action* come lo strumento più agevole per gestire controversie a carattere superindividuale di grande complessità e/o estensione. Una simile struttura si spiega, d'altro canto, anche con il tipo di *remedy* che questa categoria di *class action* fornisce, la sua funzione non essendo risarcitoria – se non in via del tutto subordinata – ma piuttosto di *redress* della lesione, e quindi tale da non poter essere in ipotesi rinunciata da singoli membri della *class*.

Con riguardo sempre alla tutela ambientale, un'ulteriore ragione di preferibilità di questo tipo di *action* rispetto alle altre categorie di *class actions* è pure collegato alle caratteristiche di fondo dello strumento di tutela-*injunction*. In effetti, soprattutto in questo settore non sembra sottovalutabile la possibilità che un simile *remedy* consente sia di un intervento preventivo al verificarsi della lesione sia di procedere a un *injunctive class suit* senza una preventiva qualificazione e quantificazione del danno subito dai membri della *class*. È invece proprio da questi due aspetti – l'utilizzazione in via necessariamente successiva al verificarsi della lesione e a séguito di una precisa quantificazione del danno – che l'utilizzazione delle *damages class actions* previste nella *subsection (b)(3)* della *Rule 23* nei cosiddetti *pollution cases* è stata imbrigliata e resa, secondo un'ormai ricorrente denuncia presso la dottrina statunitense, concretamente inutilizzabile come efficace mezzo di tutela superindividuale⁴⁶.

Volendo in chiusura 'osare' un raffronto con la situazione italiana, sembra possibile derivare due ordini di considerazioni da questo pur affrettato esame di un istituto come le *injunctive class actions*. La prima di esse ha carattere generale e concerne quello che si potrebbe definire come l'assetto necessariamente non unitario di una normativa in materia di tutela di interessi diffusi o superindividuali. Come si è detto all'inizio, un simile carattere è evidenziato proprio dal tipo di *class action* che qui è stato preso in considerazione, e dalle sue connessioni con le altre categorie di *class actions* disciplinate nella *Rule 23* delle

⁴⁴ In relazione al primo dei casi citati nel testo, cfr. 41 *F.R.D.* 1966, 147 ss.; NOTE, *Managing the Large Class Action: Eisen v. Carlisle & Jaquelin*, in 87 *Harv. L. Rev.* 1973, 426 ss., spec. 439-446. Il secondo e più recente dei casi citati mette in luce soprattutto problemi di *discovery* in questo tipo di controversie, cfr. 105 *F.R.D.* 1985, 577 ss.; P. SHERMAN, *Agent Orange and the Problem of the Indeterminate Plaintiff*, in 52 *Brooklyn L. Rev.* 1986, 369 ss.; nella dottrina italiana, cfr. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 199 ss.

⁴⁵ Cfr. L.S. MULLENIX, *Class Resolution of the Mass-tort Case: Proposed Federal Procedure Act*, in 64 *Tex. L. Rev.* 1986, 1039 ss. (sulla linea della proposta di nuove normative per reagire alla difficile *manageability* dei *mass tort class suits*, già in precedenza v. il noto A.D. VESTAL, *Uniform Class Actions*, in 63 *A.B.A.J.* 1977, 837 ss.; B.C. MOORE, *Does it Go Far Enough?*, ivi, 842 ss.). Cfr. anche NOTE, *Federal Mass Tort Class Actions: a Step Toward Equity and Efficiency*, in 43 *Alb. L. R.* 1983, spec. 1197 ss.; NOTE, *Mechanical and Constitutional Problems in Certification of Mandatory Multistate Tort Class Actions under Rule 23*, in 49 *Brooklyn L. Rev.* 1983, 517 ss.; di recente, cfr. B.G. GARTH, *Studying Civil Litigation Through the Class Actions*, in 62 *Indiana L. J.* 1987, 497 ss. (e gli altri interventi in materia contenuti nello stesso fascicolo, n. 3, della rivista).

⁴⁶ Così, ad es., cfr., oltre agli articoli citati in note 39 e seguenti, E.H. COOPER, *Mass and Repetitive Litigation*, cit., spec. 527 ss.

Federal Rules of Civil Procedure. Come dimostra l'esperienza statunitense in questo settore, la necessità di adattare lo strumento di tutela alla estrema varietà dei diritti da tutelare ha reso quantomeno opportuna la diversificazione di tali strumenti. In prospettiva italiana, un simile esempio suggerisce di scartare ipotesi di sistemazione della materia degli interessi collettivi tramite il ricorso a un unico meccanismo di intervento processuale. È appena il caso di segnalare che proprio un tipo di *class action* concepita secondo i criteri della *subsection (b)(2)* avrebbe anche da noi ampi settori di possibile utilizzazione; ad esempio, con opportune modificazioni e nel quadro dell'introduzione di forme di tutela collettiva *ad hoc*, in funzione di *enforcement* di norme come quella dell'art. 15 della 'legge di parità'⁴⁷.

La seconda considerazione ha riferimento a quanto si è detto poco sopra riguardo alla sempre più frequente utilizzazione della *injunctive class action* come strumento di tutela ambientale. A questo proposito, la mancata previsione di forme di tutela giurisdizionale di tipo inibitorio nella recente legge istitutiva del Ministero dell'ambiente – ove è invece prevista la sola risarcibilità, e a favore dello Stato, del danno ambientale – consente tuttavia solo di auspicare che una simile forma di tutela venga tenuta in considerazione *de iure condendo*⁴⁸.

⁴⁷ In argomento, seguendo l'ordine cronologico degli interventi, cfr. C. RAPISARDA, *Commento alla legge 9 dicembre 1977 n. 903 – Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Nuove leggi civ.* 1978, 829 ss.; ID., *Osservazioni in tema di attuazione della legge di parità uomo-donna in materia di lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 422 ss.; R. PAOLINI, *Considerazioni generali sulla legge 9 dicembre 1977 n. 903: in particolare sul procedimento speciale ex art. 15*, in *Dir. lav.* 1981, I, 365 ss., 464 ss.; V. ANDRIOLI, C.M. BARONE, G. PEZZANO, A. PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*², Bologna 1987, 1082 ss.; per considerazioni critiche sulla funzionalità dell'art. 15, v. anche L. DE ANGELIS, *La legge di parità uomo donna nella prassi giurisprudenziale*, in *Dir. lav.* 1980, I, 343 ss.

⁴⁸ Sul punto di recente e con ampiezza, v. E. GRASSO, *Una tutela giurisdizionale per l'ambiente*, in *Riv. dir. proc.* 1987, 505 ss.

20. LA FASE INTRODUTTIVA*

SOMMARIO 1. La disciplina della fase iniziale alla luce della «Novella» e delle modificazioni successive – 2. Aspetti contenutistici dell'atto di citazione (art. 163, 3° comma, n. 7, c.p.c.) – 3. Termini per comparire (art. 163-*bis*, 1° comma, c.p.c.) – 4. Nullità dell'atto di citazione: il nuovo art. 164 c.p.c., a) prima parte; b) seconda parte – 5. Costituzione del convenuto e comparsa di risposta (gli artt. 166 e 167 c.p.c. dopo due interventi di riforma) – 6. Designazione del giudice istruttore (art. 168-*bis*, 3°, 4°, 5° comma, c.p.c.) – 7. Ritardata costituzione delle parti (art. 171, 2° comma, c.p.c.).

1. La disciplina della fase iniziale alla luce della «Novella» e delle modificazioni successive

Le trasformazioni subite dalla disciplina della fase iniziale del processo a seguito di successivi interventi normativi, come soprattutto la legge 6 dicembre 1994, n. 673 e la legge 20 dicembre 1995, n. 534, non appaiono così incisive sul complesso della disciplina specificamente dedicata agli atti introduttivi da rendere del tutto inutile qui *in limine* il richiamo ad alcune idee di fondo della novellazione del '90. Posto che a tali trasformazioni si tenderà comunque in questo commento a fare riferimento puntuale sembra subito da rilevare la funzione del tutto strumentale del richiamo all'impostazione della Novella, come di tempo in tempo indice e parametro di valutazione della congruenza e dell'adequatezza delle scelte concrete adottate dal legislatore del '90 quanto nel corso dei successivi interventi normativi concernenti la fase iniziale del processo.

È probabile che, in sé, l'adozione di questa prospettiva di analisi manifesti già qualche perplessità circa le concezioni a fondamento della Novella e le loro modalità di realizzazione della nuova normativa. Si tratta di perplessità con diversi livelli di fondatezza; essendo evidentemente molto ridotto quello relativo alla non completa realizzazione degli obiettivi della riforma nella sua resa normativa. Appare, invece, trovare notevoli giustificazioni la perplessità sulle linee della riforma emerse dal dibattito sviluppatosi al riguardo all'incirca nell'ultimo decennio¹.

* Questo scritto è stato pubblicato in M. TARUFFO (ed.), *Le riforme della giustizia civile*², Torino 2000, 235 ss. Si ringrazia il Dott. Luca Paolini per la collaborazione all'aggiornamento dei dati bibliografici e giurisprudenziali.

¹ Al riguardo, per una verifica delle tesi emerse a ridosso e in stretta relazione con la riforma della normativa processuale, oltre che in relazione all'*iter* formativo della Novella, cfr. la collezione, a cura di B. CAPPONI, dei primi interventi – progetti e proposte di varia provenienza – realizzati in materia, in *Doc. giust.* 1988, n. 10, 212 ss.; in analoga prospettiva, v. AA.Vv., *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, ivi, 7 ss.; per una documentazione della filosofia fondante la Riforma, successivamente alla sua realizzazione, v., ad es., AA.Vv., *Provvedimenti urgenti per il processo civile – Legge 26 novembre 1990, n. 353 (G.U. 1° dicembre, n. 281, suppl. ord. n. 76)*, in *Corr. giur.*, 1991, 5 ss. Per interventi nei quali la linea teorica della riforma è analizzata nel suo complesso, sia nel momento 'formativo' della riforma stessa sia una volta realizzatasi con la legge 353, v., ad es., e tra i molti, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello*, in *Foro it.* 1991, V-9, 249 ss.; ID., *La nuova disciplina della nullità dell'atto di*

L'elaborazione che, a ridosso della Novella e comunque nell'ambito del dibattito ora accennato, ricevono le idee di fondo alle quali conformare una nuova disciplina del processo, sembra invero concentrarsi intorno ad un numero molto ridotto di elementi caratterizzanti. Sintetizzando molto, e con prevalente riferimento all'assetto della fase introduttiva, questi elementi possono essere ridotti a tre: l'intento dichiarato di configurare forme di fase preparatoria, in quanto tali distinte e autonome dalle successive fasi del processo; l'esigenza di realizzare, attraverso la rivitalizzazione del sistema delle preclusioni², forme di sbarramento rigide alle attività allegatorie e comunque di *mutatio* ad opera dei legali di parte; infine, la tendenza alla salvaguardia degli atti della fase introduttiva, intesa in ogni caso a garantirne la rinnovazione³.

Si dirà tra poco dello specifico carattere di queste direttive, oltre che della loro reciproca eterogeneità. Appare tuttavia rilevante sottolineare subito un'assenza nel dibattito relativo alle idee-guida della riforma del '90. Sembra infatti mancare del tutto in questo contesto un nucleo combinato di concezioni, come quella facente capo all'incremento dei poteri direttivi e di iniziativa istruttoria del giudice e quella concernente l'effettività della

citazione, ivi, 177 ss.; G. COSTANTINO, *Appunti sulle proposte di riforma urgente del processo civile*, in *Doc. giust.* 1988, n. 10, 8 ss.; G. TARZIA, *Crisi e riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 633 ss.; ID., *Il progetto Vassalli per il processo civile*, ivi, 1989, 120 ss.; ID., *I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato*, ivi, 1990, 757 ss.; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla Novella del processo civile*, ivi, 1991, 657 ss.; ID., *L'amministrazione della giustizia civile in Italia: linee di tendenza delle attuali proposte di riforma*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Mario Nigro*, Milano 1991, 97 ss. (dell'estratto; anche in *Quest. giust.* 1989, V, 255 ss.); ID., *L'entrata in vigore dimezzata dei provvedimenti urgenti per il processo civile: compromesso ragionevole o colpo di mano?*, in *Giur. it.* 1992, IV, 507; M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, in G. BORRÉ, F. CASTELLANO, A. PROTO PISANI, E.F. RICCI, M. TARUFFO, *La riforma del processo civile – Linee fondamentali*, Milano 1991, 27 ss.; F. CARPI, *È sempre tempo di riforme urgenti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 471 ss.; C. CONSOLO, *Un codice di procedura civile «seminuovo»*, in *Giur. it.* 1990, IV, 429 ss.; E. FAZZALARI, *Luci ed ombre della riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 621; V. DENTI, *Per lettura critica delle riforme*, in M. TARUFFO (ed.), *Le riforme della giustizia civile*, Torino 1992, 1; G. OBERTO, *Il giudizio di primo grado dopo la riforma del processo*, in *Giur. it.* 1991, IV, 313.

² Occorre, peraltro, rilevare come il primitivo testo della Riforma abbia subito modifiche di un certo rilievo proprio in relazione al tema delle preclusioni. Contro l'originario testo si registrò, infatti, da parte del ceto forense, una ferma opposizione culminata in uno sciopero proclamato dalle organizzazioni sindacali e dagli Ordini forensi nell'ultima settimana di aprile 1995, in segno di protesta contro il d.l. 21 aprile 1995, n. 121 relativo alla definitiva entrata in vigore della Riforma. Tale presa di posizione – corroborata anche dalla Mozione n. 29, approvata al XXII° Congresso nazionale giuridico forense (Roma, 8-12 settembre 1993) – ebbe evidentemente un suo peso nella successiva adozione dei correttivi di cui alla legge 1995/534, della quale si tratterà oltre.

³ Per un'esemplificazione del livello di elaborazione raggiunto – specie riguardo al problema del diffuso ricorso a un meccanismo di preclusioni – da simili istanze nel momento «formativo» della riforma, cfr., ad es., G. FABBRI, *Per un progetto di riforme urgenti del c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 1053 ss.; ID., *Cinque emendamenti in tema di processo di cognizione*, in *Foro it.* 1989, V, 270; ID., *Preclusioni, contraddittorio e poteri del giudice*, in *Quad. C.S.M.* 1990, 39 ss.; fra gli altri, per una riconsiderazione di tali direttive, v. anche C. CECHELLA, *Contraddittorio e preclusione (Note intorno alla novella sul processo civile)*, in *Giust. civ.* 1991, 447 ss.; tra gli aa. già citati, sul punto v., inoltre, G. TARZIA, *I provvedimenti urgenti*, cit., 743 ss.; da ultimo v., specificamente, M. TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 296 ss.

tutela giurisdizionale, che hanno diffusamente occupato la più vasta area del dibattito processualciviltistico nel passaggio tra i decenni '70 e '80⁴.

L'impressione è che – nella percezione della maggioranza della dottrina – tale circostanza sia stata vista come un indice della netta caratterizzazione di queste concezioni e delle relative istanze di rinnovamento, come essenzialmente delle mode culturali passeggerie. Del resto, è altrettanto netta la sensazione che da quest'assenza sia derivato un globale abbassamento qualitativo del dibattito sugli obiettivi della riforma⁵. In esso si è per lo più sostituito il richiamo alle concezioni sopraindicate con quello a una generica e fluttuante nozione di efficienza/accelerazione, in quanto tale meno impegnativamente collegabile alle sempre presenti esigenze di rigenerazione di un tessuto normativo notoriamente sdrucito, come quello della disciplina del nostro processo civile. Di qui, forse, l'ulteriore sensazione di un quasi insistito e ricercato carattere di urgenza della riforma, da inquadrare nell'attribuzione ad essa di un prevalente e in qualche misura neutro carattere «tecnico»⁶.

In questo quadro sembra in particolare inserirsi la vicenda degli interventi di novellazione realizzati con i provvedimenti del '90, del '94 e del '95 per quanto riguarda la fase introduttiva; e ciò in particolare se si tiene conto delle modalità con le quali in tale contesto si sono perseguite e attuate le tre direttive di riforma indicate più sopra. Si è già accennato al carattere eterogeneo di questi indirizzi. Ciò che ulteriormente la disciplina della Novella sembra manifestare è il loro mancato coordinamento e il loro svolgersi in direzioni talvolta francamente confliggenti. Che questo *modus* di realizzazione della riforma sia, di nuovo, strettamente collegabile all'atmosfera di complessiva urgenza che ha pervaso il suo *iter* formativo non si può escludere; ma appare già fin d'ora ipotizzabile che meditate scelte teoriche e di politica del diritto ne siano anche alla base, come potrà risultare dalla verifica di tali indirizzi di riforma attraverso l'analisi delle specifiche innovazioni adottate riguardo alla disciplina della fase introduttiva.

È soprattutto in relazione alla disciplina degli atti introduttivi di parte che – lo si è già detto più sopra – hanno modo di manifestarsi le linee di intervento adottate nella riforma per l'organizzazione di una fase propriamente preparatoria del giudizio. Anche se ovviamente al riguardo assumono maggiore e più specifico rilievo le soluzioni concernenti la successiva normativa sulla trattazione della causa – con particolare riferimento agli artt.

⁴ Dà conto di queste problematiche e del relativo dibattito, ad es., M. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 239 ss., 286 ss.; per un collegamento tra le questioni indicate nel testo v., tra gli altri, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 269 ss.

⁵ Con sintetica pregnanza, per un'illustrazione di questo dato, v. M. TARUFFO, *intervento*, in AA.Vv., *Il metodo della ricerca civilistica*, in *Riv. critica dir. priv.* 1990, 241 ss.

⁶ Questo approccio è esplicitato (tra gli altri), ad es., in R. VACCARELLA, *Le linee generali del nuovo processo civile, a proposito dei «provvedimenti urgenti» approvati dal Senato*, in *Doc. giust.* 1994, 12 ss.; B. CAPPONI, *Riforme urgenti e prassi del processo civile*, in *Quad. giust.* 1989, 43 ss.; e così anche le «relazioni» relative ai progetti che precedono la Novella, v., ad es., quella del cd. «Progetto Vassalli», in *Foro it.* 1989, V, 330 ss.; quella relativa alle *Proposte di riforme urgenti del processo civile*, in *Doc. giust.* 1988, 280 ss. (già in *Foro it.* 1986, V, 511 ss.); e anche, nel complesso, la «Presentazione» al *Testo provvisorio di una proposta di riforme urgenti del c.p.c.*, ivi, 296 ss. (già in *Foro it.* 1987, V, 77 ss.); inoltre, v. N. LIPARI, M. ACONE, *Relazione alla Commissione del Senato sul disegno di legge n. 1288/S/X*, ivi, 428 ss.

183 e 184⁷ – è agevole intendere il ruolo inevitabilmente non secondario che spetta alla conformazione dell'atto introduttivo nell'ottica dell'organizzazione di un'articolata disciplina della fase preparatoria, in analogia con quanto in altre esperienze è avvenuto per il *pre-trial* e per l'*Haupttermin*⁸.

Ciò in quanto si accolga l'ottica che vede come un elemento fondamentale degli atti introduttivi la loro idoneità a realizzare una immediata individuazione dell'oggetto della controversia, anche attraverso la contestuale chiarificazione delle singole questioni relative. In questa prospettiva, la realizzazione di tali obiettivi negli atti iniziali del processo si pone come una premessa basilare per consentire alla fase preparatoria di adempiere alla sua funzione essenziale, di giungere in breve a isolare il nucleo delle sole questioni effettivamente controverse e pertanto, concluso questo *iter*, consentire senz'altro la definizione della causa nella successiva fase decisoria⁹. Sempre in questa chiave, per converso, un progetto serio e culturalmente fondato di fase preparatoria non si presenta attuabile in assenza di una disciplina corrispettivamente adeguata degli atti di parte collocati nella fase iniziale del giudizio¹⁰.

Si può subito rilevare che tale prospettiva, e i problemi ad essa connessi, sembrano essere stati solo molto limitatamente presenti al legislatore del '90, e forse vagliati con non sufficiente accuratezza, se si considerano gli interventi realizzati con la novella riguardo alla disciplina degli atti introduttivi.

A tale proposito, appare anzitutto indicativa una circostanza avente carattere in qualche misura preliminare rispetto a quest'ordine di problemi; quella cioè relativa alla forma da attribuire agli atti introduttivi di parte nel contesto di una riforma tanto lungamente attesa del processo ordinario di cognizione. Non sembra troppo dire che la scelta del mantenimento della forma della citazione per tali atti assume, in questo contesto appunto, un valore quasi emblematico. E ciò per essenziali ragioni di ordine storico-ideologico, oltre che per ragioni tecnico-processuali di non poco rilievo sul piano della predisposizione di una disciplina effettivamente rinnovata della fase iniziale del procedimento civile¹¹.

⁷ A proposito dei quali il rinvio è alla successiva trattazione in quest'opera da parte di Michele Taruffo.

⁸ Tra i molti possibili, nella letteratura italiana, si vedano, ad es., i richiami di A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 125 ss., 151 ss.; diffusamente sul *pre-trial*, cfr. M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1990, 324 ss.; di recente per sintetici richiami, v., anche, M. CASTELLINI, *Udienza preliminare e «provvedimenti urgenti» per il processo civile*, in *Quest. giust.* 1991, n. 2, 350 ss.

⁹ Sul punto, anche per rilievi critici circa la realizzazione di una effettiva fase preparatoria nel senso di cui nel testo, cfr. M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, cit., 27 ss.; in fondamentale analogia critica, v., anche, G. TARZIA, *Crisi e riforma del processo civile*, cit., 639 ss.; sulla linea di una fondamentale adesione alle soluzioni adottate al riguardo con la novella, cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello*, cit., 252 ss. Si veda, inoltre, per una serie di rilievi critici sulla struttura del processo civile, P. BIAVATI, *L'iniziativa delle parti e processo a preclusioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 477 ss.; S. POLITANO, *I termini nel nuovo processo civile*, Genova 1996, 64 ss.

¹⁰ Come, peraltro, risulta dalla logica complessiva di A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello*, cit.

¹¹ Si vedano in proposito, ad esempio, i rilievi di S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla Novella del processo civile*, cit., 667; M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*,

Il mantenimento della forma della citazione sembra, in effetti, voler contraddire e frenare una tendenza evolutiva ormai risalente nel senso dell'adozione della forma di ricorso¹². Una tendenza che – sulla scia della diffusa individuazione del modello di riferimento nelle scelte effettuate per la disciplina della fase introduttiva del processo del lavoro¹³ – si svolge in progressione a partire dalla metà degli anni '70, tanto da trovarsi codificata in quello che con tutta probabilità può considerarsi il più originale tentativo di riforma del processo civile di cognizione precedente alla attuale novella, ossia il cosiddetto progetto Liebman¹⁴. Inoltre, il fatto che, soprattutto nel corso dell'ultimo decennio, intorno a questa linea di tendenza si siano a più riprese manifestati vari consensi e apprezzamenti sembra, a contrario, configurare la soluzione accolta dal legislatore del '90 come un segnale con essenziali implicazioni di politica del diritto¹⁵.

Sembra, del resto, confermare ciò il ricorrente richiamo all'esperienza del processo del lavoro nell'ambito dello stesso dibattito sviluppatosi a ridosso dei 'provvedimenti urgenti'. Proprio in questo ambito trova una eco diffusa e insistita l'individuazione nella disciplina della legge del '73 dello strumento per realizzare obiettivi di accelerazione del processo civile ordinario, intervenendo su alcuni dei suoi caratteri strutturali, a partire dalla impostazione della fase introduttiva¹⁶. L'impressione di un quasi scontato accoglimento delle principali direttive della normativa sul processo del lavoro induce pertanto a caratterizzare come apparentemente incoerente il mantenimento della citazione come forma della domanda all'interno della legge n. 353 e delle successive modifiche; anche se, in altra ottica, appare piuttosto evidente la *ratio* alla base di tale scelta da parte del legislatore del '90. La si può probabilmente individuare nell'intento di esplicitare – e di qui il valore quasi emblematico di cui si è detto – una soluzione di continuità rispetto alle pure vagliate istanze di profonda ristrutturazione dell'assetto della fase introduttiva, realizzando, cor-relativamente, la conservazione di una netta linea di continuità rispetto all'impostazione della disciplina originaria del codice a questo riguardo¹⁷.

cit., 28; cenni in V. DENTI, *Il giudice di pace e la riforma del processo civile italiano*, Relazione al Congresso: *L'accesso alla giustizia e il giudice di pace negli ordinamenti europei*, Folgaria 10, 11 gennaio 1992, 3.

¹² Per un'analisi dei caratteri distintivi del ricorso, si rinvia alla trattazione di F. CORDOPATRI, *Ricorso (diritto Processuale civile)*, in *Enc. dir.* XL, Milano 1989, 731 ss.

¹³ Così, ad es., nei vari interventi riportati in *Doc. giust.* 1988, n. 10, cit.; si veda anche ivi, 1991, n. 10 a cura di B. CAPPONI, G. MANZO, ove, nei riportati atti preparatori, sono insistenti e iterati i riferimenti al modello rappresentato dal rito del lavoro. Tra gli altri, e oltre agli aa. già citati, sul punto v., anche, S. LA CHINA, *Diritto processuale civile: la novella del 1990*, Milano 1991, 5 ss.

¹⁴ Per testo e relazione di tale progetto, cfr. *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 1977, 452 ss., spec. 456; per indicazioni al riguardo, tra i molti, v., ad es., A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 10 ss.

¹⁵ Come esempio di questo 'sentire' v., tra gli altri, il testo della relazione al disegno di legge 634, N. LIPARI, *Delega legislativa al governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 318 ss.

¹⁶ Cfr., ad es., S. CHIARLONI, *Riflessioni inattuali*, cit.; A. PROTO PISANI, *Le linee del disegno relativo ai provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Doc. giust.* 1988, n. 10, 96 ss.

¹⁷ Tra gli altri, per la segnalazione di ciò, cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello*, cit., 252 ss.; M. TARUFFO, *La struttura del*

Assumono quindi un significato difficilmente equivocabile il principale fondamento di questa continuità e le relative implicazioni sul piano delle concezioni teoriche generali e della tecnica del processo. Tale fondamento e significato appaiono infatti da connettere in via principale al ruolo attribuito al giudice nel contesto delle attività della fase introduttiva del processo o, meglio, al rapporto che si è inteso instaurare tra i poteri del giudice e i poteri delle parti in ordine all'impostazione della controversia¹⁸. Volendo considerare tali poteri come collegabili in un rapporto di proporzionalità inversa – in base al quale all'incremento dell'area dei poteri conferiti ad un soggetto corrisponderebbe la delimitazione proporzionale dell'area di quelli dell'altro soggetto – la scelta del mantenimento della citazione come forma degli atti introduttivi segnala nella disciplina della Novella la rinuncia a modificare, attraverso una diversa conformazione di tali atti, la distribuzione dei relativi poteri in questa fase del processo, e il suo attuale sbilanciamento in favore delle parti¹⁹.

Che su ciò – ossia, sull'aumento o non dei poteri di direzione del giudice nell'impostazione della controversia – operi l'opzione tra il mantenimento della forma della citazione e l'adozione di quella del ricorso è, del resto, chiarito nel nostro ordinamento dall'esperienza del processo del lavoro²⁰. Considerata complessivamente, oltre che sulla base dei riscontri della pratica anche su quella della percezione generalmente diffusa presso la dottrina, questa esperienza ha fornito ampia dimostrazione dell'idoneità della forma del ricorso a incidere sull'allocatione dei suddetti poteri²¹. Non solo per via del potere di fissazione dell'udienza da parte del giudice, con il ricorso previsto dalla riforma del '73 si realizza infatti il virtuale conferimento a quest'ultimo di un vasto potere di supervisione delle modalità di esecuzione delle attività introduttive di parte; pertanto della qualità delle rispettive difese, e per questo tramite anche di un effettivo potere di gestione dell'andamento della controversia nella sua fase iniziale²². Indipendentemente dall'evoluzione subita sul piano giurisprudenziale dall'interpretazione degli artt. 414 e 416, con riguardo alla sanzione del rispetto dei requisiti ivi previsti in ordine alla precisa determinazione dell'oggetto della controversia²³, il meccanismo predisposto per l'introduzione della causa dalla normativa sul processo del lavoro continuerà pertanto a rappresentare un modello di procedimento 'altro' da quello – in larga misura immutato presente nella novella del '90. Su di un piano di stretta tecnica normativa, alla verifica di questa circostanza si potrà procedere nel corso dell'analisi esegetica della quale verrà qui di seguito fatto oggetto il complesso degli inter-

procedimento di primo grado, cit., 27; ID. *La trattazione preliminare della causa nel disegno di legge n. 1228/S/X*, in *Doc. giust.* 1988, n. 10, 72 ss.

¹⁸ Rilievi in questo senso sono, ad es., presenti in F.P. LUISO, *Provvedimenti per il processo civile*, in *Doc. giust.* 1990, n. 4, 29 ss.; B. CAPPONI, *I poteri del giudice nella riforma del processo civile*, in *Quad. giust.* 1989, 39 ss.

¹⁹ In questo senso v. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 667 ss.

²⁰ Per limitarsi alla dottrina più recente, in prospettiva generale sul punto v. M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, cit., 28 ss.

²¹ Espressamente al riguardo, e nella prospettiva indicata, cfr. L. DE ANGELIS, *La tutela differenziata del lavoro tra strumenti di deflazione e impatto delle riforme del processo civile*, in *Foro it.* 1992, V, 12.

²² Cfr., ancora, M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, cit.; L. DE ANGELIS, *La tutela differenziata del lavoro tra strumenti di deflazione e impatto delle riforme del processo civile*, cit.

²³ Per un'analisi che accoglie un'analoga visione, v. L. DE ANGELIS, *Uno sguardo sulla giustizia del lavoro*, in corso di stampa, *passim* (ma in particolare cap. I, § 12).

venti realizzati con la Novella riguardo alle attività della fase iniziale del processo. In linea più generale, con riguardo alle direttive della riforma su questo versante, sembra tuttavia da ribadire che la scelta relativa alla forma degli atti introduttivi, nella sua incoerenza rispetto alle pur dichiarate analogie di fondo con le soluzioni adottate nella legge del '73, sembra oggettivamente caratterizzarsi come un'importante occasione mancata ai fini della ridefinizione dei rapporti e dei ruoli delle parti e del giudice nel processo civile.

Prima di passare a un'analisi diretta delle specifiche norme inerenti l'introduzione del giudizio, è opportuno precisare che tutte le nuove disposizioni introdotte con legge 1990/353 sono entrate in vigore soltanto in epoca successiva e, precisamente, a partire dal 30 aprile 1995, come stabilisce il capoverso dell'art. 92 della legge 1990/353, così come modificato dalla legge 4 dicembre 1992, n. 477 e dal decreto legge 7 dicembre 1994, n. 571, convertito in legge 6 dicembre 1994, n. 673. Quanto ai giudizi pendenti in tale data, si applicano le disposizioni anteriormente vigenti, così come previsto dall'art. 90 legge 1990/353, modificato con d.l. 19 aprile 1995, n. 121, non convertito, e successivamente sostituito dal d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito in legge 20 dicembre 1995 n. 534.

2. Aspetti contenutistici dell'atto di citazione (art. 163, 3° comma, n. 7, c.p.c.)

Dopo quanto si è detto circa il carattere di chiara conservazione dell'impostazione originaria del codice, insito nel mantenimento nella Novella della citazione come forma degli atti introduttivi di parte, appare in larga misura scontato che la disciplina dell'art. 163 non abbia subito che interventi di dettaglio da parte del legislatore del '90²⁴. In effetti, una catalogazione di questo tipo sembra senz'altro adattarsi all'unica modificazione introdotta a questo riguardo dalla Novella²⁵; ossia quella concernente il n. 7 del 3° comma dell'art. 163, e corrispondente all'art. 7 della legge di riforma²⁶.

Nonostante questi limiti, come manifestazioni degli indirizzi che tale riforma ha inteso perseguire, anche le innovazioni introdotte nella disciplina dell'art. 163 dalla Novella del '90 non appaiono tuttavia prive di interesse²⁷, soprattutto se analizzate alla luce dei successivi interventi del legislatore²⁸.

Sembra anzi di poter dire che, forse proprio in ragione del loro carattere quasi tralattizio, in questi minimi ritocchi concernenti la disciplina del contenuto della citazione affiorano alcune delle caratteristiche essenziali, siano esse state esplicitate o no, del pro-

²⁴ Come esempio di questo, del resto costante rilievo v. F.P. LUIO, *Commento all'art. 7 della legge 353*, in C. CONSOLO, F.P. LUIO, B. SASSANI (eds.), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 33; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano 1996, 55 ss.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 1996, 342.

²⁵ Così, ad es., v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità dell'atto di citazione*, cit., 186-187.

²⁶ Per il testo della norma, v., ad. es., C. CONSOLO, F.P. LUIO, B. SASSANI (eds.), *Commentario alla riforma del processo civile*, cit.

²⁷ Così, per una valutazione non riduttiva delle trasformazioni che nella Novella interessano l'art. 163, ad es., G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 56-57; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino 1998, 12 ss.

²⁸ Per una disamina più puntuale delle modifiche apportate, peraltro indirettamente, all'art. 163 c.p.c., si vedano le pagine successive.

gramma della riforma relativamente alla configurazione da attribuire alla fase introduttiva della controversia.

In un quadro, come si è detto, di fondamentale continuità rispetto all'assetto previgente, le innovazioni in questione segnalano in particolare due elementi generalmente caratteristici della riforma del '90. Il primo di tali elementi attiene appunto alla conservazione nella Novella dell'assetto della citazione come struttura degli atti introduttivi di parte e coincide in definitiva con il mantenimento della prospettiva – nella quale opera anche la novellazione del 3° comma dell'art. 163 – che continua a vedere nella figura dell'attore il principale soggetto di riferimento delle disposizioni concernenti la fase introduttiva²⁹. Il secondo elemento concerne invece quella che si può definire la più rilevante scelta di innovazione del legislatore del '90, specie per quanto riguarda la disciplina delle attività della fase iniziale del processo; ossia, la tendenza a disciplinare tali attività specialmente attraverso la loro sottoposizione a un meccanismo di preclusioni e di decadenze che, almeno inizialmente, era stato ideato in maniera piuttosto rigida, ma che – attraverso successivi interventi – ha perduto buona parte della sua 'incisività'³⁰.

Con riferimento al primo degli elementi indicati, la sua manifestazione nell'ambito della novellazione che ha interessato il 3° comma dell'art. 163 può essere connessa in par-

²⁹ In questo senso, tra gli altri, v., ancora, G. TARZIA, *Lineamenti*, cit.; ID., *Crisi e riforma del processo civile*, cit., spec. 640 ss.; così, anche, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 65.

³⁰ Tra i numerosi interventi successivi alla Novella del '90, si veda, specificamente, A. ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.* 1990, V, 385 ss.; sulla scelta del meccanismo preclusivo come cardine di una riforma del rito civile ordinario, v., in precedenza e all'origine della riforma che condurrà alla Novella del '90, G. FABBRINI, A. PROTO PISANI, *Proposte di riforme urgenti del processo civile*, in *Foro it.* 1986, V, 524 ss.

Il ritorno al principio delle preclusioni attuato attraverso la Novella del '90 ha trovato la propria giustificazione nella sempre più sentita esigenza di razionalizzazione del processo di cognizione. Così, mentre il vecchio art. 183 prevedeva che, alla prima udienza, le parti potessero precisare e, quando occorreva, modificare le domande, eccezioni e conclusioni formulate nell'atto di citazione e nella comparsa di risposta, e, in ogni caso, proporre tutte quelle domande ed eccezioni che fossero la conseguenza diretta di quelle già formulate; e l'art. 184 attribuiva al giudice istruttore, in concomitanza di gravi motivi, il potere di autorizzare le parti a produrre nuovi documenti, chiedere nuovi mezzi di prova e proporre nuove eccezioni che non fossero precluse; le medesime norme, nella formulazione del '90, disponevano, per il convenuto, una preclusione assoluta in ordine alla facoltà di proporre nuove eccezioni oltre a quelle formulate nella comparsa di risposta, fatta salva la sola facoltà di sollevare quelle eccezioni che fossero la conseguenza delle domande e delle eccezioni dell'attore conseguenti alla domanda di convenzionale, nonché di modificare le domande le eccezioni già proposte.

Quest'impostazione fu oggetto di notevoli critiche provenienti, in particolare, dall'avvocatura. In esse si rilevava la sperequazione fra la posizione del convenuto e quella dell'attore, proprio in ragione dell'onere gravante sul primo riguardo alla necessaria proposizione di tutte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio nello stesso atto introduttivo. A tali inconvenienti si tenta di ovviare attraverso una sorta di «controriforma», con l'adozione di discipline successive, quali il d.l. 7 ottobre 1994 n. 432, convertito nella legge 6 dicembre 1994, n. 673 e il d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito nella legge 20 dicembre 1995, n. 534.

Sull'argomento, oltre al rinvio ai paragrafi successivi, si veda: G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli 1995, 139; G. TESORIERE, *Il processo civile riformato*, Padova 1997, 95; F. BRIZZI, *Note sulla riforma e sulle controriforme del c.p.c.*, in *Dir. giur.* 1996, 35; P. BIAVATI, *L'iniziativa delle parti e processo a preclusioni*, cit.

ticolare a due aspetti della normativa in questione, da considerare congiuntamente. Sotto un profilo strutturale, o di articolazione interna delle disposizioni del 3° comma dell'art. 163, le innovazioni della legge 353 non hanno provocato alterazioni di alcun genere (il riferimento è, in particolare, alla previsione di termini diversi per la costituzione del convenuto su invito dell'attore; di regola, venti giorni prima dell'udienza, e dieci in caso di abbreviazione dei termini *ex art. 168-bis*)³¹.

In analoga prospettiva, un ulteriore indice di ciò può essere individuato nell'altra innovazione introdotta dalla Novella, nella disciplina del n. 7 del 3° comma dell'art. 163, e corrispondente all'«avvertimento che la costituzione oltre i termini implica le decadenze di cui all'art. 167»³². Una previsione nella quale in certo senso ridonda quella sorta di potere di gestione delle attività di instaurazione della controversia da parte dell'attore, già manifesto nell'«invito» a costituirsi e a comparire, presente nella disciplina previgente e del resto non modificato nella riforma³³.

Questa valorizzazione del ruolo dell'attore nella fase iniziale del processo avrebbe potuto assumere una valenza particolare nell'ambito della Novella del '90, soprattutto in relazione al secondo elemento indicato. Se infatti – all'interno di una logica di mera conservazione del modello della citazione a udienza fissa quale forma-tipo delle attività introduttive di parte – può apparire giustificato l'accentramento nella figura dell'attore di alcuni rilevanti poteri/doveri di gestione del meccanismo di instaurazione della controversia, tale scelta assume diverso significato ove su queste attività venga fatto interagire un forte meccanismo di decadenze e di preclusioni, come quello presente nella normativa della legge 353 del '90, peraltro – come detto – temperato dai successivi interventi legislativi³⁴. Si può subito anticipare che da questa interazione in buona sostanza sembrò derivare la perdita del carattere di apparente neutralità delle scelte del legislatore del '90 riguardo all'assetto della fase introduttiva, e la loro caratterizzazione come scelte improntate ad un fondamentale *favor actoris*³⁵.

³¹ Si rinvia alle indicazioni che, *infra*, concerneranno, in testo e n., questa disposizione, *sub* § 3. Va, tuttavia, sottolineato come l'intervento del legislatore del '94 in relazione ai termini per la costituzione del convenuto – per il quale si rinvia ai successivi paragrafi – appaia svolgere essenzialmente *intentione legis* la funzione di riequilibrio delle posizioni di attore e convenuto nella fase introduttiva del processo. Una modifica che solo indirettamente interessa il contenuto della norma di cui si tratta in questo paragrafo, e che pertanto verrà considerata qui più specificamente nel commento agli artt. 166 e 168-*bis* c.p.c., per i quali si rinvia *infra*.

³² Con specifico riferimento a questa innovazione e alle sue implicazioni sul piano interpretativo, cfr., ad es., A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità dell'atto di citazione*, cit., 186-187; F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 34; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 58.

³³ Per una visione fortemente critica del mantenimento, sul piano tecnico, e dell'incremento, sul piano dell'ideologia complessiva della riforma, di una visione nella prospettiva dell'attore della fase di impostazione della controversia, v., ancora, S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit.

³⁴ Con riferimento a tale interazione, cfr., ad es., G. TARZIA, *Lineamenti*, cit.; sul punto, v., anche, M. PIVETTI, *Atti introduttivi e preclusioni nel sistema della novella*, in *Quest. Giust.* 1991, 182 ss.; M. TARUFFO, *Le preclusioni*, cit.

³⁵ Così, ancora, cfr. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit.; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 57; M. TARUFFO, *La struttura*, cit., 28-29; nel senso di un complessivo rigetto di questa caratterizzazione della struttura della fase iniziale nella Novella del '90, v., invece, R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.* 1991, V, 5 ss.

Nella disciplina del nuovo n. 7 del 3° comma dell'art. 163 questa circostanza risultava particolarmente individuabile nella predisposizione del meccanismo sopraindicato soprattutto come strumento di accelerazione delle attività di difesa del convenuto nella fase iniziale del processo. Il principale indizio di ciò era rappresentato dal riferimento al convenuto delle disposizioni della norma in questione che concernono le conseguenze del mancato rispetto dei termini indicati³⁶. Anche se – come ha rivelato parte della dottrina³⁷ – la sanzione prevista in termini di nullità per la mancanza dell'«invito» poteva costituire un seppur blando segnale nel senso della sottoposizione di entrambe le parti di una controversia civile ad un analogo regime di rigida determinazione delle attività della fase introduttiva³⁸, la necessaria segnalazione al convenuto del correlativo obbligo di costituirsi entro i venti giorni, previsti dalla stessa norma, assumeva una diversa valenza nel contesto complessivo della disciplina della fase introduttiva predisposta nella Novella del '90. Il fatto che, a fronte della predeterminazione della conseguenza della mancata ottemperanza del convenuto all'«invito» – consistente nelle «decadenze di cui all'art. 167»³⁹ –, e quindi a fronte della virtuale previsione di un unico e rigido termine per l'organizzazione della propria difesa, fosse esplicitamente prevista per l'attore – altrove, del resto, art. 171, 2° comma, riformato⁴⁰ – la possibilità di dilazionare la costituzione ben oltre il termine valido per il convenuto, con una tendenziale disparità di trattamento che – come si rileverà in seguito – sembrava pervadere l'intera disciplina della fase introduttiva, oggettivamente sbilanciando le posizioni delle parti anche sul versante delle strategie difensive realizzabili nell'impostazione di una controversia civile⁴¹.

Infine, sembra opportuno segnalare che, per quanto non attraverso una diretta trasformazione del testo dell'art. 163 c.p.c., il legislatore del '95 ha inciso in modo non irrilevante sulla norma stessa, attraverso la riforma dell'art. 180 c.p.c. Come anche si dirà più oltre, in seguito alla legge 1995/534, sembra aver perso rilievo il dettato del n. 5 del 3° comma dell'art. 163 c.p.c., ove si individua «l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione», quale componente essenziale dell'atto di citazione. In effetti, il nuovo art. 180, c.p.c. consente ad entrambe le parti di formulare istanze istruttorie e di produrre documenti anche

³⁶ In questo senso, cfr., espressamente, G. TARZIA, *Lineamenti*, cit.

³⁷ Cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità della citazione*, cit., 186 ss.

³⁸ Si vedano peraltro al riguardo i già segnalati rilievi di S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit.

³⁹ Per il testo della norma, così come riformata ai sensi della legge 1990/353, si veda, anche per il relativo commento, C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI (eds.), *Commentario*, cit., 33 ss. Per quanto riguarda, invece, il successivo intervento del legislatore sulla norma, si rinvia ai successivi paragrafi.

⁴⁰ Per considerazioni al riguardo, si rinvia a quanto in testo e note al § 7, *infra*.

⁴¹ Riguardo ad una simile problematica, significativi cenni sono rintracciabili in G. TARZIA, *Crisi e riforma del processo civile*, cit., 640 ss.; in generale, in questa prospettiva dello stretto collegamento tra l'impostazione tecnico-ideologica della normativa processuale concernente la fase iniziale della controversia e la problematica dell'etica della difesa, v., inoltre, ancorché in chiave prevalentemente comparatistica, A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1991, 5 ss.

successivamente alla prima udienza di trattazione, entro il termine perentorio fissato dal giudice su richiesta delle parti⁴².

3. Termini per comparire (art. 163-bis, 1° comma, c.p.c.)

Solo un cenno per segnalare qui – essenzialmente *ratione loci* – l'innovazione che, nella Novella, concerne il 1° comma dell'art. 163-bis, in tema di termini di comparizione⁴³. Si tratta chiaramente di una norma intesa ad ovviare alle complicazioni introdotte in questa materia con la riforma del '50⁴⁴. L'intento appare in particolare quello di eliminare la pluralità di indicazioni in merito ai termini dilatori di comparizione, indicazioni rapportate alle diverse possibili circostanze verificabili tra la notificazione della citazione e la prima udienza. Tale intento nella Novella viene realizzato attraverso la previsione di due categorie di termini, corrispondenti alla necessità che la notificazione debba essere effettuata in Italia piuttosto che all'estero⁴⁵.

La riduzione di complessità che, con la nuova versione del 1° comma, si realizza rispetto alla precedente versione dell'art. 163-bis è certo notevole; ciò è del resto implicito nel passaggio da cinque a due – segnatamente 60 e 120 giorni – delle categorie dei termini per comparire. Come è stato ormai ripetutamente sottolineato in dottrina, quella del legislatore del '90 è una linea di intervento nettamente modellata sulla soluzione prevista per il processo del lavoro all'art. 415, 5° e 6° comma c.p.c., l'unica rilevante differenza rispetto a tale disciplina consistendo nella maggiore estensione dei termini previsti dalla legge del '90 rispetto a quelli della legge del '73 (e oscillanti tra i trenta e i quaranta giorni)⁴⁶. Tuttavia, mentre nella Novella appare largamente giustificata questa più ampia estensione temporale – non fosse che per l'esigenza, che in essa sembra individuabile, di fornire sia alle parti sia al giudice un congruo *spatium*, rispettivamente per l'organizzazione delle difese e per la conoscenza della causa –, anche a questo proposito sembra affiorare qualche segno di quella disparità di trattamento tra attore e convenuto già segnalata riguardo alla nuova disciplina dell'art. 163⁴⁷.

Suscita in particolare perplessità che anche la disciplina prevista nella Novella per il nuovo art. 163-bis ponga essenzialmente 'a carico' del convenuto la realizzazione di obiettivi generali della riforma, come può considerarsi quello di una complessiva accelerazione delle attività della fase introduttiva. A prescindere dalla considerazione – collegabile del resto a quanto *sub* § 2, in questo paragrafo – che la previsione per il convenuto dell'obbligo di costituirsi almeno venti giorni prima dell'udienza di trattazione riduce sensibil-

⁴² In proposito, si veda G. TESORIERE, *Il processo civile riformato*, cit., 91; F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, Milano 1997, 10. Riguardo alla disciplina dell'art. 180, si rinvia alla specifica trattazione, *infra*, in quest'opera.

⁴³ Cfr., per il testo della norma, in una sua attenta considerazione in chiave esegetica, F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., p. 77.

⁴⁴ Com'è costantemente rilevato nei commenti finora realizzati al riguardo, come, ad es., C. CONSOLO, F.P. LUIO, B. SASSANI, *Commentario*, cit.; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 59.

⁴⁵ Si vedano al riguardo ancora i rilievi in C. CONSOLO, F.P. LUIO, B. SASSANI, *Commentario*, cit.; C. MANDRIOLI, *Corso*, II, cit., 20; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 59.

⁴⁶ Per questo raffronto, cfr., ad es., A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 188.

⁴⁷ Si rinvia ai richiami relativi nel precedente sottoparagrafo.

mente l'apparente larghezza dei termini previsti, anche sotto il profilo delle sue *chances* di organizzazione della difesa rispetto all'attore, a giustificare questa perplessità è soprattutto il combinato del 1° comma dell'art. 163 con il resto delle disposizioni lasciate immutate dalla Novella del '90⁴⁸.

Il riferimento è precipuamente al 2° comma di questa norma, che prevede la possibilità di procedere, su istanza dell'attore, all'abbreviazione «fino alla metà» dei termini previsti nel nuovo 1° comma. Con il mantenimento di questa disposizione nella legge 353 – stante appunto la riorganizzazione effettuata quanto alla disciplina dei termini – sembra trovare conferma la più volte accennata sperequazione a favore di una delle parti che la riforma introduce nell'impostazione della fase iniziale. Un rilievo che appare in effetti quasi scontato se – come è già stato rilevato in dottrina⁴⁹ – le considerazioni svolte sopra circa la maggiore limitazione dei termini e delle correlative possibilità di organizzazione della difesa nei confronti del convenuto si rapportano a questa ulteriore possibilità di drastica riduzione dei termini di comparizione; una previsione in ipotesi gestibile dall'attore come una vera tattica difensiva.

4. Nullità dell'atto di citazione: il nuovo art. 164 c.p.c., a) prima parte; b) seconda parte

È riguardo alla disciplina della nullità dell'atto di citazione che viene ormai diffusamente individuato il nucleo dell'intervento della Novella sulla disciplina della fase introduttiva⁵⁰. In ragione della sua centralità rispetto alla riforma del '90, si può dire che questa disciplina rappresenta una sorta di epitome dei caratteri della riforma, sul piano teorico e su quello della sua filosofia di fondo. Sembra anche possibile aggiungere fin d'ora il rilievo che nelle soluzioni adottate si manifesta qui più che altrove come un *proprium* della Novella la tendenza a sovrapporre, e comunque a privilegiare, il dato tecnico rispetto alla chiara evidenza delle scelte di impostazione ideologica sottese alla riforma⁵¹.

Ciò che, in effetti, appare subito chiaro nell'approccio del legislatore del '90 è la tendenza a intervenire sulla precedente normativa dell'art. 164 piuttosto con finalità sistematiche che con effettivi intenti di profonda revisione del meccanismo delle nullità della citazione⁵². Così è, anzitutto, se si considera la nuova versione dell'art. 164 sotto un profilo strutturale. Su questo piano, la norma ha subito le più evidenti, e probabilmente anche le più significative, trasformazioni, che si concretano nella realizzazione al suo interno di una netta dualità tra la disciplina dei vizi relativi alla *vocatio in ius* e la disciplina dei vizi

⁴⁸ Così, v., precipuamente, G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 59.

⁴⁹ Si vedano, ad es., ancora, le considerazioni di S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 676 ss.

⁵⁰ Cfr., tra i numerosi interventi al riguardo, specialmente A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 178 ss.; F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 79 ss.; A. LAMORGESE, *Osservazioni su alcuni aspetti della nullità della vocatio in ius*, in *Giur. merito* 1997, 455; E. JACCHERI, *La nullità della citazione (riflessioni alla luce della riforma del processo civile)*, in *Giust. civ.* 1993, II, 543.

⁵¹ Come, ad es., risulta anche dai rilievi di M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, cit., 28 ss.; Id., *La trattazione preliminare*, cit., 72 ss.

⁵² Cfr., per un'analisi che dà conto di quest'approccio, di nuovo e specialmente A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 186 ss.

relativi alla *editio actionis*⁵³. Un approccio che significativamente ha indotto una parte autorevole della dottrina a proporre riguardo a ciò una sorta di distinzione in ‘sotto-atti’ delle attività di citazione, all’interno di una configurazione solo formalmente unitaria di tale atto⁵⁴.

È probabile che con il riassetto in queste due categorie di vizi dell’atto di citazione la Novella abbia inteso raggiungere finalità diverse. Oltre all’intento genericamente sistematorio al quale si è accennato – e pure rimanendo sostanzialmente nell’ambito di esso –, una di queste finalità sembra individuabile in una allocazione diversa, rispetto alla precedente disciplina dell’art. 163, della gravità del vizio-nullità relativo ai singoli requisiti dell’atto. Alla base di questa operazione pare collocarsi l’esigenza di rivedere, e di risistemare, contestualmente alla disciplina delle singole componenti dell’atto di citazione come modalità di introduzione del giudizio, anche il problema del rapporto tra tale atto e le relative questioni concernenti gli effetti sostanziali della domanda⁵⁵.

Nella normativa della Novella, questo obiettivo trova realizzazione all’interno di una disciplina che tuttavia non sembra risolvere appieno questioni interconnesse, come quelle del rispetto delle modalità di introduzione della controversia da parte dell’attore e dell’effettiva determinazione/chiarificazione già in questa sede dell’oggetto della controversia. Una conseguenza di ciò è di trascurare complessivamente le ulteriori e inevitabili implicazioni di una disciplina delle nullità dell’atto di citazione sulla gestione e sull’organizzazione delle difese nella fase introduttiva del giudizio⁵⁶.

In effetti, il principale obiettivo della nuova norma consiste nel prevedere una sanzione di nullità adeguata ai vizi dell’atto introduttivo⁵⁷, coordinando con tale disciplina una logica di tendenziale rinnovazione e conservazione dell’atto nullo⁵⁸.

⁵³ Per un riscontro di questa circostanza, v., ad es., F.P. LUISO, *Commento all’art. 7*, cit., 79 ss.; al di là della commentaristica, essa è anche manifesta, tra gli altri, in A. BONSIGNORI, *La nullità della citazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 743 ss.; M. PIVETTI, *Atti introduttivi e preclusioni nel sistema della novella*, in *Quest. giust.* 1991, 185 ss.

⁵⁴ Cfr., ad es., A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità dell’atto di citazione*, in *Foro it.* 1991, V, 178 ss.

⁵⁵ Così, ad es., di nuovo, cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità dell’atto di citazione*, cit., 180-183; nonché in precedenza, R. ORIANI, *Citazione nulla e «diritti quesiti»*, in *Riv. dir. civ.* 1988, 823 ss.

⁵⁶ Cfr., tra l’altro, MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Testo provvisorio di una proposta di riforme urgenti del codice di procedura civile*, in *Doc. giust.* 1988, n. 10, 305-306 (pubblicato anche in *Foro it.* 1987, V, 77 ss.); S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 676 ss., 681 ss.

⁵⁷ Tuttavia, già dai lavori preparatori della Novella del ’90 era emersa la necessità – di natura quasi esclusivamente sociologica – di reagire, con sanzioni piuttosto gravi, a vizi di rilevanza apparentemente molto ridotta. Si veda, ad es., la presa di posizione del Sen. M. Acone (in *Atti Senato*, 2° Comm., seduta del 31 ottobre 1990), ove si afferma che la nullità per difetto dell’avvertimento «è una sanzione molto grave che si riferisce ad una violazione molto lieve; se però tale sanzione non fosse stata prevista, si sarebbe introdotto il costume di non indicare la conseguenza derivante dall’inosservanza dei termini o dalla mancanza dell’avvertimento, e la norma sarebbe conseguentemente risultata inefficace».

⁵⁸ Si veda come esempio, tra i molti, della presa d’atto di questa impostazione della Novella, C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., 36.

Appare del tutto funzionale a tale obiettivo la rigida distinzione in due categorie di tali vizi, dal momento che – nell'area rispettivamente dei vizi concernenti l'attività di *vocatio in ius* e nell'area di quelli relativi all'*editio actionis* – la versione novellata dell'art. 164 mostra di individuare con sufficiente chiarezza le conseguenze previste per il mancato rispetto dei requisiti di cui all'art. 163⁵⁹.

a) Così è per quanto concerne la prima categoria di vizi, che il nuovo art. 164 disciplina nella sua prima parte, comprensiva dei tre commi iniziali⁶⁰. È nel primo di tali commi che la norma individua l'area di riferimento delle sue disposizioni. E ciò ove dall'atto di citazione risulti «omesso o assolutamente incerto» il rispetto dei requisiti di individuazione del giudice della causa, della parte convenuta⁶¹, della data della prima udienza; nonché qualora sia stato assegnato un termine di comparazione «inferiore a quello stabilito dalla legge», oppure risulti assente l'«avvertimento» di cui al n. 7 dell'art. 163, 3° comma⁶².

Si tratta di una disposizione di carattere essenzialmente enunciativo, sulla base della quale non vengono introdotte che innovazioni di dettaglio rispetto alla precedente disciplina. In effetti, rimane immodificata una larga porzione della disciplina del vecchio art. 164, relativa alla mancata indicazione della data della prima udienza e all'assegnazione di un termine di comparazione inferiore a quello previsto *ex lege*⁶³. La Novella modifica invece il testo del 1° comma solo con riferimento all'espressa indicazione, tra i vizi sanzionati di nullità, della mancanza dell'avvertimento previsto al «nuovo» n. 7, 3° comma dell'art. 163⁶⁴. Come è già stato giustamente sottolineato dalla dottrina più recente⁶⁵, il dato che sembra emergere dalle innovazioni realizzate dal legislatore al 1° comma dell'art. 164 c.p.c. è costituito dallo scopo perseguito con tale norma: e, cioè, quello di informare il convenuto riguardo all'onere di svolgere le proprie difese entro i termini di decadenza previsti dall'art. 167 c.p.c.⁶⁶. Di conseguenza, appare, *pour cause*, insufficiente il carattere generico della previsione, così come nel n. 7 dell'art. 163 c.p.c.: «con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167», apparendo

⁵⁹ Per limitarsi ad un richiamo particolarmente rappresentativo dell'accoglimento da parte della dottrina dello spirito della disciplina del nuovo art. 164, v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, cit., 188 ss.

⁶⁰ Per il testo della norma novellata e per una sua puntuale analisi, cfr. F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 79 ss.

⁶¹ L'omissione o l'assoluta incertezza della indicazione delle parti – come sottolineato a titolo esemplificativo da F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 81-82 – può assumere duplice rilevanza. Quando tale difetto/incertezza riguarda le parti in senso processuale, il vizio riguarda direttamente la *vocatio in ius*, trattandosi di impossibilità di individuare i soggetti cui debbono imputarsi gli effetti o coloro che sono legittimati a compiere le attività processuali. Diversamente, se il 'problema' concerne le parti in senso sostanziale – e cioè i titolari del diritto soggettivo dedotto in giudizio – si rientra nell'ambito dei vizi che riguardano la *editio actionis*.

⁶² Riguardo alla quale disposizione, si rinvia alle considerazioni svolte al § 2 *infra*; con riferimento all'art. 164.

⁶³ Per un rilievo di questo dato v., ad es., A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, cit., 191 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., 29 ss.

⁶⁴ Così cfr., ad es. G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 64.

⁶⁵ In proposito, F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 76 e 83 ss.

⁶⁶ In proposito, v. *infra*, al § successivo.

invece necessaria la specifica e concreta individuazione delle decadenze previste nei confronti del convenuto⁶⁷.

Si tratta di una circostanza che, nel complesso, tende a spostare l'interesse sul resto della disciplina dei vizi di *vocatio*, in particolare sul 2° comma relativo alle conseguenze della costituzione o della mancata costituzione del convenuto. I problemi interpretativi al riguardo si riducono del resto alla questione del collegamento della nuova ed espressa sanzione di nullità al solo avvertimento, oppure all'intera disciplina del n. 7. Soluzione quest'ultima che appare preferibile, non solo per generica coerenza con un supposto 'spirito della riforma' virtualmente inteso a fornire ampia notizia al convenuto delle attività necessarie per l'avvio della controversia, ma per incidere in qualche misura sul comportamento difensivo dell'attore nel momento iniziale della controversia, anche allo scopo di riequilibrare la già accentuata sperequazione a sfavore del convenuto che segna complessivamente la normativa della novella⁶⁸.

È infatti questo il luogo della norma in questione nel quale il legislatore del '90 consegnata una soluzione molto significativa non solo sul piano tecnico ma anche sotto il profilo della filosofia di fondo della riforma. Ciò si realizza essenzialmente a due livelli, reciprocamente correlati: un primo, relativo a quella che si potrebbe definire la presenza nella norma in questione di una logica di generale rinnovazione dell'atto di citazione; un secondo, relativo alla sistemazione degli effetti per così dire sostanziali della domanda.

Riguardo al primo dei due livelli indicati, la nuova disciplina del 2° comma dell'art. 164 delinea con singolare evidenza l'accoglimento nella legge del '90 di una certa concezione del rapporto tra il ruolo del giudice e le attività di parte nella fase introduttiva del giudizio. Nella prospettiva della tendenziale salvaguardia di tali atti – anzi, in particolare della citazione dell'attore – la norma sembra attribuire al giudice una funzione di mera verifica e conseguente presa da atto delle due circostanze alternative possibilmente verificabili: la costituzione o la mancata costituzione del convenuto.

In relazione a quest'ultima ipotesi, la tendenza descritta appare manifesta nella previsione per il giudice del dovere di sottoporre l'atto di citazione ad un esame mirato a verificarne i vizi, ossia l'effettiva carenza dei requisiti di cui all'art. 163, nell'ottica del 1° comma dell'art. 164⁶⁹. È questo lo spazio per l'esercizio da parte del giudice di poteri *ex officio*; poteri il cui esercizio risulta tutto predeterminato e circoscritto dalla lettera della norma, che espressamente individua come unico risultato delle verifiche – e della positiva rilevazione dei vizi in questione – l'emanazione di un ordine di rinnovazione «entro un termine perentorio» dell'atto di citazione⁷⁰. Si deve inoltre ritenere, nonostante l'assenza di riferimenti specifici nella norma, che il giudice debba intervenire sotto un duplice profilo: indicando all'attore l'elemento della *vocatio* che risulta in qualche modo viziato,

⁶⁷ Cfr. F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 76; si veda anche G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 57, il quale osserva che «gli avvertimenti sulle decadenze, nelle quali l'avvisato può incorrere, debbono essere formulati in un linguaggio semplice e piano, intellegibile almeno per ogni persona di media cultura... se debbono adempiere alla civile funzione di una corretta informazione».

⁶⁸ Cfr., in proposito, tra gli altri, i rilievi di F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 44.

⁶⁹ Al riguardo, cfr., tra gli altri, M. PIVETTI, *Atti introduttivi e preclusioni nel sistema della novella*, cit., 187 ss.; C. CECHELLA, *Contraddittorio e preclusioni (Note intorno alla novella sul processo civile)*, cit., 450 ss.

⁷⁰ Così, v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, cit., 189.

nonché fissando la successiva udienza di prima comparizione⁷¹. Per completezza, occorre ricordare che la norma indica anche – oltre agli effetti della rinnovazione, dei quali si dirà tra breve – le conseguenze della mancata ottemperanza dell'attore a tale ordine; conseguenze che vengono – tradizionalmente, sulla base del modello previsto dall'art. 291, lasciato immutato – fatte consistere nella cancellazione della causa dal ruolo e nella conseguente estinzione del processo⁷².

Che un tale meccanismo di rinnovazione possa configurarsi come un ulteriore indice di quell'atteggiamento di globale *favor* nei confronti dell'attore, segnalato in precedenza, è già stato rilevato in dottrina⁷³. Del resto, a sostegno di questa valutazione critica, sembra collocarsi il fatto che il comportamento processuale corrispondente all'introduzione della controversia, da parte dell'attore e per tramite del proprio difensore, attraverso citazioni tanto carenti non riceva nella disciplina della Novella alcun tipo di sanzione. Considerata nel suo complesso, la normativa della prima parte del nuovo art. 164 appare anzi concepita in modo tale da realizzare, anche rispetto alla precedente formulazione della norma, una diminuzione sostanziale del livello di responsabilità della parte attrice – o, si ripete, del suo difensore – per una corretta impostazione della controversia.

Fornisce una prima illustrazione di ciò l'ipotesi prospettata nell'art. 164 come alternativa a quella della mancata costituzione del convenuto in presenza dei vizi di *vocatio* elencati nel 1° comma, ossia l'ipotesi che tale costituzione effettivamente si realizzi⁷⁴. Di fatto principalmente concentrata sul secondo dei due livelli entro i quali – nella prima parte dell'art. 164 della normativa sulle nullità della citazione – come si è accennato si realizza la filosofia della riforma, la disciplina prevista al riguardo nel 3° comma della 'nuova' norma appare del tutto collocata entro la linea di quello sbilanciamento a favore dell'attore più volte rilevato come un *proprium* della riforma. In effetti, nel 3° comma della norma in questione, la circostanza del verificarsi, comunque, della costituzione del convenuto risulta immediatamente correlata al prodursi, entro certe modalità, di certi effetti sostanziali.

Appare in particolare rilevante che l'effetto della costituzione del convenuto previsto dalla norma consista in una generale sanatoria dei vizi della citazione. Sanatoria che – in analogia con quanto disposto nel precedente 2° comma, secondo capoverso, per il caso di ottemperanza all'ordine di rinnovazione dell'atto di citazione⁷⁵ – avrà un'operatività 'retroattiva' *ex tunc*. Si prevede infatti che essa decorra dal momento dell'effettuazione della prima notificazione della citazione, sia per i cosiddetti effetti processuali sia – nella

⁷¹ In proposito, v. F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 84, secondo cui parrebbe «incongruo che la fissazione di tale nuova udienza sia rimessa all'attore, con il rischio che il giudice debba poi differirla, ex art. 168-bis, in caso di sua indisponibilità».

⁷² Si vedano, ad es., ancora M. PIVETTI, *Atti introduttivi e preclusioni nel sistema della novella*, cit.; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile: la novella del 1990*, cit., 22-23.

⁷³ Cfr. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 676-677.

⁷⁴ Al riguardo, ad es., v. F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 45 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 64; C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., 30; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, cit., 195-196.

⁷⁵ In questo senso i rilievi di F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 45 (anche per i relativi richiami bibliografici).

logica della previsione dell'art. 291, 1° comma⁷⁶ – per gli effetti sostanziali della domanda⁷⁷. Il tutto con una soluzione che sembra escludere qualsiasi caratterizzazione negativa, nei confronti dell'attore (e del suo difensore) per l'introduzione del processo attraverso un atto di citazione carente di elementi essenziali al fine dell'instaurazione di un contraddittorio pieno *in limine litis*⁷⁸. Una soluzione il cui indirizzo sembra del resto confermato dal palese – ancorché non altrettanto chiaramente giustificabile⁷⁹ – carattere di eccezionalità che, nella stessa previsione del 3° comma dell'art. 163, assume l'unico richiamo agli 'interessi' difensivi del convenuto a fronte di una citazione viziata *ex* 1° comma della stessa norma. Il riferimento è alla speciale disciplina prevista per l'ipotesi della deduzione, da parte del convenuto costituitosi, della «inosservanza dei termini a comparire» o della «mancanza dell'avvertimento del n. 7 dell'art. 163», che si risolve peraltro in niente di più di una sorta di rimessione in termini del convenuto («nel rispetto dei termini»), tramite la fissazione da parte del giudice di una nuova udienza di comparizione e la conseguente decorrenza dei termini a difesa *ex* art. 163-*bis*, in coerenza anche con la previsione dell'art. 167 richiamato nell'ultimo comma della norma che si esamina⁸⁰.

Merita attenzione, al riguardo, un dato che parte della dottrina ha messo in rilievo⁸¹. Quale soluzione è possibile prospettare per le altre ipotesi di vizi della *vocatio in ius*, posto che la norma prevede espressamente la fissazione da parte del giudice di una nuova udienza per le sole ipotesi di omesso avvertimento e di assegnazione di un termine a comparire inferiore a quello legale? Appare condivisibile, a tal proposito, l'opinione che debba accogliersi, in questa circostanza, un'interpretazione estensiva dell'art. 164, 3° comma. Ciò sulla base della considerazione che – se l'effettiva riapertura del processo è disposta dal legislatore per quelle ipotesi in cui i vizi dell'atto introduttivo non siano tali da impedire al convenuto di avere conoscenza dell'esistenza di un processo – a maggior ragione la disposizione in esame dovrebbe ritenersi applicabile ove il vizio dell'atto introduttivo fosse tale da impedire l'effettiva organizzazione di un'attività difensiva, data la pratica impossibilità per il convenuto di conoscere l'esistenza del processo se non *aliunde* o in maniera del tutto fortuita⁸².

Nel corso degli ultimi anni, si è anche considerata la questione del momento di necessaria rilevazione della nullità, e della correlativa rinnovazione della citazione. Sulla base della disposizione dell'art. 164 – 2° e 3° comma in particolare – sembra invero che tali attività possano essere realizzate non solo durante la prima udienza ma anche durante l'intero procedimento, come per l'ipotesi di costituzione spontanea del convenuto. Ciò appare giustificato dalla necessità, già accennata, di non porre il convenuto in una posizione di

⁷⁶ Per la relativa sintetica analisi, v. quanto in F. CARPI, V. COLESANTI, M. TARUFFO, *Commentario al codice di procedura civile*², Padova 1988, 457 ss.

⁷⁷ Si veda, in particolare, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, cit., 193-194.

⁷⁸ Cfr. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, 676, che al riguardo utilizza criticamente l'espressione «vizi innocui».

⁷⁹ Come rileva, ad es., G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 64.

⁸⁰ Al riguardo v., ad es., G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 65; F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 48.

⁸¹ Per tutti, si veda F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 86.

⁸² Per un'interpretazione contraria, si veda, invece: G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, cit., 106 ss.

palese sfavore; cosa che invece si realizzerebbe se a contrario questi risultasse essere l'unico pregiudicato da eventuali errori tanto dell'attore quanto, eventualmente, del giudice⁸³.

b) È anche sotto il profilo della disciplina degli effetti dell'eventuale costituzione del convenuto, e della copertura della relativa sanatoria, che, nell'economia della disciplina dell'art. 164 riformato, sembra giustificarsi la differenziazione tra vizi afferenti alla *vocatio in ius* e vizi relativi alla *editio actionis*. In effetti, nella seconda parte della norma (corrispondente al 4° comma e seguenti), il legislatore del '90 non ha predisposto una disciplina di sanatoria estesa, *ex tunc*, delle nullità relative ai requisiti previsti dai nn. 3 e 4 dell'art. 163, conservando invece la sanatoria limitata, *ex nunc*, già caratteristica della 'vecchia' versione della normativa in materia e generalmente valida per tutti i tipi di nullità⁸⁴.

La salvaguardia che in tal modo si realizza di decadenze e di diritti rispettivamente verificatesi e maturati – *ex 5°* comma della stessa nuova versione dell'art. 164 – nel periodo precedente alla rinnovazione della citazione o all'integrazione della domanda da parte dell'attore, entro un termine perentorio fissato dal giudice, segnala una tendenza differenziante forse fondata sulla supposta maggior incidenza dei vizi appartenenti alla seconda categoria sul piano dell'organizzazione della difesa del convenuto e, più in generale, della determinazione delle questioni effettivamente controverse nel corso della fase introduttiva⁸⁵. Anche prescindendo dalla circostanza che tale *ratio* non appare in alcun modo esplicitata nella normativa del nuovo art. 164, sembra fondato il rilievo di quella critica che mostra di dubitare della fondatezza di questa soluzione; e ciò proprio sotto il profilo della non minor gravosità delle conseguenze derivanti, sul piano del coordinamento delle attività difensive di parte e dell'individuazione delle questioni controverse, dalla presenza dei vizi elencati nel 1° comma⁸⁶. Più in generale, sembra comunque rilevante che, alla mancata estensione ai vizi concernenti i nn. 3 e 4 dell'art. 163 della soluzione di estremo vantaggio per l'attore presente nella prima parte della norma in esame, non corrisponda, nella seconda parte, l'adozione di soluzioni intese a promuovere, attraverso la disciplina di tali nullità, criteri di effettivo rigore e completezza nell'impostazione degli atti introduttivi.

Questa impressione sembra trovare conferma nelle disposizioni del nuovo art. 164 che a questo proposito hanno finora suscitato maggiore interesse in dottrina; ossia quelle corrispondenti alla disciplina del 4° comma, sull'assetto dei vizi relativi ai requisiti di cui ai

⁸³ Per una approfondita analisi del tema, v. F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 88 ss.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 80; B. LASAGNO, in S. CHIARLONI (ed.), *Le riforme del processo civile*, Bologna 1992, 226. Parere contrario è espresso da G. OBERTO, *L'introduzione della causa in primo grado dopo la riforma del processo civile*, in *Quaderni C.S.M., La riforma del processo civile*, Roma 1994, I, 267, secondo cui l'istanza di rifissazione dell'udienza *ex art. 164 3°* comma c.p.c. «...si riferisce alle sole ipotesi ivi previste, le quali soltanto rendono certo altamente probabile che il convenuto non ha potuto concretamente godere dello *spatium temporis* che la legge gli garantisce per allestire le proprie difese».

⁸⁴ Così, ad es., espressamente, G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 66-67; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit.; M. PIVETTI, *Atti introduttivi e preclusioni nel sistema della novella*, cit., 190.

⁸⁵ Oltre agli aa. cit., nella nota ante, v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 206.

⁸⁶ In questo senso, cfr. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 676 ss.; cenni in M. TARUFFO, *La struttura*, cit., 31.

nn. 3 e 4 dell'art. 163⁸⁷. In apparenza lontana da possibili asprezze interpretative, la norma sistema, invero con una previsione estremamente sintetica, un aspetto del problema delle nullità della citazione intorno al quale il dibattito è da sempre stato molto intenso, anche in ragione dell'omesso richiamo, nel testo originale dell'art. 164, ai vizi collegabili al requisito descritto nel n. 4 dell'art. 163 – che del resto è rimasto del tutto invariato nel nuovo art. 163 – come la necessaria «esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda»⁸⁸. Pur avendo ovviato a tale carenza – peraltro, come si dirà, all'interno di una disposizione che mostra di impostare in chiave fondamentalmente riduttiva la soluzione del problema delle nullità concernenti questo requisito⁸⁹ – la nuova disciplina è subito apparsa bisognosa di ampi interventi esegetici finalizzati a riempire le lacune testuali della norma.

Occorre dire che in questo contesto sembrano essersi riproposte, protraendosi per certi versi forse anche al di là di effettive ragioni di utilità e di attualità, gran parte delle tematiche e dei criteri di inquadramento propri del dibattito che in precedenza aveva interessato la problematica delle allegazioni, nell'ambito di quella più vasta della struttura e delle finalità degli atti introduttivi di parte⁹⁰. Non è questa la sede per riferire, in qualche modo ricapitolandola, di tale discussione ormai molto risalente e assestata a un livello di forte articolazione⁹¹. Ciò che pertanto qui appare opportuno è soprattutto rilevare che, nell'ambito degli interventi che si occupano della disciplina novellata delle nullità relative alla *editio actionis*, questa discussione tende in particolare a coagularsi intorno ad alcune specifiche soluzioni interpretative ricorrenti. Semplificando drasticamente, si può rintracciare questo nucleo, ed elemento caratterizzante, nella tendenza ad inquadrare i problemi interpretativi posti dal 4° comma del nuovo art. 164 in funzione di categorie come quelle dei diritti autodeterminati e dei diritti eterodeterminati⁹².

⁸⁷ Si veda, ancora, come esempio di questo interesse, l'ampia disamina delle sottostanti problematiche in A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit.; F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 90 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., 33 ss.

⁸⁸ Al riguardo cfr., ancora, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 204.

⁸⁹ Si rinvia a quanto *infra* in testo e note; comunque, per quella che appare un'analoga valutazione di questa sistemazione nella normativa della novella del '90, cfr., ad es., M. PIVETTI, *Note «a prima lettura» sui provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Doc. giust.* 1988, nota 10, 154 ss.

⁹⁰ Al riguardo, essenzialmente, e ad es., v. A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in ALLORIO (ed.), *Commentario del Codice di procedura civile*, Torino 1980, II, 1, 277 ss., 326 ss.; A. PROTO PISANI, *Note in tema di nullità dell'atto di citazione e di effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. civ.* 1988, 666 ss.; R. ORIANI, *Citazione nulla e diritti quesiti*, ivi, 823 ss.; v. anche L.P. COMOGGIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, 272 ss.; G. BALENA, *Nullità della citazione e diritti quesiti*, in *Riv. dir. civ.* 1985, 540 ss.; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale (II. Dinamica: forme e procedimento)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino 1991, 86 ss.; E. JACCHERI, *La nullità della citazione (riflessioni alla luce della riforma del processo civile)*, in *Giust. civ.* 1993, 543 ss.

⁹¹ Per una recente ed articolata sintesi della quale, v., ad es., C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 60 ss.

⁹² Al riguardo, per limitarsi a richiami di base, cfr. soprattutto A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, Torino 1980, 177 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, 208 ss. (con articolati riferimenti

Tale distinzione notoriamente sottende l'attribuzione di una diversa valenza al livello di individuazione e di specificazione dei fatti costitutivi all'interno delle due categorie indicate⁹³. Si può dire che essa assume un rilievo centrale come sostegno di una particolare concezione e sistemazione teorica dei vizi di cui al n. 3 dell'art. 163 all'interno della previsione del 4° comma della norma in questione⁹⁴. Il ricorso alla categoria delle domande fondate su diritti eterodeterminati («che possono sussistere più volte con lo stesso contenuto fra gli stessi soggetti», come ad esempio i diritti di credito)⁹⁵ ha infatti, in questa prospettiva, consentito di interpretare in maniera estensiva la previsione del n. 3 dell'art. 163; come cioè necessariamente riferita, proprio ai fini di un'esautiva *editio*, sia all'indicazione del *petitum* sia a quella della *causa petendi*⁹⁶. Nella stessa prospettiva, per contro, il riferimento alla categoria delle domande fondate su diritti autodeterminati («... che non possono sussistere simultaneamente più volte con lo stesso contenuto fra gli stessi soggetti», come ad esempio i diritti reali)⁹⁷ è servito a far ritenere non necessaria per la determinazione di questi diritti, e delle relative domande, la contestuale indicazione anche della *causa petendi*, ma bastevole quella del solo *petitum*⁹⁸. Si tratta di un orientamento costantemente seguito in dottrina dal '90 in poi, sulla base della netta distinzione tra la categoria dell'identificazione del diritto fatto valere in giudizio, da un lato, e quella dell'accogliibilità nel merito della domanda, dall'altro. In effetti, l'indagine avente ad oggetto – nell'ambito dei soli diritti degli autodeterminati – l'allegazione della fattispecie costitutiva non può che operare su quest'ultimo piano, quale condizione per una pronuncia favorevole nel merito, ma non potrà incidere riguardo all'identificazione del diritto stesso⁹⁹.

Non è improbabile che tra le ragioni fondanti l'adozione di questo criterio interpretativo si collochi un dato normativo come quello rappresentato dalla precedente versione dell'art. 164, nella quale si è con insistenza segnalato l'omesso richiamo alla *causa petendi* tra i vizi dell'atto di citazione¹⁰⁰. L'inserimento nella norma in questione del richiamo al requisito di cui al n. 4 dell'art. 163 sembra invero rendere meno giustificata la preoccupazione di integrare in chiave interpretativa la primitiva carenza della disciplina delle nullità, pur all'interno del nuovo assetto e della esplicita differenziazione operata dal legislatore

alla dottrina tedesca); ID., *Il giudicato civile*, Torino 1988, 77 ss.; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit.

⁹³ Si veda, ancora, e ad. es., S. MENCHINI, *I limiti*, cit.

⁹⁴ Così, cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 205.

⁹⁵ Si veda, ancora, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit.; F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 91.

⁹⁶ Cfr., ad es., A. ATTARDI, cit., 61.

⁹⁷ Cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 206.

⁹⁸ Sul punto, tra gli altri, cfr. G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 66.

⁹⁹ Cfr. F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 91, il quale coerentemente fonda il proprio convincimento, tra l'altro, sulla considerazione che non v'è motivo per cui «un atto di citazione con il quale si chiede l'accertamento di un diritto di proprietà individuato nei suoi elementi rilevanti, ma senza l'allegazione della fattispecie acquisitiva dello stesso, sia inidoneo, ad es., ad interrompere l'usucapione avversaria, o a fare scattare l'art. 948 c.c. o a determinare l'applicazione dell'art. 111 c.p.c.; si dovrebbe altrimenti ritenere che tali effetti conseguano (non all'esercizio del diritto ma) alla allegazione di una fattispecie costitutiva dello stesso. Il che è palesemente assurdo».

¹⁰⁰ Si rinvia ai richiami alle note 90, 92 *ante*.

del '90 tra due ordini di vizi, *vocatio in ius* e *editio actionis*, dell'atto di citazione. Appare, piuttosto, a sua volta collegabile al mantenimento di tale costruzione il mancato rilievo – o, al più, la sostanziale sottovalutazione¹⁰¹ – dell'evidente limite insito nel richiamo al requisito del n. 4 dell'art. 163, nella nuova versione del 4° comma dell'art. 164.

In effetti, è piuttosto agevole intendere che la comminatoria di nullità solo nell'ipotesi della totale assenza di «esposizione dei fatti» e non anche – come per quanto concerne i vizi attinenti al requisito di cui al n. 3 dell'art. 163 – nel caso della loro incerta determinazione, non assuma soverchio rilievo se considerata nell'ottica della concezione ora sintetizzata; e che essa risulti anzi in qualche misura superflua, posta per i diritti eterodeterminati la necessità in ogni caso delle determinazioni anche dei fatti costitutivi, con un'interpretazione che supererebbe i limiti del dettato della norma in esame¹⁰².

Anche a prescindere dalla mancata copertura, ad opera di tale concezione, delle domande fondate su diritti autodeterminati, il carattere restrittivo del richiamo al n. 4. dell'art. 163 sembra tuttavia rilevare proprio nella prospettiva dell'attribuzione, tra le altre funzioni dell'atto di citazione, di quella che è stata definita la sua funzione di «sottoatto preparatorio della prima udienza di trattazione»¹⁰³. In questa prospettiva, infatti, al fine di un coordinamento effettivo o 'forte' tra la sequela degli atti della fase preparatoria, appare sostanzialmente ingiustificata la mancata estensione della sanzione di nullità anche all'ipotesi di una determinazione degli elementi fattuali fondanti la pretesa tanto generica da risultare largamente incerta.

Ciò, del resto, anche in quanto si voglia effettivamente e completamente acquisita la nozione – con insistenza affermata come un imprescindibile *proprium* della riforma, seppure almeno parzialmente ridimensionata attraverso i successivi interventi normativi – di un meccanismo processuale saldamente fondato su 'preclusioni forti' nella fase di avvio della controversia. E ciò, ovviamente, in quanto ad una logica non di sintetica essenzialità ma di articolata completezza si intenda conformare lo *standard* degli atti introduttivi, anche al fine di una tendenziale anticipazione del momento della chiarificazione delle questioni effettivamente controverse. Questo intento, combinandosi con il rifiuto di una diffusissima pratica difensiva come quella delle citazioni con essenziali finalità *ad explorandum*, dovrebbe correlativamente tendere all'esclusione di interpretazioni in sostanza favorevoli alla iterata deduzione di nuove circostanze di fatto nel corso della prima udienza¹⁰⁴.

Ultimi sintetici rilievi sulla disciplina del nuovo art. 164: riguardo alla lacuna circa la previsione delle conseguenze della mancata rinnovazione o integrazione – rispettivamente da parte dell'attore o da parte del convenuto costituitosi – della domanda nulla per i vizi indicati nel 4° comma; e riguardo al richiamo, nell'ultimo comma, all'udienza

¹⁰¹ Cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 206 (e i richiami in nota 88).

¹⁰² Si veda ancora, con espresso riferimento a questa proposta lettura, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 207; cfr. anche F.P. LUISO, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Doc. giust.* 1990, nota 4, 29 ss.; A. BONSIGNORI, *La nullità*, cit., 745 ss.

¹⁰³ Così, espressamente, v. A. Proto Pisani, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 178-179.

¹⁰⁴ Per rilievi conformi, v., ad es., S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 682-683; in una visione meno negativa, pur se consapevole di questa possibilità di abuso, v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit., 252-253.

per le deduzioni istruttorie prevista nell'ultimo comma dell'art. 183¹⁰⁵. Si tratta, nei due casi, di questioni di non estrema complessità; dal momento che, nel primo caso – assente l'indicazione espressa nel 3° comma dell'art. 307 dell'ipotesi della mancata integrazione, ed esclusa pertanto l'applicazione anche qui del regime dell'estinzione – l'unica soluzione prospettabile è che la nullità conduca a una sentenza dichiarativa del difetto delle condizioni di procedibilità della domanda¹⁰⁶. Nel secondo caso, mette solo conto rilevare come sia concorde la tendenza a ravvisare un vero e proprio *lapsus* del legislatore nel richiamo all'udienza disciplinata nell'ultimo comma dell'art. 183; e che pertanto quella nuovamente fissata dal giudice andrà intesa come una prima udienza di trattazione, come del resto risulta anche dal successivo espresso richiamo, nella stessa norma, al meccanismo delle modalità della risposta del convenuto di cui all'art. 167¹⁰⁷.

5. Costituzione del convenuto e comparsa di risposta (gli artt. 166 e 167 c.p.c. dopo due interventi di riforma)

Gli interventi realizzati con la legge del '90 riguardo alla disciplina della risposta del convenuto, mentre individuano un altro settore di profonde innovazioni rispetto all'impostazione della precedente normativa, sono sembrati costituire anche una piena conferma della filosofia di fondo della riforma. La compresenza di questi due versanti nella configurazione della nuova disciplina delle attività introduttive del convenuto appariva particolarmente manifesta nella versione dell'art. 167, così come disciplinata nella vigenza della legge 1990/353¹⁰⁸. Sembra, in effetti, possibile cogliere il senso di ciò nella circostanza che, se, da un lato, la materia della comparsa di risposta subiva, nella Novella del '90, una trasformazione radicale sotto il profilo strutturale e dell'impostazione generale delle attività difensive del convenuto nella fase introduttiva della controversia; dall'altro, e correlativamente, tale trasformazione risultava conforme a quella linea di sbilanciamento tra le posizioni dell'attore e del convenuto, che è già stata a più riprese segnalata come caratteristica di altre disposizioni concernenti, nella Novella del '90, l'avvio del processo¹⁰⁹.

Il primo di questi aspetti sembra coincidere anche con la più rilevante delle trasformazioni introdotte con la Novella, sulla linea di un richiamo manifesto alla corrispondente normativa del processo del lavoro. Ciò, tuttavia, si è realizzato con significative differenziazioni rispetto a tale normativa, sul piano della qualificazione – oltre che del grado di specificità della risposta del convenuto a fronte della pretesa contenuta nella citazione – anche del livello complessivo di articolazione e di reciproco coordinamento delle attività difensive di parte in ordine alla determinazione delle questioni controverse.

¹⁰⁵ Per il testo di tali disposizioni e una loro puntuale analisi, v. F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 39 ss., 51 ss.

¹⁰⁶ Si veda, ancora, F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 52-52; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 67.

¹⁰⁷ Così, ad es., v. G. TARZIA, *Lineamenti*, cit.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina delle nullità*, cit., 208; C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., 32, che in proposito parla di «scarsa chiarezza».

¹⁰⁸ Per il testo ed una prima esegesi di tale disposizione, cfr., F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 58 ss.

¹⁰⁹ Con particolare riferimento a tale circostanza, v., ad es., S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 681; contro, v., invece, R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit.

Ciò posto, e nella prospettiva di una verifica delle duplici implicazioni di questo assetto, occorre subito segnalare alcune delle caratteristiche di maggior rilievo innovativo nella normativa della legge n. 1990/353 e dei successivi interventi in materia di costituzione del convenuto. Si tratta, procedendo per estreme sintetizzazioni, di tenere conto di due aspetti della nuova disciplina dell'art. 167: la configurazione della risposta del convenuto sotto il profilo, per un verso, del suo intrinseco contenuto e, per altro verso, sotto il profilo delle modalità della sua proposizione, in rapporto ai tempi dello svolgimento coordinato del processo nella sua fase iniziale.

Il riferimento è alla versione, parzialmente riformulata con la legge 353, del 1° comma dell'art. 167, in particolare per quanto concerne le modalità dell'organizzazione delle difese del convenuto all'interno della comparsa di risposta, attività da realizzarsi «prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda»¹¹⁰.

Strutturata – come risulta da quanto ora riportato – in modo tale da riecheggiare nettamente la lettera dell'art. 416, la nuova norma è stata vista caratterizzarsi sotto questo profilo per quelle che si sono anche definite «omissioni», nella sua struttura interna, rispetto alla disciplina concernente la memoria difensiva del convenuto nel processo del lavoro¹¹¹. Occorre tuttavia dire subito che tali omissioni, anche se sul piano teorico ipoteticamente rilevanti nella prospettiva del grado di determinazione delle questioni controverse nella fase introduttiva di una controversia, non trovano nel contesto del rito del lavoro effettivo riscontro, come esempio a contrario della loro possibile incidenza sull'impostazione delle difese del convenuto. E ciò in quanto, come noto, la tendenza stabilmente assestata nell'ormai lunga pratica di tale rito non ha sostanzialmente tenuto conto delle indicazioni – corrispondenti, nella lettera dell'art. 416, alle espressioni «in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione» – relative ai requisiti di qualità della «presa di posizione» del convenuto¹¹².

Può essere agevole, in questa chiave, intendere il senso della differenziazione effettivamente presente tra la nuova versione del 1° comma dell'art. 167 e la disciplina dell'art. 416 per quanto concerne la soppressione di tali predicati della presa di posizione del con-

¹¹⁰ Si rinvia per il richiamo testuale a n. 108 *ante*, ove anche una impostazione fondamentalmente riduttiva della mancanza di totale analogia della lettera dell'art. 167, 2° comma, con quella dell'art. 416; su questa linea v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit., 255-256; tra gli altri, conforme, M. PIVETTI, *Atti introduttivi e preclusioni nel sistema della novella*, cit., 196-197; B. CIACCIA CAVALLARI, voce *Costituzione in giudizio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1989, 647 ss.; E. CAPUTO, *La nuova normativa sul processo civile*, Padova 1996, 87; V. TAVORMINA, *Commento artt. 7-35, legge n. 353/1990*, in *Corr. giur.* 1991, n. 1, 44; per una sottolineatura, invece, della differenziazione tra le due disposizioni, della Novella e del rito del lavoro, cfr. M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, cit., 31.

¹¹¹ Con riguardo all'espressione «omissioni», cfr. V. TAVORMINA, *Commento artt. 7-35, legge n. 353/1990*, cit.

¹¹² Sul versante giurisprudenziale, cfr. Cass. lav. 10 novembre 1990, n. 10489, in *Notiz. giur. lav.* 1991, 393; e tra le molte prese di posizione precedenti, Cass. lav. 17 aprile 1985, in *Riv. inf. mal. prof.* 1985, 2, 103; in dottrina, da ultimo, cfr. G. FRUS, *Note sull'onere di «prendere posizione» nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 63 ss.; inoltre e di recente, cfr. L. DE ANGELIS, *Giustizia del lavoro*, Padova 1992, 31 ss.; sul problema di non contestazione e rito del lavoro, v., anche, G. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano 1989, 430 (n. 35).

venuto¹¹³. Non è infatti improbabile che in tal modo il legislatore del '90 abbia meramente inteso adeguarsi alla realtà emersa proprio dall'esperienza pratica del rito del lavoro. È questa una scelta che, in ogni caso, sembra caratterizzare piuttosto nettamente la linea di intervento della riforma sotto il profilo della concezione del livello di articolazione delle prime attività difensive di parte. Si tratta di una concezione che potrebbe farsi consistere, da un lato, nella mancata attribuzione di un valore autonomo e in sé positivo ad una disciplina virtualmente molto specifica di tali attività e, per contro, dall'altro, nella tendenza a non vedere in esse molto di più che strumenti con funzione di mera *denuntiatio* di una controversia i cui termini effettivi dovrebbero peraltro essere precisati progressivamente; e soprattutto in conclusione della fase preparatoria, al momento della trattazione¹¹⁴. Con una visione di questo tipo appare fundamentalmente coerente il carattere di assoluta genericità del richiamo alla «presa di posizione» del convenuto nella nuova versione del 1° comma dell'art. 167; un richiamo che in quest'ottica non casualmente una parte della dottrina ha catalogato come finalizzato all'assolvimento di un compito «più pedagogico che giuridico in senso stretto»¹¹⁵. In effetti, le attività previste dal 1° comma dell'art. 167 c.p.c. non sono soggette ad alcun tipo di decadenza: così, se per i mezzi di prova e i documenti opera una 'barriera preclusiva' peraltro fissata in un momento successivo (art. 184 c.p.c.), le mere difese e le conclusioni non sono soggette ad alcuna espressa preclusione¹¹⁶. Riguardo alle 'mere difese'¹¹⁷, in particolare, occorre rilevare come anche la recente giurisprudenza in materia di processo del lavoro sembri del resto orientata nel senso di catalogare l'onere di «prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda» come non sanzionabile in caso di inosservanza con la previsione di decadenze¹¹⁸. Su questa linea, sembra anche possibile prospettare l'ipotesi che, attraverso la genericità del richiamo alla presa di posizione del convenuto nella comparsa di risposta, la nuova disciplina abbia in qualche misura inteso ridurre lo sbilanciamento tra le posizioni dell'attore e del convenuto nella fase introduttiva del processo – garantendo ad entrambe le parti – come in «un'ulteriore tappa nella

¹¹³ Giudicati da buona parte della dottrina (in proposito, v. F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 100) ridondanti e velleitari.

¹¹⁴ Cfr., ancora, le considerazioni in M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, cit.

¹¹⁵ Così, espressamente, v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit., 255.

¹¹⁶ Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.* 1996, IV, 77-78 e note 22-23; B. CAPPONI, in R. VACCARELLA, B. CAPPONI, C. CECCHIELLA (eds.), *Il processo civile dopo le riforme*, Torino 1992, 83.

¹¹⁷ Intendendosi per mera difesa, secondo la definizione adottata da L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna 1995, 329, la contestazione della pretesa di parte attrice, quale contestazione dei fatti costitutivi sui quali la domanda si fonda, sia allegandone la insussistenza, sia eccepandone l'inefficacia.

¹¹⁸ Così, ad es., Cass. sez. lav., 19 agosto 1994, n. 7447, in *Rep. Foro it.* 1994, «Lavoro e previdenza (controversie)», n. 149, secondo cui detta inosservanza neppure «può eventualmente integrare violazione del dovere di lealtà processuale, sanzionabile ai sensi degli artt. 88 e 92 c.p.c., e comunque essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte del processo, come semplice argomento di prova, ai sensi del 2° comma dell'art. 116 c.p.c.».

determinazione degli elementi rilevanti per la decisione»¹¹⁹ – ampie *chances* di successivi aggiustamenti delle rispettive difese; una ipotesi che sembra confermata dall'attuale assetto del 2° comma dell'art. 167.

Tale disposizione, in particolare, è stata incisivamente trasformata rispetto alla versione del '90. La Novella del '90, intervenendo sull'art. 167, aveva infatti inteso modellarne il 2° comma ad immagine del corrispondente comma dell'art. 416 c.p.c.; venivano previste, a carico del convenuto, preclusioni estese e comprendenti, da un lato, ogni tipo di attività oggettivamente e soggettivamente innovative ed estensive (domande riconvenzionali e chiamata in causa di terzi) e, dall'altro, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio¹²⁰.

Si è già rilevato in varie circostanze che l'idea di fondo della Novella del '90 può essenzialmente farsi consistere sia nell'imposizione al convenuto di oneri tendenzialmente più gravosi, in ordine all'esercizio delle attività di difesa in questa fase, sia nell'interazione di tali attività, con la loro tendenziale posposizione rispetto al momento propriamente iniziale della controversia¹²¹.

Tale impressione sembra giustificata dal raffronto con la precedente versione dell'art. 167, che, pure prevedendo l'obbligo di proporre contestualmente alla comparsa di risposta le domande riconvenzionali, non sottoponeva ciò ad alcuna decadenza; non estendendolo oltretutto ad altre attività difensive, come invece nel nuovo 2° comma accade per «le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio»¹²². È agevole, come detto, anche in questa circostanza, cogliere la stretta derivazione di impianto della norma dal 2° comma dell'art. 416¹²³. Tuttavia, in uno sguardo d'insieme, il raffronto tra la rinnovata versione dell'art. 167 e la disciplina della costituzione del convenuto nel processo del lavoro consente di rilevare significative differenziazioni.

Appare anzitutto manifesto che la disciplina della Novella del '90 ha avuto una portata complessivamente inferiore rispetto alla corrispettiva normativa del lavoro; e ciò in quanto, nell'art. 416, ad essere sottoposte a decadenze se non inserite nella comparsa di risposta sono anche le difese concernenti l'indicazione dei mezzi di prova «ed in particolare i documenti», per i quali è espressamente previsto il contestuale deposito¹²⁴. Del resto, in ragione del suo carattere riduttivo non sembra da escludere una possibile influenza di questo dato attinente alla configurazione dei limiti oggettivi della previsione del 2° comma sulla sottoposizione a una lettura tendenzialmente restrittiva proprio di questa parte del nuovo art. 167.

¹¹⁹ Così F.P. LUISO, *Commento all'art. 7*, cit., 99.

¹²⁰ In tal modo viene introdotta nel processo la differenziazione di regime fra eccezioni in senso proprio (rilevabili soltanto su istanza di parte) ed eccezioni in senso lato (rilevabili anche d'ufficio), sconosciuta al sistema del 1942.

¹²¹ Cfr., ad es., A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 116 ss.

¹²² Per il rilievo di questa circostanza, cfr., ad es., G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 70-72; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 683-684 ss.

¹²³ Dà, tra i molti, conto di questa contiguità M. PIVETTI, *Atti introduttivi e preclusioni*, cit., 169 ss.

¹²⁴ Per un esame di base di tale norma, v. F. CARPI, V. COLESANTI, M. TARUFFO, in *Commentario breve*, cit., 627-628; L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli 1989, 92-93.

Ciò è quanto in particolare sarebbe accaduto ove – posta l'autoevidenza e la pratica a-problematicità del dettato normativo del 2° comma dell'art. 167, così come riformato attraverso la Novella del '90, concernente le domande riconvenzionali¹²⁵ – l'espressione «eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio» avesse dovuto intendersi come riferita all'allegazione, in via appunto di eccezione, dei cosiddetti soli fatti giuridici principali, lasciando fuori dalla previsione di decadenza tutte le altre allegazioni di elementi di fatto circostanziali o secondari¹²⁶.

Appare chiaro, e in certa misura apprezzabile, che alla base di una tale presa di posizione si collocasse la preoccupazione per la tendenziale instaurazione negli atti introduttivi di parte di modelli di difesa *ad abundantiam*, contestualmente ripieni di tutte le possibili deduzioni e allegazioni, ad evitare la preclusione minacciata nella nuova disciplina¹²⁷.

Il problema sembra superato grazie alla riorganizzazione della fase introduttiva del giudizio, attuata con d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito in legge 20 dicembre 1995, n. 534¹²⁸, il cui art. 3 ha – tra le altre innovazioni – riformato il 2° comma dell'art. 167 c.p.c., posticipando una delle preclusioni introdotte con la Novella del '90. Così, riguardo alle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio¹²⁹, è stato espunto, dall'art. 167, il riferimento secondo il quale tali eccezioni dovevano essere sollevate a pena di decadenza nella comparsa di risposta; coerentemente con ciò, la relativa preclusione è stata ora differita ad un momento successivo, ossia al termine perentorio, non inferiore a venti giorni, assegnato al convenuto nell'udienza di prima comparizione, ai sensi del nuovo 2° comma dell'art. 180 c.p.c. Appare, tuttavia, che l'eccezione di incompetenza per territorio di cui al 2° comma dell'art. 38 c.p.c. debba comunque essere sollevata nel contesto della comparsa di risposta, posto che la previsione dell'art. 38 c.p.c. secondo cui «l'incompetenza per territorio, fuori dei casi previsti dall'art. 28, è eccepita a pena di decadenza nella comparsa di risposta» non ha subito modifiche di sorta, e pertanto sembra

¹²⁵ Cfr., ad es., A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit., 256; P. NAPPI, *La domanda in via riconvenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 760 ss.

¹²⁶ Sul punto, v., ad es., R. ORIANI, *L'eccezione di merito*, cit.; A. ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, cit.

¹²⁷ Preoccupazione, del resto, resa manifesta anche dalle linee programmatiche della riforma e risultante dai suoi lavori preparatori; così, ad es., G. VASSALLI, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in B. CAPPONI, G. MANZO (ed.), *Lavori preparatori della riforma del c.p.c. (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, *Doc. giust.* 1991, n. 10, 4 (atti Senato n. 1288), N. LIPARI, *ivi*, 26 (relazione presentata alla seduta dell'11-5-1989 Comm. giust. Senato). Sul punto, inoltre, v. *Relazione della commissione giustizia del Senato sul disegno di legge n. 1288/S/X, in «documenti» sulla formazione della novella*, raccolti a cura di B. CAPPONI, *Doc. giust.* 1988, n. 10, 434; per una eco di questa preoccupazione, v., ad es., G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 70; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, 682 ss. (e relative nn.).

¹²⁸ Modifiche introdotte, per la prima volta, dal d.l. 21 giugno 1995, n. 238.

¹²⁹ L'originaria formulazione della norma aveva suscitato numerose critiche, sia da parte degli studiosi (per tutti, G. MONTELEONE, *Spigolature e dubbi sulla legge 26 novembre 1990 n. 353*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 32) sia da parte del ceto forense (cfr. R. DANOVI, *La protesta degli avvocati e la giustizia del processo civile*, in *Corr. giur.* 1995, 658).

mantenere un carattere di specialità rispetto alla regola generale secondo cui alla parte è consentito rilevare eccezioni processuali e di merito in un momento successivo¹³⁰.

L'ambito delle trasformazioni concernenti il 2° comma dell'art. 167 c.p.c. sembra, dunque, corrispondere sia alla accennata eliminazione della previsione concernente le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, sia all'introduzione – come si vedrà – di una specifica disciplina in tema di nullità della domanda riconvenzionale. È evidente, nelle riforme attuate nel '95, l'intento di ovviare all'«ingiustificata compressione» del diritto di difesa del convenuto rispetto alla posizione dell'attore che a più riprese era stata rilevata come una carenza cruciale della riforma del '90¹³¹.

Tuttavia, nonostante tali critiche, la compressione del diritto di difesa del convenuto non appare nella Novella del '90 così estrema. In realtà, sembra opportuno rilevare che, nonostante tali critiche, l'intento del legislatore del '90 non fosse propriamente quello di comprimere il diritto di difesa del convenuto, quanto piuttosto di realizzare una accentuata differenziazione fra le posizioni processuali di attore e convenuto nella fase iniziale del processo. In questa chiave, sembra di poter leggere la previsione di scansioni temporali secondo le quali, mentre l'attore doveva allegare nell'atto di citazione i fatti costitutivi del diritto azionato (art. 163 n. 4 c.p.c.), sul convenuto gravava l'onere di allegare in comparsa i fatti estintivi, modificativi e impeditivi non rilevabili d'ufficio (art. 167, 2° comma, c.p.c.); inoltre, mentre l'attore poteva, entro la prima udienza, allegare nuovi fatti costitutivi che fossero la conseguenza diretta delle difese del convenuto (art. 183, 4° comma, c.p.c.), quest'ultimo poteva a sua volta replicare alle nuove domande ed eccezioni (art. 183, 5° comma, c.p.c.). In questa prospettiva, non appaiono invero così estreme le differenze fra l'approccio della Novella '90 e quello adottato con la riforma del '95; semmai le dirette conseguenze della c.d. «controriforma» appaiono consistere soprattutto, per un verso, nel semplice 'slittamento' nel tempo di alcuni termini riguardanti il convenuto (non essendo state eliminate *tout court* le preclusioni) e, per altro verso, nell'inserimento di una nuova udienza il cui effetto pratico è soltanto quello di provocare ulteriori ritardi nella definizione della causa¹³².

¹³⁰ Cfr., tra gli altri, A. SALETTI, *Interventi urgenti sul processo civile (voce «comparsa di risposta»)*, in G. TARZIA, F. CIPRIANI (eds.), *Commentario*, Padova 1997, 12 ss.; G. BALENA, *Ancora interventi urgenti sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 1996, IV, 321. In senso parzialmente diverso, A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova 1995, Appendice di aggiornamento, 9, nota 1.

¹³¹ G. TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, cit. Si v. poi ante, nota 129.

¹³² Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo di cognizione*, cit., 79. Secondo l'Autore, «la riforma del '95 finisce per imporre un allungamento dei tempi del processo, fornendo al convenuto, che è normalmente la parte meno interessata alla sollecita definizione del processo, un insperato aiuto». Parere sostanzialmente contrario è espresso da F.P. LUIO, *Il d.l. n. 238/1995 sul processo civile*, in *Giur. it.* 1995, IV, 244. L'Autore osserva che «le modifiche agli artt. 167, 180 e 184 si presentano assai pregevoli, in quanto – pur accettando la logica del processo a preclusioni – istituiscono un ordine razionale di svolgimento delle varie attività, separando una fase introduttiva, dedicata alla proposizione della domanda dell'attore e delle eventuali domande del convenuto ed una successiva fase di trattazione, dedicata all'acquisizione dei fatti rilevanti per l'accoglimento o il rigetto nel merito delle domande proposte».

Di rilievo risulta anche, nella prospettiva di un generale riequilibrio delle posizioni di attore e convenuto nel processo, il già accennato intervento della riforma della riforma del '95 che modifica il 2° comma dell'art. 167, c.p.c., rendendo possibile la sanatoria della domanda riconvenzionale ove questa risulti viziata da omissione o assoluta incertezza dell'oggetto o del titolo. Se, quindi, l'oggetto della domanda riconvenzionale risulta in tal modo viziato, il giudice fisserà al convenuto un termine per integrare la domanda con gli elementi caranti. Tenuto conto della struttura e della funzione della comparsa di risposta, si deve ritenere possa trattarsi esclusivamente delle sole nullità concernenti la *editio actionis*. Da un lato, come detto, si è inteso ovviare ad un'effettiva disparità di trattamento fra attore – cui il disposto dell'art. 164 c.p.c. consente di sanare le nullità relative all'oggetto e al titolo della domanda – e convenuto, al quale, per converso, non era concessa tale importantissima facoltà¹³³.

In questo intervento di riforma, sembra, sotto altro aspetto, potersi cogliere un'ulteriore manifestazione del *favor* legislativo per il cosiddetto cumulo processuale, già reso palese nelle trasformazioni subite, a seguito della novella, dall'art. 40 c.p.c. Per quanto le eventuali tattiche dilatorie attuabili dal convenuto in conseguenza di tale disposizione possano avere un *pendant* in quelle realizzabili dall'attore attraverso, ad esempio, la introduzione volontaria di un atto di citazione viziato da nullità, sembrano degne di attenzione le critiche che sottolineano l'apertura per questo tramite di un'ulteriore possibilità di dilazione tattico-strategica dei tempi del processo già nella sua fase iniziale¹³⁴.

Un ulteriore rilievo sembra opportuno riguardo ad una presa di posizione in dottrina secondo la quale¹³⁵ la norma in esame sarebbe «completamente sbagliata», in quanto configurando, come già l'art. 164, 4° comma, c.p.c., la irretroattività della sanatoria si realizzerebbe un effetto di rinnovazione e di integrazione della domanda riconvenzionale inesorabilmente collegato al momento in cui questi atti vengono compiuti, talché la domanda stessa risulterebbe in ogni caso tardiva e, quindi, inammissibile. Sembra in realtà, sulla scorta di un'interpretazione di stampo 'conservativo-teleologico', da precisare che le decadenze in questione non appaiono avere carattere processuale bensì sostanziale. A ciò sembra anche da aggiungere la circostanza che le osservazioni sin qui svolte in ordine alla domanda riconvenzionale valgono, con le dovute precisazioni, anche per le domande di accertamento incidentale proposte ai sensi dell'art. 34 c.p.c., trattandosi anche in questo caso di domande nuove cui non possono non essere applicati gli stessi limiti temporali previsti per le domande riconvenzionali¹³⁶.

Quanto al 3° comma dell'art. 167, ci si può limitare a un richiamo di passaggio, e – rinviando alla successiva trattazione dell'art. 269, norma alla quale viene del resto fatto espresso riferimento anche nel nuovo testo¹³⁷ – segnalare qui solo la circostanza dell'anticipazione dell'eventuale chiamata in causa del terzo ad opera del convenuto ad un mo-

¹³³ Cfr. F.P. LUISO, *Il d.l. n. 238/1995 sul processo civile*, in *Giur. it.* 1995, 244.

¹³⁴ In particolare, cfr. G. COSTANTINO, *La lunga agonia del processo civile (note sul d.l. 21 giugno 1995, n. 238)*, in *Foro it.* 1995, V, 236.

¹³⁵ Cfr. G. VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, cit., 39.

¹³⁶ Cfr. G. TRISORIO LUIZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, cit., 84.

¹³⁷ Si veda quanto, *infra*, in quest'opera; per una prima analisi, cfr. F. CARPI, V. COLESANTI, M. TARUFFO, *Commentario breve al c.p.c. – Appendice di aggiornamento*, Padova 1991, 98 ss.

mento precedente la prima udienza; con il che si realizza una differenziazione di questa disciplina da quella, analoga per impostazione, dell'art. 420, 9° comma, in materia del processo del lavoro¹³⁸.

Invertendo l'ordine dell'articolato del codice, un sintetico richiamo può essere dedicato anche all'art. 166, in materia di costituzione del convenuto¹³⁹. La norma – da leggersi in stretta connessione con i novellati artt. 167, 168-*bis*, ult. comma, e 171 c.p.c. – estende il termine di costituzione in maniera apparentemente molto significativa; quadruplicandolo rispetto ai cinque giorni previsti nella precedente versione della norma, ma in concreto raddoppiandolo rispetto a quella previsione, in ragione del richiamo espresso all'abbreviazione di cui all'art. 163-*bis*. Pare evidente la *ratio* di questa trasformazione che si può fare consistere nell'intento di consentire una preparazione meno affannosa degli atti introduttivi di parte – nell'ottica soprattutto del convenuto – e una conoscenza dei termini della controversia da parte del giudice¹⁴⁰.

La norma, così come modificata per effetto del d.l. 7 ottobre 1994, n. 571, convertito in legge 6 dicembre 1994, n. 673, appare più in sintonia con la già citata esigenza di 'parificare' la posizione del convenuto a quella dell'attore. Infatti, è ora possibile individuare il termine di comparizione del convenuto non soltanto con riferimento all'udienza fissata dall'attore in citazione, ma anche con riferimento all'udienza fissata dal giudice istruttore a norma dell'art. 168-*bis*, 5° comma, c.p.c.¹⁴¹, che prevede la possibilità – ad opera dello stesso giudice – di differire la prima udienza fino a un massimo di quarantacinque giorni¹⁴².

Va, infine, rilevato come sia già stata rilevata in dottrina la scomparsa dal testo novellato del riferimento al contestuale deposito con la comparsa di costituzione anche delle «copie necessarie per le altre parti»; peraltro costantemente intesa come una svista da parte del legislatore del '90, con la conseguenza di intendere come ancora vigente il relativo obbligo¹⁴³.

¹³⁸ Si rinvia, ancora, a A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit.

¹³⁹ Per il testo della nuova norma, così come modificata dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, prima, e dalla legge 6 dicembre 1994, n. 673, poi, nonché per la relativa esegesi, cfr. anzitutto, F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 97. Inoltre, tra gli altri, G. VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli 1995, 17 ss.; B. CIACCIA CAVALLARI, *Costituzione e Contumacia*, cit., 647 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 68 ss.

¹⁴⁰ Così, tra i molti, v. C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., 43-44; M. TARUFFO, *La trattazione preliminare della causa nel disegno di legge n. 1288/S/X*, cit., 75.

¹⁴¹ Anch'esso oggetto di riforma attraverso l'intervento del legislatore del '94, per il quale si fa rinvio al prossimo paragrafo.

¹⁴² Con la sola particolarità che, per effetto dell'art. 4 d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito in legge 20 dicembre 1995, n. 534, oggi la prima udienza non è quella che la legge 353/1990 aveva denominato udienza di trattazione, ma l'udienza di prima comparizione.

¹⁴³ Sul punto, v., ad es., A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit., 254-255; V. TAVORMINA, *Commento artt. 7-35, legge n. 353/1990*, cit., 43. Per un panorama delle possibili soluzioni interpretative, si veda G. TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.* 1996, IV, 77-78 e note 22-23.

6. Designazione del giudice istruttore (art. 168-*bis*, 3°, 4°, 5° comma, c.p.c.)

Come per l'art. 166, anche le disposizioni dell'art. 168-*bis* attengono per così dire a mere questioni di *déroulement de l'instance* e in questo senso si muove anche l'intervento della Novella del '90, con le modificazioni che interessano, sostanzialmente, il 3° e 5° comma nonché, molto marginalmente, il 4° comma di tale norma¹⁴⁴. La novità del 3° comma attiene essenzialmente al coordinamento con il 5° comma modificato. In effetti, la previsione che, una volta avvenuta la designazione del giudice istruttore ad opera del presidente del tribunale, il cancelliere debba iscrivere la causa sia al ruolo della sezione sia a quello del giudice istruttore designato risponde palesemente all'esigenza di accelerare l'investitura dell'istruttore riguardo allo svolgimento della controversia; anche nell'ottica di quanto la normativa rinnovata, sotto questo profilo, prevede al successivo 5° comma in ordine ai poteri del giudice istruttore¹⁴⁵.

Quest'ultimo comma esordisce in effetti con una disposizione doppiamente significativa per quanto attiene alla modalità di fissazione della data della prima udienza da parte del giudice istruttore. Si prevede la possibilità – al fine evidente di consentire un qualche coordinamento del carico di lavoro dello stesso giudice – di differire tale udienza, nell'intento di attuare quella che è stata, forse troppo frettolosamente, definita la «vera rivoluzione della riforma»¹⁴⁶, così da avere giudici istruttori capaci, fin dai primi passi del processo, di costituire «interlocutori consapevoli dei procuratori delle parti». Un differimento che, come è già stato rilevato, nonostante la previsione di un termine massimo di quarantacinque giorni, non appare tuttavia limitato dalla previsione di alcuna sanzione o conseguenza sul piano processuale per il caso in cui il termine non venga rispettato¹⁴⁷.

Sempre per ciò che attiene al 5° comma, mette conto segnalare il senso dell'ultimo intervento del legislatore (attuato con d.l. 7 ottobre 1994, n. 571, convertito in legge 6 dicembre 1994, n. 673), volto ad operare quel tentativo di 'parificazione' delle posizioni delle parti nel processo; a far fronte, cioè, a quel tendenziale *favor* nei confronti dell'attore che permeava la generale ispirazione della novella. L'art. 168-*bis*, 5° comma, c.p.c., infatti, disponeva il permanere, anche in caso di differimento, delle decadenze previste nelle norme che disciplinano le prime attività difensive nel processo¹⁴⁸, non comportando per il convenuto la riapertura dei termini per il deposito della comparsa di risposta: in ogni caso, dunque, il convenuto avrebbe dovuto costituirsi in un termine da computarsi con riferimento alla data indicata dall'attore nell'atto di citazione.

L'intervento normativo del '94 ha, così, fatto proprie le critiche sollevate in dottrina¹⁴⁹, abrogando la disposizione con cui si imponeva al convenuto un onere di tempestività totalmente inutile, se e in quanto la prima udienza, fissata *ex novo* dal giudice, si fosse

¹⁴⁴ Per testo e analisi della norma novellata cfr. C. CONSOLO, F.P. LUIO, B. SASSANI (eds.), *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 63 ss.

¹⁴⁵ Cfr., ad es., G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 73; C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., 44 ss.

¹⁴⁶ In proposito, cfr. NASTRO, *La designazione del giudice istruttore e la ritardata costituzione delle parti*, in G. TARZIA, F. CIPRIANI (eds.), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova 1993, 42.

¹⁴⁷ Così, cfr. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 683-684.

¹⁴⁸ Cfr., tra i molti, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit.; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 74.

¹⁴⁹ Si veda, per tutti, G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 74; F.P. LUIO, *Commento all'art. 7*, cit., 106.

poi svolta in un momento cronologico successivo a quello dell'udienza fissata dall'attore, e stabilendo – anche attraverso la modifica dell'art. 166 c.p.c. – che la costituzione del convenuto deve avvenire venti (o dieci) giorni prima dell'udienza fissata dall'attore, «ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dall'art. 168-*bis*, 5° comma».

Nonostante la mancata specificazione, il 5° comma dell'art. 168-*bis* c.p.c. è disposizione riferita al convenuto, dal momento che era solo nei suoi confronti che decadenze di questo tipo avrebbero potuto delimitare lo svolgimento delle attività difensive; mentre ciò non avveniva per l'attore, al quale, come si è visto in precedenza, è anzi consentita una costante possibilità di rinnovazione-precisazione della pretesa, fino a tutta la fase di trattazione¹⁵⁰. Di poco rilievo appare infine, nel nuovo 4° comma, la soppressione dell'obbligo per il cancelliere di comunicare alla parte costituita la «nuova data della prima udienza», in quanto comunque conoscibile dalle parti attraverso la consultazione del calendario delle udienze¹⁵¹.

7. Ritardata costituzione delle parti (art. 171, 2° comma, c.p.c.)

L'intervento realizzato dalla novella sulla normativa relativa alla «ritardata costituzione delle parti» sembra ulteriormente confermare la constatazione fatta al precedente paragrafo. Nel rinnovato 2° comma dell'art. 171, ciò che in pratica il legislatore del '90 ha previsto è l'esclusione del convenuto dalla facoltà di fruire senza danno dell'opzione prevista dalla norma, con la possibilità di costituirsi «successivamente fino alla prima udienza qualora una delle parti si sia già ritualmente costituita»¹⁵². Si tratta di un intento che appare già del tutto palese nella stessa lettera di questa norma, dal momento che la disposizione del 2° comma si conclude con l'esplicito riferimento al convenuto, nei confronti del quale è previsto che l'ipotesi della ritardata costituzione si combini con il permanere e l'automatico funzionamento del meccanismo delle preclusioni predisposte nella normativa sulla comparsa di risposta¹⁵³.

La discriminazione tra le contrapposte posizioni delle parti ha in questa circostanza un immediato ed evidente riflesso sulle modalità di impostazione della difesa del convenuto. È infatti agevole intendere che il rischio di incorrere comunque nelle decadenze di cui all'art. 167 dovrebbe tendenzialmente imporre a questi (e al proprio difensore) una costituzione tempestiva; che in ipotesi – ossia qualora l'attore abbia invece preferito approfittare delle possibilità previste dall'art. 171, e si costituisca tardivamente – potrà avvenire «al buio, assente anche la possibilità di visionare in cancelleria il fascicolo dell'attore prima della comparsa di risposta»¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Circostanza, ad es., rilevata in S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, 684.

¹⁵¹ Così, v. G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 74; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit., 259.

¹⁵² Per testo ed esegesi del 2° comma dell'art. 171, v. C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI (eds.), *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 67 ss.

¹⁵³ Così, tra i molti e oltre agli aa. già citati, v., ad es., S. SORACE, *Osservazioni sparse intorno al disegno di legge n. 1288/S/X concernente: «Provvedimenti urgenti per il processo civile»*, in *Doc. giust.* 1989, n. 9, 57 ss.

¹⁵⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit., 261.

In ciò la norma manifesta un'impostazione drasticamente mirata, e per ciò stesso criticabile, dei rapporti tra i rispettivi poteri/doveri delle parti nella fase iniziale del processo; un'impostazione che – avendo probabilmente alla base, lo si è già rilevato, la ricorrente idea dell'attore che ha ragione¹⁵⁵ – ha inteso, coerentemente con questa nozione, congegnare uno strumento di tutela processuale *in primis* gestibile e utile all'attore.

Indipendentemente da questo dato, occorre rilevare l'apparente possibilità di adottare una interpretazione 'positiva' della disposizione del 2° comma, comunque intesa a evitarne le prospettate discrasie di funzionamento. Collegandosi, come è stato autorevolmente prospettato¹⁵⁶, al dato letterale dello specifico riferimento al solo art. 167, e non anche alla disciplina dell'art. 166, e intendendosi pertanto la norma come riferita a garantire una tendenziale completezza delle difese, appare infatti ipotizzabile, in presenza della tempestiva costituzione dell'attore, la possibilità del deposito anche della comparsa di risposta alla prima udienza¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Così cfr. G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 75-76; ID., *Crisi e riforma*, cit., 640; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, 679-684.

¹⁵⁶ Cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione*, cit.

¹⁵⁷ Recentemente, in questo senso, G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 75-76. È altresì opportuno sottolineare come la Corte Costituzionale si sia recentemente pronunciata circa la legittimità costituzionale dell'art. 171, 2° comma, c.p.c., affermando che «è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 166 c.p.c., in relazione agli artt. 167 2° e 3° comma, 171 2° comma, 269 2° comma stesso codice» (Corte Cost. 30 dicembre 1997, Ord. n. 461, in *Giur. cost.*, 1997, fasc. 6), e che «è manifestamente inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171 2° comma c.p.c., nella parte in cui prevede un regime di preclusioni e decadenze solo per il convenuto tardivamente costituitosi e non anche per l'attore tardivamente costituitosi, sollevata con riferimento agli artt. 3, 24 e 97 Cost. sia perché la questione stessa, con riferimento agli artt. 3 e 24, è stata prospettata in via meramente ipotetica, sia perché, con riferimento all'art. 97 Cost., il principio di buon andamento della p.a. è assolutamente estraneo all'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso» (Corte Cost. 4 giugno 1997, ord. n. 168, in *Giur. cost.*, 1997, 1715).

21. QUESTIONI DI EFFICIENZA DELLA FASE PREPARATORIA NEL PROCESSO CIVILE STATUNITENSE (E PROSPETTIVE ITALIANE DI RIFORMA)*

SOMMARIO: 1. Stereotipi e fraintendimenti in tema di *pretrial* e di *discovery*. – 2. Vicenda disciplinare e pratica del processo. – 3. Obiettivi di chiarificazione e di informazione. – 4. Problemi aperti e considerazioni di diritto interno.

1. Stereotipi e fraintendimenti in tema di *pretrial* e di *discovery*

Non costituisce una constatazione originale, in quanto ormai da tempo a vari livelli ricorrente e acquisita anche presso la nostra dottrina, che la fase preparatoria fornisca una prospettiva dalla quale risulta particolarmente agevole valutare il livello di efficienza degli ordinamenti processuali di *common law*, e in special modo di quello statunitense¹. È noto, invero, come nella cultura giuridica anglosassone, da oltre un cinquantennio, su questo terreno si sia in effetti concentrato gran parte del dibattito concernente le questioni di funzionamento buono o cattivo del processo civile, circostanza che è del resto testimoniata anche dall'emersione specialmente in questa sede di nozioni ormai acquisite diffusamente, come quella di uso improprio dello strumento processuale, ovvero di *abuse of civil proceedings*². Il carattere esteso e approfondito di questo dibattito – nonché la sua incidenza sulle prospettive di riforma dell'intero modello di giustizia – appare ulteriormente dimostrato dalla circostanza che nessun altro settore del processo civile statunitense è stato oggetto nel tempo di più frequenti emendamenti, subendo – ma l'espressione deve qui assumere un'accezione quanto più possibile neutra – riforme normative di grande rilievo³.

Quest'ultimo aspetto è anche quello che in generale tende a risultare di più immediata evidenza all'osservatore europeo-continentale delle vicende concernenti la struttura e il funzionamento della *pretrial phase* nell'ordinamento statunitense. Ciò che, in effetti, può apparire da subito particolarmente singolare è la profondità dell'evoluzione realizzatasi a questo riguardo rispetto all'assetto disciplinare originario del *pretrial* e del *discovery* con-

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161-174, e riproduce un intervento tenuto al convegno dell'Associazione Nazionale Magistrati *Quale futuro per la giustizia civile?* (Roma, 19-20 gennaio 2002). Al testo originale, oltre all'aggiunta di un apparato minimale di note, sono state apportate alcune modificazioni. Per la fattiva collaborazione a queste attività di *editing* si ringrazia la dott. Elena Lucertini, assegnista presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Urbino.

¹ Cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategia di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1999, 113 ss. Per una ricostruzione storica delle origini della moderna *evidence law* cfr. T.P. GALLANIS, *The Rise of Modern Evidence Law*, in 84 *Iowa L. Rev.* 1999, 500 ss.

² In linea generale, per un'ampia discussione di tali questioni, ad es. cfr. M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights. Comparative Standard of Procedural Fairness*, The Hague-Boston 1999, e, in tale opera, in particolare G.C. HAZARD, *Abuse of procedural rights: Regional reports of the United States*, 43 ss.

³ Per indicazioni generali, cfr. M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino 1990, 347 ss.

figurato nelle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938⁴. Occorre anche subito aggiungere che sono tuttavia ancora pochi gli studi di raffronto comparatistico, nei quali è stato adeguatamente sottolineato come questo iato fra lo 'stato delle cose' attuale e la configurazione originaria della materia nelle *rules* federali segnali un intenso e, nel corso del tempo, per certo durevole ripensamento della filosofia di fondo di questa fase del processo civile federale statunitense⁵.

Per quanto a questo livello non più che generica, tale constatazione appare per converso molto verosimile nei fatti. Non sembra pertanto priva di interesse la sua verifica, sia nella prospettiva del chiarimento degli attuali parametri di riferimento teorici e tecnici del giurista americano in tema di fase preparatoria, sia, anche, per contribuire al superamento di stereotipi ancora presenti al riguardo e, forse, troppo raramente denunciati come inattuali e svianti⁶. Per chiarire subito, uno di questi stereotipi – oltretutto anche il più pervasivamente radicato – appare particolarmente inattuale (o per converso attuale, ma come segno di un ricorrente fraintendimento) e pertanto pericolosamente sviante. Si tratta della credenza, tuttora diffusa, secondo la quale, negli ordinamenti di *common law*, il processo civile sarebbe caratterizzato da una scarsissima presenza – o, piuttosto, dalla pressoché totale assenza – di poteri trattatori e istruttori in capo al giudice, essendo per converso gli avvocati in pratica gli esclusivi 'gestori' delle corrispondenti fasi del processo e quindi gli esclusivi detentori dei relativi poteri di iniziativa concernenti questo genere di attività processuali⁷.

Occorre chiarire che questa accezione, radicata quasi per accidiosa abitudine per lo più presso la cultura giuridica europea, di un sistema nel quale la nozione di *adversariness* (o di *adversary system of litigation*) rappresenterebbe un inevitabile *pendant* dell'attribuzione al giudice di ruoli essenzialmente passivi, o comunque della percezione della sua funzione come principalmente *umpireal*, non trova corrispondenza nella realtà del processo civile statunitense, specie di quello federale⁸. In questo settore, la realtà dell'esperienza statunitense segnala invece, e in particolare per quanto riguarda la fase della quale qui ci

⁴ Per uno studio italiano ormai risalente cfr. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, spec. 252 ss.

⁵ In generale cfr. M. TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., 353 ss.; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 125 ss. Cfr. anche sul punto e con specifico riferimento ai problemi di impostazione ideologica di meccanismi come quello di *discovery*, G.C. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 665 ss., spec. 675 ss. (anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 465 ss., con trad. it. di I. RENELLI).

⁶ Cfr. di recente M. TARUFFO, *Il processo di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, 347 ss.

⁷ Ancora, per un'analisi critica italiana di tali questioni, cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova 1979, *passim*.

⁸ Per una discussione di tali questioni, cfr. nella letteratura italiana, A. DONDI, *Introduzione*, cit., 124 ss. Nella letteratura statunitense probabilmente la più significativa elaborazione critica al riguardo è contenuta in M.E. FRANKEL, *The Search of Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, 1031 ss. (v. ivi anche i commenti espressi da alcuni altri autori statunitensi). Per una interessante elaborazione, del resto ormai ampiamente nota, del ruolo *umpireal* del giudice nei diversi modelli di processo e delle sue interrelazioni con questioni di percezione culturalmente diffusa del ruolo del giudice, si rinvia inoltre a M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, (trad. it.), Bologna 1991, 30 ss.

occupiamo, l'assunzione progressiva e imponente da parte del giudice di un ruolo decisamente cruciale e nella sostanza ormai in gran parte prevalente rispetto a quello svolto dagli avvocati. Questa constatazione può del resto essere estesa *en passant* un po' a tutta l'area degli ordinamenti tradizionalmente catalogati 'di *common law*', come – nonostante rilevanti differenze strutturali e di *philosophy* complessiva, anche sul versante delle riforme normative – dimostra l'indirizzo delle trasformazioni realizzate su questo versante con il recente *Civil Justice Act* inglese del 1998⁹.

In ogni caso, nella cultura giuridica statunitense, oltre che per la sua estesissima eco a livello di dibattito dottrinale, la circostanza ora riferita trova pieno riscontro nella vicenda evolutiva della disciplina federale del *pretrial* e, in questo contesto, soprattutto del *discovery*. È, in effetti, dalla percezione del cattivo funzionamento del meccanismo di *discovery* – ossia, dalla sua utilizzazione tanto ricorrentemente impropria da parte degli avvocati da condurre alla elaborazione della nozione di *abuse of discovery* come modello prevalente di utilizzazione di tale meccanismo – che l'esigenza di sottoporre l'intera fase di *pretrial* a uno stretto controllo da parte del giudice si manifesta e trova massiccio sostegno a vari livelli¹⁰.

Significativamente, a partire dagli anni '70 del XX secolo, l'espressione '*case management*' – riferita fino ad allora in maniera alquanto generica alle modalità di svolgimento della controversia dalla sua introduzione alla sua definizione – prende ad essere intesa come da collegare necessariamente a quella di '*managerial judge*', ossia a un'idea di giudice molto attivo nella gestione delle attività del processo e in particolare nell'organizzazione di fasi propriamente trattative come quella del *discovery*, secondo l'accezione poi compiutamente elaborata in un famoso saggio di Judith Resnik dell'inizio degli anni '80¹¹.

Semplificando all'estremo un evento invero molto più complesso, il percorso dell'evoluzione che ha interessato tanto la concezione quanto la disciplina della fase preparatoria nel modello statunitense – nonché al suo interno in particolare le attività grossomodo definibili di trattazione della causa, ossia concernenti il meccanismo di *discovery* nel processo civile federale – può in effetti essere sintetizzato come un fenomeno di trasferimento progressivo (oltre che molto contrastato) dei poteri di controllo operativo su questa fase dalle parti – ossia, i loro avvocati – al giudice.

⁹ A riguardo, nella manualistica inglese, v. ad es. J. O'HARE, K. BROWNE, *Civil Litigation*, London 2001, 557 ss. Sul punto nella letteratura italiana in argomento, L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 363 ss., 378 ss. Per una discussione delle questioni relative al *discovery* in Inghilterra precedentemente all'ultima riforma, cfr. C. STYLE, C. HOLLANDER, *Documentary Evidence*, London 1997, 271 ss.; P. MATTHEWS, H.M. MALEK, *Discovery*, New York, 1992, *passim*, J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice del pretrial nel processo civile inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1263 ss.

¹⁰ Per indicazioni ormai tradizionali a questo riguardo, cfr. R.H. UNDERWOOD, *Curbing Litigation Abuses: Judicial Control of Adversary Ethics: The Model Rules of Professional Conduct and Proposed Amendments to the Rules of Civil Procedure*, in 56 *St. John L. Rev.* 1982, 654 ss.; W.D. BRAZIL, *Improving Judicial Controls Over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Cases Management and Sanctions*, in *A.B.F. Res. J.* 1981, 916 ss.; ID., *The Adversary Character of Civil Litigation: A Critique and Proposal for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, 1296 ss.; R.F. PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a case from Filing to Disposition*, in 69 *Calif. L. Rev.* 1981, 770 ss.

¹¹ Cfr. J. RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, 376 ss.

2. Vicenda disciplinare e pratica del processo

Con scarse possibilità di equivoci, questa lettura della vicenda – si ripete molto articolata e a tratti incerta nel suo svolgimento – per la quale espressioni come ‘*case management*’ sono ormai da tempo diventate in ambito statunitense sinonimo dell’attribuzione al giudice di funzioni manageriali, organizzative e di impulso particolarmente in questa fase, trova del resto conferma nell’evoluzione complessiva della normativa federale in materia. Anche se l’attenzione per i problemi della fase di preparazione del processo civile è ben più risalente negli Stati Uniti, sembra di poter dire che tale evoluzione trova soprattutto riscontro nel fenomeno di reazione-adequamento che si è svolto sul versante delle riforme normative principalmente nell’arco dell’ultimo ventennio, e che al riguardo giustifica il ricorso frequente a espressioni come ‘*discovery revolution*’¹².

Al riguardo e in prospettiva pur minimamente diacronica, bisogna in particolare ricordare, fra i numerosi, gli *amendments* che a partire dal 1980 hanno riconfigurato l’assetto del *pretrial* nelle *Federal Rules* attraverso una radicale riorganizzazione delle attività del *discovery*¹³. È stato a più riprese messo in luce, e anche dalla nostra dottrina, che tale riassetto viene realizzato adottando principalmente due direttive di intervento. Nel quadro di un generale ripensamento circa la finalità di questo meccanismo nel contesto della fase di *pretrial*, si assiste invero tanto alla configurazione di una fase organizzativo/preparatoria all’interno del meccanismo di *discovery* (attraverso la previsione di una c.d. *discovery conference*), quanto al netto inasprimento delle potenzialità coercitive e sanzionatorie già originariamente presenti nelle disposizioni della *Federal Rule 37*, non casualmente da qualcuno definita come «vera e propria norma di chiusura del sistema»¹⁴.

In ogni caso, nella prospettiva di queste brevissime considerazioni, e nonostante il grande rilievo sul piano generale come indice di un preciso intento di reazione rispetto all’estremo diffondersi di pratiche difensive abusive del meccanismo di *discovery*, l’adozione con la riforma dell’83 di un ‘*sanctioning approach*’ pervasivo quanto drastico appare decisamente di minor interesse rispetto al riassetto strutturale realizzato (o meglio, intrapreso e in séguito costantemente proseguito) sul primo versante di riforma¹⁵. E, infatti, specialmente sotto questo profilo al contempo funzionale e più propriamente procedimentale – in quanto relativo alle modalità concrete di gestione della fase preparatoria nel processo civile statunitense – che si realizza quella riallocazione di poteri rappresentante l’aspetto più significativo dell’evoluzione realizzatasi in questo ambito.

¹² Così espressamente cfr. R.L. MARCUS, *Confronting the Future: Coping with Discovery of Electronic Material*, in 64 *Law & Contemp. Prob.* 2001, 255 s.

¹³ Cfr. E.F. SHERMAN, S.O. KINNARD, *Federal Court Discovery in the 80’s – Making the Rules Work*, in 95 *F.J.D.* 1983, 270 ss.; JAMES, G.C. HAZARD, *Civil Procedure*, Boston 1985, 265 ss.; J. FRIEDENTHAL, M. KANE, A. MILLER, *Civil Procedure*, St. Paul Minn. 1985, 423 ss.

¹⁴ Nella letteratura italiana, cfr. ampiamente M. TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., 355 ss.; A. DONDI, *Effettività*, cit., 215 ss. V., anche con specifico riferimento alla norma citata, G.P. JOSEPH, *Sanctions – The Federal Law of Litigation Abuse*, Charlottesville Va. 1989, 350 ss.

¹⁵ Così fra gli altri, per un ripensamento dei modi di intervento nel settore, A.D. SOAFER, *Sanctioning Attorney for Discovery Abuse Under the New Federal Rules: On the Limited Utility of Punishment*, in 57 *St. John’s L. Rev.* 1983, 680 ss. Nella letteratura italiana, cfr. A. DONDI, *Introduzione*, cit., 65 ss. e 193 ss.

È su questo versante in particolare che si è rivelata essenziale l'elaborazione da parte della cultura giuridica statunitense di una diversa concezione del ruolo del giudice, nella direzione di una sua sempre più incisiva caratterizzazione come appunto *managerial* in questa fase. E bisogna dire che questo indirizzo trova chiaro riflesso nell'evoluzione normativa recente, nel più ampio contesto di un articolato e diffuso ripensamento sui problemi di efficiente funzionalità della fase preparatoria caratterizzato da un esteso favore per la complessiva riconfigurazione, all'interno di questa fase, in particolare dei presupposti e delle modalità concrete di svolgimento delle attività di *discovery*¹⁶.

In questa direzione risulta di fondamentale importanza la trasformazione di un carattere di fondo del meccanismo di *discovery* nella versione originaria delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938; ossia – appunto – la mancata partecipazione istituzionale del giudice alle attività di richiesta e scambio reciproco fra le parti di informazioni relative alla controversia, da effettuarsi nel corso della fase preparatoria dell'eventuale udienza di decisione-*trial*. Come è noto, il diffondersi della tendenza a utilizzare tale meccanismo a meri fini strategico-difensivi, in evidente contrasto con la sua finalità di fondo di realizzare fra le parti una completa informazione reciproca (nonché, in ipotesi, anche di indurre eventualmente alla conclusione anticipata di molte controversie prima del *trial*), si colloca all'origine di tale mutamento di prospettiva sollecitato da gran parte della dottrina¹⁷. Sempre di derivazione dottrinale è anche l'individuazione della principale causa di tali distorsioni nella mancata predisposizione di controlli esterni e ulteriori alla interrelazione fra le parti, impegnate – per tramite dei rispettivi difensori – a scambiarsi reciproche *requests of disclosure*. Appare non sorprendente che l'attribuzione al giudice di ampi poteri di supervisione e di intervento in questa fase rappresenti la proposta di fondo derivante da questo ripensamento critico¹⁸.

Per quanto molto problematica nel contesto culturale statunitense, per le sue implicazioni e comunque per il suo difficile temperamento con i fondamenti tradizionali della nozione di *adversariness* (e di *adversary system of litigation* come modello di giustizia privilegiante in via esclusiva la «prospettiva dell'avvocato»), questa proposta trova progressivo riscontro nella riforma della disciplina federale della fase preparatoria e di trattazione, diventando – a partire appunto dagli *amendments* dell'83 – la vera direttiva di tale riforma. Non appare invero casuale che, già dalla norma introduttiva (ossia, la *Federal Rule* 26), venga oggi affidato al giudice un ruolo fondamentale nello svolgimento delle attività del *discovery*¹⁹. Da quasi vent'anni, infatti, si può dire che questo costituisce ormai il principale presupposto per la sostituzione della nozione originale di *'broad'* e di

¹⁶ Fra i molti, per una significativa rilevazione di tale fenomeno, cfr. J. RESNIK, *The Declining Faith in the Adversary System*, in *Litigation* 1986, 3 ss.

¹⁷ Oltre alla letteratura italiana già citata in precedenza, nella letteratura statunitense v., per interventi specificamente collocati nel periodo di riferimento, M. POLLACK, *Discovery: Its Abuse and Corrections*, in 80 *F. R. D.* 1978, 219 ss.; NOTE, *Discovery Abuse Under the Federal Rules: Causes and Cures*, in 22 *Yale L. J.* 1982, 252 ss.; W.D. BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, in *A.B.F. Res. J.* 1980, 1787 ss.

¹⁸ Ancora, per richiami fortemente circostanziati in questo senso, cfr. W.D. BRAZIL, *The Adversary Character*, cit., 1342 ss.; R.H. UNDERWOOD, *Curbing Litigation Abuses*, cit., 180 ss.; R.F. PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager*, cit., 805 ss.

¹⁹ Cfr. ancora M. TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., 356 ss.; A. DONDI, *Effettività*, cit., 236 ss.

‘*automatic discovery*’ con quella di un’attività di *discovery* che sia soprattutto ‘*specific*’, e corrispondente alla rapida ed effettiva individuazione del nucleo conflittuale fra le parti attraverso la chiarificazione delle sole questioni realmente controverse. Invero, bisogna anche aggiungere che negli *amendments* dell’83 il perseguimento di questo obiettivo trova un supporto ideologico essenziale nella tendenza, diffusasi come prevalente conseguenza o reazione al fenomeno dell’abuso, ad adottare a questo riguardo una prospettiva di tendenziale compressione (*sanctioning approach*) delle più ardite scelte strategico-difensive degli avvocati, appunto attraverso il conferimento al giudice di forti poteri sanzionatori e di controllo sullo svolgimento delle attività propriamente trattatorie²⁰.

Nella riforma dell’83, lo strumento principale di questa trasformazione è costituito, come si è accennato sopra, dalla previsione di una *discovery conference* nel caso del mancato raggiungimento fra gli avvocati di un accordo circa una completa programmazione delle relative attività (*discovery plan*)²¹. Per quanto previsto come eventuale, nel rispetto di una logica di c.d. *two-step process*, il ricorso alla *discovery conference* si è rivelato frequente nella pratica e frequentissimo – come si dirà – nel settore delle controversie complesse, a dimostrazione della sua utilità per la riduzione dei tempi di questa fase e il suo effettivo funzionamento come strumento di chiarificazione delle questioni controverse²².

Questa circostanza è del resto confermata dalla successiva e più importante riforma in materia; quella realizzata con gli *amendments* del 1993 alle *Federal Rules*, che segnano un punto di netta affermazione della centralità della funzione del giudice nella fase preparatoria del processo civile federale, pur intendendo al contempo ovviare ad alcuni oggettivi eccessi sanzionatori caratteristici della riforma dell’83, come soprattutto la disciplina di *frivolousness* della pretesa giudiziale e i relativi problemi di *procedural abuse*²³.

Occorre anche sottolineare che la riforma del 1993 si configura essenzialmente come la conferma di una linea di evoluzione della disciplina del *pretrial* ormai saldamente attestata intorno all’attribuzione al giudice di un ruolo di conduzione manageriale. Un indirizzo inequivocabilmente espresso dalla norma iniziale in materia, la *Federal Rule 16* che, significativamente intitolata «Pretrial Conferences – Scheduling – Management», prevede per il giudice un ruolo di direzione almeno incisiva e sulle attività dell’intero *pretrial* e nei confronti degli avvocati al fine, fra l’altro, di «establishing early and continuing control so that the case will not be protracted because of lack of management»²⁴. È in questo contesto appunto che, nella fase più propriamente trattatoria del *pretrial*, ossia il *discovery*, tali emendamenti arrivano addirittura a prevedere per le parti l’obbligo di fornire

²⁰ Cfr. G.P. JOSEPH, *Sanctions*, cit.

²¹ Per un’indicazione fra le altre possibili, cfr. R.L. MARCUS, M.H. REDISH, E.F. SHERMAN, *Civil Procedure – A Modern Approach*, St. Paul Minn. 1989, 299 ss.

²² Cfr. P.H. SCHUCK, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, in 53 *U. Chi. L.R.* 1986, 337. È anche possibile rinviare a gran parte degli interventi della letteratura italiana sul punto già precedentemente citati.

²³ Sul punto, cfr. M. MILLER, *The Impact of the 1993 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure on Legal Service Practice in Federal Court*, in 28 *Clearinghouse Rev.* 1994, 138 ss.; M.E. ASPEN, *Procedural Reform in United States Courts*, in *C.J.Q.* 1994, 107 ss.; R.L. MARCUS, *Discovery Containment Redux*, in 39 *B.C.L. Rev.* 1998, 764 ss. Cfr. anche, nella letteratura italiana, A. DONDI, *Cultura dell’abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, spec. 803 ss.

²⁴ Cfr., in particolare, M.E. ASPEN, *Procedural Reform in United States Courts*, cit., 111 ss.

autonomamente – senza espressa richiesta né della controparte né del giudice (*mandatory discovery* o *duty of discovery*) – una vasta serie di informazioni (fra le quali la valutazione tecnica dei danni richiesti o l'indicazione dei soggetti che si intenderanno utilizzare come *expert witnesses*)²⁵.

3. Obiettivi di chiarificazione e di informazione. Problemi aperti e considerazioni di diritto interno

Il dibattito dottrinale più recente e gli ultimi interventi di riforma concernenti la disciplina federale del *pretrial* e del *discovery* (in vigore dall'inizio del 2001) non sembrano nella sostanza contraddire questa linea di evoluzione²⁶.

Pare, ad esempio, catalogabile solo come un'alterazione di dettaglio dell'approccio descritto e non un *révirement* rispetto al potenziamento della funzione di controllo affidata al giudice in questa fase la riduzione dell'ampiezza dei documenti sottoposti a *duty of disclosure* (essendosi, nella *subsection B* della *Federal Rule 26(a)*, sostituita la previsione di un dovere di produzione automatica dei documenti o comunque la devoluzione di ogni informazione «relevant to disputed facts alleged with particularity in the pleadings» con la meno comprensivamente ampia delle informazioni intese a «support claims or defenses, unless solely for impeachment») ²⁷. Del resto, anche l'ulteriore delimitazione realizzata con gli ultimi emendamenti dell'ambito delle informazioni *discoverable* (il riferimento normativo è la nuova versione della *Federal Rule 26, subsection (b)(1)*) a quelle solo che appaiano «reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence» si configura, piuttosto uno strumento per arginare la pratica delle c.d. *fishing expeditions* – conferendo indirettamente al giudice ulteriori poteri di controllo circa l'ammissibilità delle *discovery requests* al fine di precisare l'oggetto della controversia – che un tentativo di riduzione delle potenzialità di informazione-chiarificazione del meccanismo di *discovery*²⁸.

Non diversa è l'impressione che in linea generale si ricava a questo riguardo dalle più recenti prese di posizione della dottrina statunitense, posto che si tenga conto di un

²⁵ Cfr. ancora A. DONDI, *Cultura dell'abuso*, cit., e indicazioni bibliografiche contenute alle note 40 e 41. V. anche R. DESSEM, *Pretrial Litigation*, St. Paul Minn. 1996, 203 ss.; F.H. HARE, J.L. GILBERT, S.A. HOLLANIK, *Full Disclosure – Combating Stonewalling and Other Discovery Abuses*, Washington 1995, 60 ss.; C.W. SORENSON, *Disclosure Under Federal Rule of Civil Procedure 26(a) – «Much Ado About Nothing?»*, in 46 *Hastings L. J.* 1995, 721 ss. Sul punto, in prospettiva critica, cfr. J.J. MAYER, *Prescribing Cooperation: The Mandatory Pretrial Disclosure Requirement of Proposed Rules 26 and 37 of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 12 *Rev. Lit.* 1992, 78 ss.

²⁶ Cfr. C. TOBIAS, *The 2000 Federal Civil Rules Revisions*, in 38 *San Diego L. Rev.* 2001, 877 ss.; M. CLOUD, *The 2000 Amendments to the Federal Discovery Rules and the Future of Adversarial Pretrial Litigation*, in 74 *Temple L. Rev.* 2001, 27 ss. Per un primo commento sul progetto di riforma, con valutazioni critiche circa la sua opportunità, cfr. P.V. NIEMEYER, *Where We Go Again: Are the Federal Discovery Rules Really in Need of Amendment?*, in 39 *Boston Coll. L. Rev.* 1998, 517 ss.; J.S. KAKALIK e altri, *Discovery Management: Further Analysis of the Civil Justice Reform Act Evaluation Data*, in 39 *B.C. L. Rev.* 1998, 652 ss.

²⁷ Cfr. in particolare C. TOBIAS, *The 2000 Federal Civil Rules*, cit., 880 ss.; ID., *Discovery Reform Redux*, in 31 *Conn. L. Rev.* 1999, 1435 ss.

²⁸ Specificamente a riguardo v. J.S. BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flows*, in 84 *Minn. L. Rev.* 2000, 513 ss.

mutamento di prospettiva culturale complessivo – realizzatosi forse casualmente in concomitanza con il passaggio del millennio – ormai assunto a sfondo abituale delle analisi concernenti il funzionamento della giustizia civile e le relative prospettive di riforma²⁹.

Questo mutamento sembra trovare il suo segno distintivo in quella che, con notevole approssimazione, si potrebbe definire la ‘prospettiva della complessità’. Di recente, l’assunzione di questa prospettiva sembra in effetti caratterizzare in maniera inequivocabile il dibattito statunitense in materia di processo civile federale, come appare testimoniato dal ricorrere quasi ossessivo in questa sede di espressioni come *complex* o *mass tort litigation*; e ciò tanto nell’accezione di complessità delle conoscenze da utilizzare in questa sede quanto di complessità procedimentale di un numero sempre maggiore di controversie³⁰. Ed è intuibile che sia in questa nuova dimensione che vengono oggi per lo più prospettati anche i problemi di efficienza della fase preparatoria del processo civile federale.

In tale prospettiva vanno invero collocate anche le preoccupazioni espresse circa la delimitazione (con gli ultimi *amendments* entrati in vigore nel 2001) dello spettro di informazioni obbligatoriamente da fornire alla controparte nella fase iniziale del *discovery* (secondo un’espressione recente ‘*mandatory precovery*’, ex *Federal Rule 26(1)*)³¹. L’aggiunta all’elencazione estesa delle informazioni reciprocamente obbligatorie derivata dalla riforma del ’93 della condizione della dimostrazione di ‘*good cause*’, ha in particolare occasionato un duplice rilievo. Sul piano della struttura generale del processo civile federale, è ricorso la considerazione che tale riforma porti a termine la sostituzione della nozione di *notice pleading* cara al legislatore della versione originaria delle *Federal Rules of Civil Procedure* con quella di *fact pleading*, ossia di un atto introduttivo articolatamente fondato sull’allegazione di circostanze di fatto precisamente documentate³². Un ulteriore rilievo è stato che questa circostanza, prevedendo – come già più sopra rilevato – un aumento di *judicial case management*, pone ulteriormente un oggettivo problema di effettiva disponibilità dei giudici statunitensi a svolgere efficacemente tale attività di controllo³³.

Connesso a questi problemi è quello dei riflessi delle ultime scelte di riforma sull’efficienza del meccanismo di preparazione e di precisazione delle questioni controversie. Al riguardo non sembra da escludersi che, pur (o proprio) attraverso la riduzione oggettiva dell’ambito delle *disclosures* automaticamente obbligatorie nella fase iniziale del *discovery* (la c.d. *precovery*), venga perseguito un effettivo obiettivo di *specific discovery*; in altri

²⁹ Cfr. J.W. STEMPEL, *Ulysses Tied to the Generic Whipping Post: The Continuing Odyssey of Discovery «Reform»*, in 64 *Law & Contemp. Prob.* 2001, 197 ss.; R.L. MARCUS, *Confronting the Future*, cit., 253 ss.

³⁰ Fra i numerosi altri, cfr. L.S. MULLENIX, *Lessons from Abroad: Complexity and Convergence*, in 46 *Vill. L. Rev.* 2001, 5 ss.; H.M. ERICHSON, *Mass Tort Litigation and Inquisitorial Justice*, in 87 *Georg. L. J.* 1999, 1983 ss., spec. 2005; R.L. MARCUS, *Discovery*, cit., 777 ss.; v. R.P. CHARROW, D.E. BERNSTEIN, *Scientific Evidence in the Courtroom: Admissibility and Statistical Significance after Daubert*, Washington 1994, 8 ss.; J.B. WEINSTEIN, C. WIMBERLY, *Secrecy in Law and Science*, in 23 *Cardozo L. Rev.* 2001, 20 ss.

³¹ V. sul punto C. TOBIAS, *The 2000 Federal Civil Rules*, cit., 882 ss.

³² Cfr. ancora C. TOBIAS, *The 2000 Federal Civil Rules*, cit., 884 ss.

³³ Come rilevato fra gli altri in J.S. BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flows*, cit., 565 ss.; E.G. THORNIBURG, *Giving the «Haves» a Little More: Considering the 1998 Discovery Proposals*, in 52 *SMU. L. Rev.* 1999, 233 ss.

termini, che la limitazione dell'ambito delle informazioni *discoverable* possa funzionare come strumento di selezione e di ottenimento di quelle effettivamente necessarie³⁴.

Altra questione rimane quella dell'adeguatezza di questo approccio ai problemi di complessità sopra accennati. Studi recenti mostrano un significativo favore proprio da parte dell'avvocatura per il più diretto coinvolgimento del giudice nella fase di *discovery*, imposto sulla base degli ultimi emendamenti; e ciò anche in ragione di una circostanza connessa all'intervento selezionatore del giudice riguardo all'ammissibilità delle richieste di *disclosure*, ossia il suo consistente effetto di riduzione complessiva dei costi connessi alle attività di *discovery*³⁵. Per consentire di apprezzare l'importanza di questo fattore sarà forse appena il caso di rammentare che, nell'ambito delle controversie civili, i c.d. *complex cases* rappresentano il settore più pesantemente segnato da costi estremi su questo versante³⁶.

In definitiva, ciò sembra rappresentare un indice significativo di come la cultura giuridica statunitense abbia complessivamente inteso che la disciplinabilità di tali costi non sia realizzabile che al di fuori delle valutazioni di ordine strategico-difensivo (spesso invero brutalmente imprenditoriale, anche al di là degli effettivi interessi del cliente) dei singoli studi legali³⁷.

4. Problemi aperti e considerazioni di diritto interno

Un quadro inequivocabilmente caratterizzato dall'attribuzione al giudice di poteri davvero pervasivi di organizzazione-direzione della fase di trattazione, come appunto quello qui sopra sintetizzato, suggerisce qualche minima considerazione anche rispetto agli indirizzi di riforma *in fieri* per il nostro ordinamento, e forse in qualche misura la impone.

Per quanto non esplicitato a livello programmatico, si avverte infatti nella percezione diffusa la tendenza ad attribuire alla nuova progettazione una derivazione – quasi di 'assonanza culturale' se non propriamente di *imprinting* normativo – dall'impostazione e dalle soluzioni apprestate riguardo a tali problemi in ambito statunitense. Non importa qui l'individuazione della precisa origine di espressioni come grossomodo 'anche nel nostro processo civile il *discovery* all'americana', essendo per certo più rilevante ciò che segnala in termini di sentire diffuso il ricorrere di affermazioni del genere come riferite a opzioni di riforma del processo civile o di settori di esso, specifiche soluzioni sul piano tecnico incluse.

Piuttosto, a questo proposito rileva stabilire l'incongruità di tale collegamento, anche a prescindere dalla genericità della sua formulazione. In altri termini, risulta doveroso chiarire la netta divaricazione dalla cultura della fase preparatorio-trattatoria (*pretrial discovery*, appunto) sviluppatasi nel mondo giuridico statunitense di qualsiasi assetto disciplinare di tale fase che non vedesse realizzato un effettivo *case management*, attraverso un incombente e costante controllo – ovviamente da parte del giudice – su ogni attività connessa al suo svolgimento. È al raffronto con questa realtà – oltre che con il suo *background*

³⁴ Cfr. J.W. STEMPEL, *Ulysses Tied to the Generic Whipping Post*, cit., 211 ss.

³⁵ Cfr. L.M. RANDALL, *Managed Litigation and The Professional Obligations of Insurance Defense*, in 51 *Syr. L. Rev.* 2001, 7 ss.; M. CLOUD, *The 2000 Amendments*, cit., 27 ss., spec. 53.

³⁶ Cfr. M. CLOUD, *The 2000 Amendments*, cit. Per rilievi di carattere statistico, v. di recente R.A. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Harvard 2001, 108.

³⁷ Cfr. in particolare A. DONDI, *Etica sociale e processo civile*, in pubblicazione in *Studi Urbinati*; v. anche ID. (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1994, *passim*.

di raffinata elaborazione teorica – che una tale differenziazione, alterità o divaricazione, sembra caratterizzare i più recenti *attempts* di riforma italiani.

Al di là di definizioni più o meno felici nel rendere le reali prospettive della riforma, ‘privatizzazione’ o altro, questa circostanza sembra in effetti trovare conferma in alcune specifiche scelte effettuate al riguardo in sede di progettazione. In particolare, ciò si manifesta su due piani riguardo al ruolo del giudice: del mancato conferimento di più ampi poteri nel contesto della strutturazione di un’effettiva fase preparatoria e, anzi, della loro significativa riduzione correlativamente ai poteri invece conferiti agli avvocati di parte. Ovviamente è quest’ultima l’opzione da considerarsi più significativa, segnale – nel contesto oltretutto del mancato ‘adeguamento’ del modello italiano ai modelli di fase preparatoria del processo civile ormai largamente prevalenti in ambito europeo – di un complessivo arretramento anche rispetto ad assetti disciplinari e a inquadramenti teorici delle posizioni di parti e giudice in questa fase da ritenersi forse troppo ottimisticamente ormai acquisiti, ancorché non certo soddisfacenti³⁸.

Nel merito, si tratta soprattutto della pratica esclusione del giudice dalla fase iniziale del processo, che nella nuova progettazione viene configurata come una vera e propria trattazione scritta, preventiva all’udienza dell’art. 183 e virtualmente finalizzata alla puntualizzazione delle difese attraverso uno scambio di memorie in ipotesi iterabile senza limiti, essendone rimessa la conclusione alla volontà esclusiva degli avvocati³⁹. Un risultato che sembra in effetti inevitabilmente da riconnettersi a una filosofia di riforma della trattazione e dell’istruzione probatoria avente come direttive di base un sostanzioso incremento dei poteri degli avvocati in questo contesto e una correlativa riduzione dei poteri di intervento del giudice. Nella riforma, la virtuale posticipazione del suo intervento al momento nel quale la trattazione e l’istruzione siano ormai state confezionate dagli

³⁸ Sul punto, come indice di un’impostazione se non del tutto prevalente almeno diffusa e nel contesto di prese di posizione ricorrentemente caratterizzate in tal senso da parte di questo a., cfr. S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in *Diritto e processo* 2001, 127 ss., spec. 148.

³⁹ Nella relazione introduttiva del recente progetto di legge-delega per la riforma del c.p.c., elaborato dalla ‘commissione Vaccarella’, viene esplicitata l’intenzione di «liberare il giudice da incumbenti meramente ordinatori, restituendo all’udienza la funzione di effettiva ed orale sede del contraddittorio». Tale risultato è perseguito mediante l’attribuzione alla parte del potere di «dare alla trattazione della causa l’ampiezza ritenuta necessaria», facendo sì, al contempo, che «la determinazione della materia del contendere avvenga fuori dal meccanismo delle udienze» (cfr. 1 e 2 del testo dattiloscritto della relazione). Il conseguimento di un tale risultato è legato al funzionamento del meccanismo previsto nel punto 17 della relazione. In base a quanto ivi disposto il processo deve essere introdotto con atto di citazione non accompagnato dall’indicazione dell’udienza. Nella citazione deve essere indicato un termine, «disciplinato dalla legge solo nel minimo» entro il quale il convenuto può replicare attraverso il deposito della comparsa di risposta. Tale atto, poi, deve prevedere un termine per consentire all’attore di replicare, nonché la successiva possibilità del convenuto di replicare a sua volta alle repliche dell’attore (cfr. p. 11 della relazione). In definitiva la relazione sancisce la necessità di «prevedere l’estinzione della trattazione scritta fra le parti fin quando una di esse non comunichi che intende depositare istanza di fissazione dell’udienza» (cfr. p. 12).

avvocati, e quindi per così dire *les jeux soient faits* pressoché a tutti gli effetti, costituisce lo strumento principale per la realizzazione di questo obiettivo⁴⁰.

Posto che questo si confermi nelle sue linee di fondo il quadro programmatico della futura riforma del processo civile per quanto concerne in senso lato la fase istruttoria, sembra inequivocabile l'improponibilità di una qualsiasi analogia con modelli di *discovery* di tipo statunitense o, visto anche l'indirizzo nettamente adottato dalla recente riforma inglese su questo versante, comunque anglosassoni. Occorre infatti ribadire che appaiono, nei due casi, praticamente opposti i parametri di riferimento, sia sotto il profilo ideologico e culturale sia sotto il profilo tecnico. In altri termini, comunque la si coniughi la nozione di 'privatizzazione' sembra implicare in questo contesto un programma di riduzione o quantomeno di incisiva delimitazione dei poteri di controllo e di iniziativa del giudice, in una prospettiva come si è visto a tutti gli effetti divergente tanto dall'evoluzione recente quanto anche già dai presupposti originari del *pretrial discovery* della legislazione federale statunitense e delle discipline a essa ispirate.

Questo programma di riduzione o di delimitazione sembra, in conclusione, sollecitare almeno una ulteriore considerazione. Esso si configura come complessivo, concernendo tanto i poteri di iniziativa istruttoria quanto quelli di controllo attivo nella fase propriamente trattatoria di precisazione delle questioni controverse, con un effetto sintetizzabile come 'meno di tutto' riguardo al ruolo del giudice in questa fase. Fra le altre, come conseguenza di fondo pressoché immediata dell'adozione di questa filosofia di riforma, appare agevole ipotizzare un netto incremento nella sperequazione delle potenzialità difensive fra avvocati di diversa esperienza e abilità tattico-strategica, con inevitabili riflessi in termini di tutela degli interessi dei clienti nel processo. C'è da chiedersi se ciò sia augurabile, o quantomeno valutabile solo come un ineluttabile e sostanzialmente non molto significativo *side effect* della riforma.

Una risposta negativa al riguardo sembra suggerita in particolare da due implicazioni di questa circostanza. Si deve anzitutto ritenere molto probabile che a utilizzare l'assistenza di avvocati meno esperti, e comunque meno organizzati sul piano professionale anche in quanto di più recente accesso all'avvocatura, tenda a essere la fascia di pubblico relativamente meno favorita sul piano economico. Altrettanto probabili appaiono le conseguenze sul piano della cultura della nostra professione legale, in particolare sotto il profilo dei valori più diffusamente condivisibili circa gli stili difensivi adottabili nella pratica del processo civile.

⁴⁰ La relazione Vaccarella prende le mosse dal presupposto che la normativa processuale vigente «sia caratterizzata da una eccessiva utilizzazione del giudice», affermando come obiettivo dichiarato della riforma sia quello di «esaltare il ruolo del difensore (ma anche la sua responsabilità)» affidandogli il compito di «valutare autonomamente la sufficienza della trattazione svolta (e cioè l'esautività delle allegazioni e delle prove offerte) per pervenire a una decisione finale» (cfr. p. 2). La completezza della trattazione, dunque, «non è affidata a rigide e prestabilite preclusioni, ma alla valutazione che ciascuna parte fa dell'idoneità della trattazione in relazione al proprio interesse» (cfr. p. 11). Sul punto la relazione appare maggiormente chiara ed esplicita in un passo successivo, ove si specifica che si tratta di un sistema che «fa leva sulla responsabile valutazione dei difensori e che stimola la completezza degli scritti difensivi nella dialettica fra le parti, senza imporla *ab externo* come le attuali preclusioni» (cfr. p. 11). Secondo la relazione, inoltre, tale meccanismo avrebbe il merito di consentire alle parti di scambiarsi liberamente gli scritti difensivi ritenuti necessari «senza bisogno di alcuna autorizzazione e coinvolgendo nella loro attività solo la cancelleria» (cfr. ancora p. 11).

Appare inevitabile che, in un quadro del genere, tali valori e tali stili tendano a corrispondere sempre più esclusivamente alla mera resa in termini strategico-difensivi delle attività di difesa, con la sostanziale svalutazione tanto delle modalità attraverso le quali ottenere questo risultato come delle istanze di cooperazione processuale e di ricerca della verità che hanno pur con varia fortuna impegnato il dibattito della cultura processualistica in molti ordinamenti, incluso il nostro, nel corso del XX secolo⁴¹.

Si potrebbe aggiungere che l'estrema probabilità di una tale non augurabile evoluzione, e dei suoi riflessi sul piano dell'utilizzazione abusiva dello strumentario processuale, troverebbe nel nostro ordinamento un terreno reso più che mai favorevole dalla scarsa incidenza – anche in questo caso all'opposto rispetto a modelli come quello statunitense, ma non solo – della regolamentazione deontologica come disciplina ulteriore delle modalità etiche della difesa in giudizio⁴². Rispetto a questo ambito di questioni sembra tuttavia possibile non dilungarsi e rinviare ai rilievi formulati negli ultimi anni, per quanto verosimilmente con scarso successo, da una parte della nostra dottrina⁴³.

⁴¹ Per tutti v., fra i lavori di Denti al riguardo, V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 31 ss.; ID., *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, ivi, 1969, 8 ss.; ID., *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1986, 469 ss.

⁴² V. ad es. A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Dir. priv.* 1997, 459 ss. e indicazioni bibliografiche contenute alle nn. 67 e 68.

⁴³ Fra gli altri, ad es., A. DONDI, *Spunti in tema di legal ethics come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 262 ss.

22. ON SOME DRAWBACKS IN THE ITALIAN ROAD TO CLASS ACTIONS*

SUMMARY: 1. The New Italian discipline – A Feeling of Emptiness. – 2. Questions of pleadings. – 3. Lawyers' skills and enhanced judges' selective role. – 4. Advisable adjustments and further perspectives.

1. The New Italian discipline – A Feeling of Emptiness

One might feel uneasy having to cope with a subject like this in what could be perceived as overcritical terms. But on the other hand, it should also be admitted that, in the case of the recently enacted Italian discipline on aggregate litigation, such an approach seems at least well-grounded and, in many ways, utterly justified. In fact, our notorious taste for xenomania apart, a yet respectful dismay can't be hidden if we compare the foreign setups in this area with the poor Italian results, and this especially after the huge amount of discussion on this very subject in the last ten years. This pooriness is, I venture, in itself worth some humble and scattered remarks¹.

The first and most fundamental of these is structural by nature and concerns the void that seems to characterize the choices of the Italian legislators on this subject. This feature affects the new dispositions on the '*Azione collettiva risarcitoria*' (now actually included in article 140 of the so-called '*Codice del consumo*') in many and different ways, mingling the blankness of the rules and their peculiar 'normative style'².

No question about the need for a new discipline, or rather a discipline at all, although here too some perplexity lingers about the sudden accomplishment of this normative apparatus by our Ministry of Justice, avoiding any roundup of formal scholarly opinion whatsoever³. Once noticed that, all in all, this *modus procedendi* has become so to speak standard practice in the recent Italian legislative process, the remarks on the actual outcome of this process seem anyhow momentous, since all of them are one way or the other connected with the whole philosophy of the Italian reform, and its basic features.

Such a philosophy might be marked out by an attempt to add some American flavor to a traditional European food. Nevertheless, this intention seems to have been pursued

* Questo scritto è stato pubblicato in *ZZP Int.* 2007, 13-23.

¹ The author wishes to thank Doctor Davide Torquato for the precious help concerning the short bibliographical 'apparatus' and its editing. The obvious reference to the American class action will as a matter of course remain in the background of these few remarks, and especially its historical evolution; see thereupon, in general, G. C. HAZARD, J.L. GEDID, S. SOWLE, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, in 146 *U. Pa. L. Rev.* 1998, 1849.

² For a reference to the Italian new rules, see paragraphs 445-449 art. 2, legge 24 dicembre 2007 n. 244, *Gazzetta ufficiale*, n. 300, 28 dicembre 2007; among the many instant-comments, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, 224.

³ As, although indirectly, shown in S. MENCHINI (ed.), *Le azioni seriali*, Napoli 2008; C. CONSOLO, *È legge una disposizione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese della 'opt-in' anziché quella danese dello 'opt-out' e il filtro ('l'inutil precauzione')*, in *Corr. giur.* 2008, 5.

avoiding the harshness – or, rather, the serious technical structuring – of the American class action⁴. In doing so, the Italian legislator has definitely accomplished a considerable task on the ‘legislative combination’ side, but much less on the side of providing Italian lawyers and judges with an efficient tool to manage these sorts of lawsuits and their related problems⁵.

2. Questions of pleadings

My basic remark refers in fact, as mentioned beforehand, to the inner structure of the Italian rules and especially their lack of sufficient procedural directions, which should at least be sufficient enough to foresee a feasible routine functioning for the *azioni collettive risarcitorie*, in order to avoid the risk of corresponding routine entanglement of these lawsuits in Italian – as in everywhere else’s – court practice. And this remark is not justified by a mere *horror vacui*, nor a fanciful wish to reach by any means unattainable normative perfections. It has to do with basic needs, the basics of class, aggregate or collective litigation blatantly lacking in these Italian rules on the *azioni collettive*.

Thus, setting aside any normative style or taste, this vacuum seems abundantly scattered in the rules as well as easily detectable in some fundamental articulations of the related proceeding, starting so to speak from the very start. A manifest illustration of it is in fact and from many points of view the shaping of its initial of introductory phase, where the action mainly is that of pleadings, but also of the qualification of the lawsuit as an ‘*azione collettiva*’, and, inevitably, of the interaction between lawyers and judges thereupon⁶.

With reference to pleadings, an immediately striking feature of the new Italian rules is, to say the least, the scant definition provided as to their contents and quality standards. But ‘none’ here would be actually the right word for it, given that no special provisions whatsoever related to pleadings exist in the rules. In other words, inside this normative setting, the expression ‘*domanda*’ (i.e., pleading) is used and referred to just like that, with no further specification of qualification as to ‘the what’ and ‘the how’ of it, which doesn’t seem to be something to be taken as meaningless and consequently overlooked.

⁴ E.g. S. BURBANK, *The Class Action in American Securities Regulation*, in *ZZP Int* 4, 1999, 332; ID., *The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View*, in 156 U. Pa. L. Rev. 2008, 1439 ss.; L. SILBERMAN, *The Vicissitudes of the American Class Action with a Comparative Eye*, in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague-Boston 1999, 331; A. MILLER, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the ‘Class Actions Problem’*, in 92 Harv. L. Rev. 1979, 664.

⁵ A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova 1996, 350; G. COSTANTINO, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 1028; ID., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell’art. 140-bis cod. consumo*, in *Foro it.* 2008, V, 17.

⁶ For some hints in this direction, see, e.g. A.D. DE SANTIS, *Disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il «Class Action Fair Act of 2005»* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 610-611; A. GIUSSANI, *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 529; ID., *Tutela collettiva e prova del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 1300.

Here, this lack of qualification of the introductive demands is allegedly denoting more than a mere omission. With this, what I am implying is a referral to the background of the Italian legal culture on this very subject, and especially to the scant development of a seriously critical approach as to its disciplinary *status* in the *Codice di procedura civile* in force, dating back to 1942⁷. Which means, to be more than extremely concise, that the *Codice*'s discipline related to pleadings has certainly been deeply influenced by the modernist idea of simplification through conceptualization, which thoroughly characterized the Italian legal culture especially during the first half of the twentieth century⁸.

Such an approach was intended to require or at least to involve an altogether summarization of the structuring elements of the Italian pleading (the *domanda in giudizio* consisted – more specifically – in the form of, on the side of the plaintiff, a *citazione* and, on the side of the defendant, of a *comparsa di risposta*). An event – not by chance historically paralleled by the notice pleading notion in *Rule 8* of the American *Federal Rules of Civil Procedure* of 1938 – bringing together the idea of modernization with that of an easy ‘factualization’ of the circumstances founding a lawsuit⁹.

According to the simplifying framework provided by the rules (and precisely articles 163 and 167 of the Italian *Codice di procedura civile*), allegations of facts barely needed in bringing or responding to a lawsuit¹⁰. Well, formally they are needed, since what subsection 3 n. 4 of the abovementioned article 163 provides for is the necessary ‘*indicazione dei fatti*’ in the construction of a pleading/*citazione*. But this provision can be easily criticized as too general and vague in its contents, given that it doesn’t make any question of the limits or criteria in which to locate a good or at least sufficient ‘*indicazione dei fatti*’ in view of the efficient functioning of the machinery of justice. Besides, this view is borne out also by the provisions concerning the demand invalidity in the *Codice*. Here – article 164, subsection 4 – the related invalidity parameters are to say the least extreme: a pleading/*citazione* will in fact be nullified only in case of the absolute lack of any factual allegations whatsoever, but not were it to contain an even extremely vague and generic ‘factualization’¹¹.

⁷ See, e.g. V. DENTI, *Dall'azione al giudicato*, Padova 1983, 46; ID., *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1986, 469.

⁸ V. DENTI, *Sistematica*, see quotation in n. 7; ID., *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 462; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in E. ALLORIO (ed.), *Commentario del cod. di proc. civ.*, Torino 1980, II, 30 and *passim*; as an example of such an approach in the Italian legal culture, see, for instance, in relationship with the problem of the contents of pleadings C. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di petitum e causa petendi*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 467.

⁹ In the American oceanic production thereupon, see, e.g., R.L. MARCUS, *The Puzzling Perspective of Pleading Practice*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 1749; E. CAVANAGH, *Pleading Rules in Antitrust Cases: A Return to Fact Pleading?*, in 21 *Rev. Litig.* 2001, 1; and many discussions on *Bell Atlantic Corporation v. William Twombly* (e.g., L. MULLENIX, *Startling Attack on Federal Notice Pleadings Decision Could Broadly Affect Class Action Pleadings*, in 189 *N.J.L.J.* 2007, 275; in the European context, see A. DONDI, *Alegaciones iniciales de las partes en el proceso civil estadounidense – Un reciente cambio en la jurisprudencia federal*, in *Rev. der. proc.* 2007, 283).

¹⁰ See A. DONDI, *La fase introduttiva*, in M. TARUFFO (ed.), *Le riforme della giustizia civile*, Torino 2000, 257.

¹¹ See, e.g., A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 93.

Clearly what justifies this departure from the *Codice* is that the normative framework now delineated remains – *in absentia*, I repeat, of specific provisions on this subject in the new Italian discipline on the *azioni collettive* – the only one as well to be used in these lawsuits. Which in itself might be a serious problem, especially since in Italy there has not been, neither previously nor recently, any uproar at case law level similar to the one at the U.S. Supreme Court in cases like *Bell Atlantic v. Twombly*¹². Moreover, no special requirements, in terms of initial factual specification, have so far been pointed out or somehow envisaged by our scholarship for the effective management of these types of cases.

3. Lawyers' skills and enhanced judges' selective role

The seriousness of this lack can be conceived as twofold. It affects both lawyers' skills and the effectiveness of judicial powers, together with the chances of a system of justice to operate satisfactorily in connection with complex cases, as the ones considered here¹³. On the whole, it has also heavily to do with the effective interaction of lawyers and judges in such a context, enhancing or reducing their cooperation, and hence framing the quality standards of their mutual activities¹⁴.

Of course, lawyers are by no means the leading men and women when pleadings come about. But the problem of having to perform a task like this becomes, in extremely critical terms, that of how to accomplish this task. And this especially when it is on the description of the facts – mingled with their normative aspects – that the judge's selection of a certain procedural track for the case, as well as its qualification as a collective action, i.e., an *azione collettiva*, actually depends.

But, as abovementioned, a fundamental drawback of the new Italian discipline consists in the absence – even in these cases and given the related basic questions of qualification – of a duty to specify the facts upon which the demands are grounded¹⁵. This is definitely a momentous aspect of this discipline, here further worsened by the absence of provisions setting down standards of qualification in order to direct the selective activity to be performed by the judge.

The role played by lawyers in this vacuum becomes virtually fundamental; yet, at the same time, hardly checkable. It's obviously up to them to present the case and suggest its qualification as a collective action, describing the facts supporting this request. Nevertheless, inside which boundaries and how specifically formulated is not stated by the law recently enacted. Whether they're precise and extended in their presentation there

¹² See, e. g., references n. 9.

¹³ See E. SILVESTRI, *The Difficult Art of Legal Transplant: The Case of Class Actions*, in *Rev. Proc.* 2010, 99 ss.

¹⁴ For an example of comparative approach thereupon, see G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int. L.J.* 2006, 59.

¹⁵ For a yet indirect reference to such a feature of the Italian collective action discipline, see, e.g. S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 569 (also available at www.judicium.it, 5).

shouldn't be any question. But what if they aren't? And, moreover, why should they be precise, were they not wanting or anyhow willing to be?

Apparently, this is not a real and serious problem for Italian legislators, also scholarly debate hasn't shown conspicuous interest over such a lack. Yet, the fundamental question of this lack and what should have been done to make these kinds of proceedings work remains. It is a question tightly interwoven with that – actually also highlighted by the comments in this respect – of further wants in the normative framework provided for by the Italian legislator¹⁶.

The most common remark is aimed at the judicial management role or, rather, the scant chances of its effectiveness in this normative and practical context. From the point of view of the very normative framework, the absences are as a matter of fact impressive, both on the side of what we might call the 'selective framework' – so to speak inevitably located at the very beginning of these kinds of proceedings – and on the side of the provision related to the structure and the mechanism of the pretrial phase¹⁷.

Certainly, no sort of guidance has been provided in order to allow (but all in all, even actually to permit) the judge to accomplish fully his basic selective function. In fact, the rule concerning the introductive phase of these proceedings (art. 140, 3. *bis*, of the above-mentioned norms on the *azione collettiva risarcitoria*), as much as for special provisions related to the pleadings' contents, is likewise lacking on this point. Therefore, while the duty to certify the case as an *azione collettiva* or not belongs to the judge owing to an explicit assignment by the law (literally «[T]he tribunal... will pronounce over the admissibility of the demand»), the same law provides no standard of certification whatsoever¹⁸.

This circumstance too seems in itself peculiar, as well as significant. And, in the first instance, it is blatantly saying just what... it doesn't say. That is, rules having to perform a procedural task (i.e., to shape a procedural track) do not accomplish it, at least in real terms or in an effectively feasible way. As a matter of fact, on which basis ought an Italian judge get to qualify a case as a collective action or not? Having to confront this, the law is leaving him absolutely alone, apart from briefly mentioning – obviously besides the general philosophy of this normative framework – the associations having the standing to sue (art. 140, 1., 2. *bis*)¹⁹.

¹⁶ As pointed out by, e.g., S. CHIARLONI, n. 15; ID., *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *www.judicium.it* 2008, *passim*; and also M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 530; P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della 'class action' ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.* 2000, 2224; G. RESTA, *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, 'class action', modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2007, 339.

¹⁷ For some critical remarks on the common backwardness of the Italian procedural law on this side, see, e.g. M. TARUFFO, *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, in N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino 2005, 217; A. DONDI, *Crise récente de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès*, in 4 *Revue de la recherche juridique* 2006, 2351.

¹⁸ See art. 140-*bis*, subsection 3. of the 'Codice del Consumo' (Decreto legislativo n. 206/2005). For a comment on this discipline, see A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., 224; C. CONSOLO (ed.), *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano 2008, chapt. VI.

¹⁹ See art. 140-*bis*, subsection 1., 2. (at n. 18 *supra*); for a comment, see, e.g., R. CAPONI, *Litisconsorzio 'aggregato'. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir.*

But also, in this very relationship the provisions of the law appear fairly vague, if not manifestly fuzzy. Setting aside the first category of associations, predetermined and ‘circumscribed’ in a previous article (art. 139) of the same law as the ones institutionally pursuing public or collective goals, in no other terms might the definition provided for by the second category possibly be described and evaluated. This further category of associations (or even ‘committees’, according to the law) not previously circumscribed – hence very likely to be set up occasionally and for the very purpose of organizing a case as an *azione risarcitoria* – would have standing because of its «representing adequately the collective interests pleaded for»; and, how to put it? That’s it²⁰.

No standards of qualification are therefore provided to support the judge in a task of such importance for the sake of structuring a case as an *azione collettiva risarcitoria*. The apparently only conclusion therefore seems to be that – *intentione legis* – this task is most likely and all in all left to the judge’s bare discretion²¹. Yet, such a remark doesn’t mean to suggest the introduction of something like that of selective standards similar to the ones based on the requirements devised in the American *Federal Rule of Civil Procedure* 23, of course in special connection with subsections (a), (b), and (c)²². That would be a patent blunder, since these requirements would appear and prove to be too far-fetched and, to say the least, inconsistent with the inner differences between the two rules as well as the two conceptual approaches adopted²³.

Here again, on the other hand, one can’t help pointing out that this is not a single, isolated circumstance in these new Italian rules. In fact, what is throwing a heavy shadow onto their whole complexion is its pervasiveness at least at procedural level, as further shown by the, to say the least, thin discipline concerning the pretrial phase, a shrinkage apparent at first sight when facing the related provisions of article 140, numbers 3 and 4²⁴.

proc. civ. 2008, 20.

²⁰ See art. 140-bis, subsection 2 (at n. 18 *supra*); for a comment, see, e. g., G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: nota a una prima lettura dell’art. 140-bis cod. consumo*, in *Foro it.* 2008, V, 17; M. BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all’italiana lontana dalle esperienze europee più mature*, in *Guida dir.* 2008, 11; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all’art. 140-bis del codice del consumo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Carmine Punzi*, Milano 2008, 443.

²¹ See R. CAPONI, *Litisconsorzio ‘aggregato’. L’azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit.; A. BRIGUGLIO, *L’azione collettiva risarcitoria*, Torino 2008, *passim*.

²² See, e.g., D. CRUMP, *What Really Happens During Class Certification? A Primer for the First-Time Defense Attorney*, in 10 *Rev. Litig.* 1990, 1; more recently, Y.K. LEE, *Beyond Gatekeeping: Class Certification, Judicial Oversight, and the Promotion of Scientific Research in ‘Immature’ Pharmaceutical Torts*, in 105 *Colum. L. Rev.* 2005, 1905; A. ERBSEN, *From ‘Predominance’ to ‘Resolvability’: A New Approach to Regulating Class Actions*, in 58 *Vand. L. J.* 2005, 1050; in the Italian literature, see A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., 127.

²³ S. BURBANK, *The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View*, in 156 *U. Pa. L. Rev.* 2008, *passim*.

²⁴ See art. 140-bis, subsection 3., 4. (at n. 18 *supra*). For a comment, see, e.g., S. MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 41 ss.; C. CONSOLO (ed.), *Obiettivo class action: l’azione collettiva risarcitoria*, cit.

And here again what in fact has been provided for is nothing but the avoidance of the very problem of devising a pretrial path for these kinds of cases, since the abovementioned rules simply jump from the introductory phase of the proceeding (number 3 of article 140) to the conclusions, i.e., its decision by the judge. This of course – and although entirely in the absence of selective criteria – once the case is certified as an *azione collettiva* (number 4 of the same article).

Unusual and actually inconceivable as it may be, this skipping of an *ad hoc* discipline leaves thoroughly unresolved many linked procedural questions. Just to provide a couple of examples, completely left open and unresolved in the new Italian rules, the most likely fundamental questions remain, such as those of how to conceive efficient discovery devices in these cases and how to provide the judge with adequate managerial related powers²⁵.

Jumping, with no procedural articulation whatsoever, from an undisciplined certification as a collective action to the judicial decision («se – of course, the judge – *accoglie la domanda*»), Italian legislators do not seem to have paid attention to these apparently unavoidable questions and needs. This is an indisputable fact to be nevertheless taken into account.

4. Advisable adjustments and further perspectives

The two circumstances up to now considered, that of pleadings and that of pretrial judicial powers, imply at least a reference to the whole philosophy founding these new Italian rules. And thereupon a basic feature to be taken into account is the essentially – and I'd add even intentionally – limited scope of the Italian *azione collettiva*²⁶. Rather than a mere cultural backdrop, this very feature seems to have had some specific and relevant consequences as well on the procedural structure of the rules.

As a matter of fact, it seems to have functioned as a sort of common alibi to under-develop the potentials elsewhere usually ascribed to these lawsuits (together with, needless to say, the many risks connected)²⁷. An effect of this approach can be very likely identified in the sort of procedural chicane arranged in order to dispose of the case through a judicial decision and to get to a quantification upon the damages, and their distribution.

In short, first step, the judge will decide the case, at the same time determining the abovementioned damages quantification and – as well immediately, if possible – distribution. After sixty-days notice, the defendant (here plainly defined as 'the enterprise') should consequently «formally propose the payment of a sum» to any party who is a member of the collective action. To become effective, this proposal should have to be cor-

²⁵ See, for a comparison of the Italian approach with foreign legal systems, e.g., A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161.

²⁶ See, e.g., A. CARRATTA, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela di consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giur. it.* 2005, 665 (and notes 14, 15); more recently A. GIUSSANI, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 466.

²⁷ See J.C. COFFEE, *Class Wars: The Dilemma on the Mass Tort Class Action*, in 95 *Colum. L. Rev.* 1995, 1343; and also, in a comparative approach, M. TARUFFO, *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, in 11 *Duke J. Comp. & Int'l. L.* 2001, 405.

relatively accepted by the same parties²⁸. But, second step, this combined last event might also not occur, i.e., the proposal based on the judicial decision not being proposed by the enterprise and the related acceptance not being accepted. In this case, and incomprehensibly short of any negative consequence, the judge will have to appoint a ‘conciliation (or, it might also be said, ‘settlement’) chamber’ in order to proceed to the damages’ monetary quantification. It’s essentially for the sake of brevity that here I should skip any mention of the many problems thereupon likely related to the actual functioning of such a ‘chamber’ composed of three lawyers, two of whom representing the parties in something very similar to an ADR context²⁹.

It is easy to tell that, at first glance, such a ‘two-step procedure’ reveals itself to be unnecessarily complex, and at the same time also makeshift because it is full of loosely disciplined options. Both these features seem to clash with a philosophy of basic effectiveness in the procedural mechanism of the Italian *azione collettiva risarcitoria*. And, as a matter of fact, rather than ‘two steps’, this related discipline ends up becoming twofold as well as, predictably, a source of widespread abuse in practice. It is unnecessary to add that, in fact, the common disciplinary standard here remains the one already indicated and characterized by an utter avoidance of any precise definition either of the procedural requirements and activities to be performed by the lawyers or, especially, the managerial powers (not) conferred on the judge³⁰.

Are there chances to reform this dangling and in many ways just tentative reform? Probably and cautiously the answer might be yes, some, since in principle anything can be improved, although ameliorating in the void – as in this very case – seems an extremely demanding task. Which in other words would mean that, to follow this path profitably, one ought to yet consider and fulfill what so far has been so blatantly underrated in the Italian rules: facing the deficiencies with the support of a different philosophy or culture in these proceedings.

Yet very briefly, two of these deficiencies have been indicated here: a) pleadings, and their factualization, as an inevitable element of a discipline actually fitting the needs of a well-organized pleading stage in these kinds of lawsuits; and b) managerial judicial powers, especially – not only – concerning the pretrial stage in the context of an efficient machinery of discovery (and suffice it to say that the mere provision of which has been totally ignored in the discipline concerning the *azione collettiva risarcitoria* to perceive, if not completely realize, the seriousness of the disciplinary drawbacks we’ve considered here).

And here again a fundamental role is played by, and in any case must be attached to, the relationship between judges and lawyers.

Either mentioning pleadings or pretrial and discovery, at the very end we do in fact speak of this very relationship, and this especially when having to do with group litigation

²⁸ See, e.g., A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., 225; G. BALENA, *Aspetti processuali della tutela dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 569.

²⁹ See at n. 28 *supra* and also C. CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una ‘giusta’ efficienza*, in *Corr. giur.* 2004, 565.

³⁰ See, e.g., M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, cit.; V. VIGORITI, *Impossibile la Class Action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Rass. Forense* 2006, 101.

lawsuits³¹. Is it or should it actually be the judge who controls lawyers' professional skills as drafters of the introductory activity, i.e., the pleadings? But how could he perform such a task unless according to the law? And what if the law – as in the Italian case – were empty of 'information', lacking any indication as to the requirements of the pleadings; and this in cases like these where upon the pleadings and nothing else, the judge should function as a gatekeeper, permitting or forbidding the case to join the club of the collective or group lawsuits? On the other hand, how could a judge allow, stimulate and overview to the proceeding of cases of this kind in the absence of managerial discovery powers, to be obviously exercised toward lawyers acting for their clients but being the only real field officer and 'professional partner' of the same judge?

These questions can only be answered by organizing controls, performed by the judge and concerning lawyers' activities, a program implying the legal formalization either of so to speak 'entrance requirements' or of 'selective discovery tools'. But rather than stressing the judge's watchdog function, such a program ought to focus on lawyers' responsibilities and 'professional virtues' in these kinds of cases³². An approach thus inevitably implying an idea of cooperation between judges and advocates based on an enhanced awareness of lawyers' special ethical duties in this context. Ethical duties or 'dilemmas' of a special kind actually, and virtually springing out at various levels as, for instance: the organizing task performed by lawyers (and concerning the American classes as well as the Italian associations and committees), the conduct of the litigation, the settlement choices, and the fees award model³³.

In this certainly incomplete agenda, the nearly paramount problem of legal ethics in these kinds of cases can only be briefly mentioned. Still, its implications are many and of great value, especially if we consider the social impact of group lawsuits, and their chance to become also in Italy a common or very frequent tool at the consumer or social and sexual minorities level³⁴. The corresponding chances of becoming in this case a dangerous no-man's-land for the development of threatening conflicts of interest for lawyers has so far not been considered by the Italian rules on legal ethics³⁵.

And, given the circumstances, I'd say obviously.

³¹ See, e.g., G. COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.* 2007, V, 140.

³² G. C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, 109.

³³ See J. B. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in 88 *Nw. U. L. Rev.* 1994, 469.

³⁴ E.g., M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, cit.; L. WALKER, *The Consumer Class Action Bill of Rights: A Policy and Political Mistake*, in 58 *Hastings L. J.* 2007, 849.

³⁵ For some remarks in the literature published in Italy, see, e.g., G.C. HAZARD, *Un codice di etica professionale per gli avvocati italiani?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 1147; A. DONDI, *Spunti in tema di 'Legal ethics' come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 261.

23. CASE LAW E FILOSOFIA DEGLI ATTI INTRODUTTIVI NEGLI STATI UNITI*

SOMMARIO: 1. Questioni affrontate e prevedibile impatto della decisione del caso *Twombly*. – 2. Aspetti ideologici del *dictum* e profili di collegamento funzionale fra caratterizzazione del *pleading* e gestione del *discovery* nel processo civile statunitense. – 3. Effetti probabili dell'adozione di un modello di *fact pleading* e riflessi sulla struttura del processo civile federale.

1. Questioni affrontate e prevedibile impatto della decisione del caso *Twombly*

Il problema della 'fattualizzazione' della pretesa nel contesto degli atti introduttivi di controversie civili (*pleading*) ha rappresentato per oltre un secolo uno dei principali oggetti di dibattito nella cultura giuridica statunitense¹. Si potrebbe anzi dire il principale, tenuto conto dei suoi riflessi relativi su altri aspetti cruciali del processo civile, specialmente di quello federale; sulla sua strutturazione complessiva nonché sulla sua adeguatezza rispetto all'esigenza di fare fronte alla sfida della complessità manifestatasi da ormai oltre un quarantennio nella percezione ed elaborazione di quella cultura giuridica. A dimostrare ulteriormente ciò interviene ora una sentenza della Corte Suprema Federale, che appare molto agevole prevedere di impatto fondamentale su tale dibattito, e non solo².

Le ragioni per caratterizzare in questo modo la sentenza *Beil Atlantic Corporation v. Twombly* (*Twombly* qui di seguito) sono varie – come del resto qui si accennerà – ma si può dire risiedano soprattutto nella nettezza con la quale la Corte suprema adotta questo nuovo indirizzo. Altrettanto rilevante è la, per così dire, consapevolezza del rilievo della scelta adottata sugli *standard* difensivi, da utilizzare in particolare nella gestione della vasta area di controversie ormai tradizionalmente definita come *complex litigation*, specie – per quanto non solo – nella forma dei *class action cases*³. Si tratta di un collegamento che al riguardo risulta, in effetti, molto esplicito nella decisione che qui si considera. Il tutto con un'ampiezza di elaborazione e di 'rigorosa analisi' della *philosophy* degli atti introduttivi nell'ambito della cultura giuridica e dell'ordinamento processuale statunitensi che, già di

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529-539.

¹ Cfr., ad esempio – anche per richiami bibliografici di base – A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa, I. Il modello statunitense*, Padova 1991, 26 ss.

² Cfr. *Bell Atlantic Corporation v. William Twombly*, (21 maggio 2007), in 550 U.S. 2007; anche in 127 S. Ct. 2007, 1955 ss. (per convenzione qui si citerà il caso con riferimento alla impaginazione interna dello stesso e con riferimento a questa ultima indicazione bibliografica; il caso verrà qui di seguito indicato con la denominazione *Twombly* per mera 'comodità' rispetto alla forse più comune denominazione statunitense con il riferimento alla parte attrice Bell Atlantic).

³ Per riferimenti nella letteratura giuridica italiana, cfr. A. GIUSSANI, *Studi sulle «class actions»*, Padova 1996, *passim*; ID., *Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa*, Torino 2007, 221 ss.; per un richiamo recente sull'evoluzione dei problemi collegati a questo tema, cfr., ad es., E.F. SHERMAN, *Segmenting Aggregate Litigation: Initiative and Impediments for Reshaping the Trial Process*, in 25 *Rev. of Litig.* 2006, 691, spec. 714 ss.

per sé, costituiscono una solida ragione di interesse del *dictum* del caso *Twombly*, come è già stato messo in luce in alcuni dei più tempestivi commenti in tema⁴.

Ciò che la decisione *Twombly* realizza rappresenta un *revirement* davvero epocale, in ragione del suo *overruling* di un assetto giurisprudenziale pressoché stabile in materia da circa un cinquantennio; e corrispondente alla sentenza – a sua volta ‘storica’ – del caso *Gibson*, notorio *leading case* in materia, quantomeno finora⁵.

In sintesi estrema, tale mutazione si può fare corrispondere a una cruciale scelta di campo o a una – a tutti gli effetti drastica – sostituzione di concezioni di fondo strutturanti la filosofia del processo civile. Una scelta che comporta la sostanziale adozione della nozione di *fact pleading* e, con ciò, l’abbandono della nozione di *notice pleading* come nozione-*standard*, o principale criterio di riferimento, per la definizione del contenuto essenziale degli atti introduttivi di parte di un processo civile. Altrettanto interessante appare anche un’ulteriore circostanza, collegabile alla *philosophy* del caso *Twombly*, e corrispondente all’esplicito riferimento di tale scelta alle necessità poste dalla gestione processuale di quella particolare categoria di controversie grossomodo definibili – come già accennato – *complex cases* specie nella fase di trattazione, ossia attraverso la realizzazione delle attività di *discovery*⁶.

2. Aspetti ideologici del *dictum* e profili di collegamento funzionale fra caratterizzazione del *pleading* e gestione del *discovery* nel processo civile statunitense

Questi due elementi segnano il *dictum* del caso *Twombly* in maniera proporzionalmente differenziata sul piano dell’elaborazione teorica, ma sostanzialmente con pari impatto caratterizzante. Bisogna dire subito che le questioni oggetto della decisione *Twombly* si collegano a fattispecie disciplinate in quella sorta di *Grundnorm* in materia di *antitrust* e concorrenza notoriamente rappresentata in ambito statunitense dallo *Sherman Act*⁷. Si tratta di un’occasione che di per sé configura il contesto di riferimento del *dictum* che

⁴ Così, in particolare, v. L.S. MULLENIX, *Startling Attack on Federal Notice Pleadings Decision Could Broadly Affect Class Action Pleadings*, in 189 N. J. L. J. 2007, 275 ss. (ove anche l’espressione virgolettata nel testo); sul punto cfr. anche NOTE, *The Devil in the Details*, in <http://www.ajs.org/ajs/ajs>.

⁵ Cfr. *Conley v. Gibson*, in 355 U.S. 1957, 431 ss. (in 78 S. Ct., 99); al riguardo, fra i molti, ad es. v. J. FRIEDENTHAL, M. KANE, A.R. MILLER, *Civil Procedure*⁴, St. Paul Minn. 2005, spec. 267 ss.

⁶ Per un rinvio d’obbligo, cfr. R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation-Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul Minn. 2004, 19, 21 ss.; ma anche – nel dibattito che inquadra il problema a partire dagli anni ’80 – v., ad es., J.B. WEINSTEIN, *Procedural and Substantive Problems in Complex Litigation Arising from Disasters*, in 5 *Touro. L. Rev* 1988, 1 ss.; R.A. EPSTEIN, *Commentary, The Consolidation of Complex Litigation: A Critical Evaluation of ALI Proposals*, in 10 J. L. & Com. 1990, 13 ss.; nella letteratura italiana, per una sottolineatura di tale collegamento, v. A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettiva italiana di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.

⁷ Al riguardo, cfr., ad es. e in generale, P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*², New York 2003, spec. 236 ss.; E.D. CAVANAGH, *Pleading Rules in Antitrust Cases: A Return to Fact Pleading?*, in 21 *Rev. of Litigation* 2001, 1 ss.; in una prospettiva decisamente risalente v. anche D.F. TURNER, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, in 75 *Harv. L. Rev.* 1962, 655 ss.

qui si considera in controversie concernenti società e quindi in contesti processuali – come già detto – intrinsecamente complessi anche solo per ragioni di mero oggetto del conflitto. Questo, che ovviamente rappresenta uno degli elementi strutturanti la nozione di complessità processuale, costituisce tuttavia per l'elaborazione che qui interessa nella decisione del caso *Twombly* solo un punto di partenza o, appunto, un'occasione. In effetti, il percorso intrapreso dalla Corte in questa circostanza si svolge in netta prevalenza con riferimento a un ripensamento analitico dell'idea di ciò che debba intendersi oggi per atti introduttivi di controversie civili (ossia, *pleading*), anche al fine di pervenire a una più adeguata e aggiornata formulazione normativa di queste questioni all'interno delle *Federal Rules of Civil Procedure*⁸.

In questa prospettiva, il nucleo affermativo della decisione è rappresentato dalla stessa presa d'atto che, preventivamente a qualsiasi questione di merito, sia necessario fare fronte all'esigenza di una formulazione degli atti introduttivi chiara, specie sotto il profilo fattuale, ponendo e risolvendo «the antecedent question of what a plaintiff must plead in order to state a § 1 claim». Una presa di posizione che si configura come esplicitamente critica nei confronti della disciplina di riferimento nelle *Federal Rules* (ossia la *Rule 8* e seguenti), che notoriamente si limita a richiedere «a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief [...] in order to give the defendant fair notice of what the claim is»⁹.

Nell'elaborazione della decisione *Twombly*, risulta invece evidente come la funzione essenziale del *pleading* debba ormai implicare obblighi di informazione circostanziata in capo al *pleader*; per rifarsi ancora alle espressioni della decisione in esame: «more than labels and conclusions, and a formulaic recitation of the cause of action». Coerentemente con questo assunto, a strutturare un *pleading* viene ritenuta indispensabile la presenza di allegazioni fattuali «enough to raise a right to relief above [...] speculative level»¹⁰.

Con ciò viene in sostanza affermato che la condizione di esistenza – nei suoi elementi indispensabili – di un *pleading* si può in definitiva fare consistere nella descrizione di «enough factual matter», tale da consentire in ipotesi un effettivo (ossia, non generico né abusivo) funzionamento del meccanismo di *discovery*, una volta superata la fase propriamente introduttiva di una controversia e, ovviamente, in sede di *pre-trial*¹¹. Il tutto nel

⁸ Riguardo allo scarto fra la presenza di elementi implicanti un superamento della nozione di *notice pleading* drasticamente intese come mera informazione del convenuto circa la pretesa, già da tempo il dibattito è presente in ambito statunitense, anche nel contesto del dibattito più risalente in materia; cfr., ad es., C.E. CLARK, *Pleading Under the Federal Rules*, in 12 *Wyo. L. J.* 1958, 181 ss.; O.L. McCASKILL, *The Modern Philosophy of Pleading: A Dialogue Outside the Shades*, in 30 *A.B.A.J.* 1952, 123 ss.; e – per una ricostruzione critica – R.L. MARCUS, *The Puzzling Perspective of Pleading Practice*, in 76 *Texas L. Rev.* 1998, 1749 ss.

⁹ Per le indicazioni testuali in questa e nella frase precedente (e i riferimenti al caso *Gibson*), si rinvia alle indicazioni contenute nella nota 5 *supra* (in particolare v. J. FRIEDENTHAL, M. KANE, A.R. MILLER, cit., 268).

¹⁰ Cfr. – per questa e per la citazione nella frase che precede – il testo del caso *Twombly* cit. in nota 2 *supra*, 6 (della numerazione 'interna') e alla 1959 ss. della seconda modalità di citazione indicata nella stessa nota 2.

¹¹ Cfr., fra i molti, A. DONDI, *Questioni di efficienza*, cit., 166 ss.; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*, Padova 1991, 123 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforme del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 787 ss.

contesto di un'interpretazione che esplicitamente sollecita la riformulazione della previsione della *Federal Rule 8(a)(2)*, nel senso di prevedere come elemento essenziale di un *pleading* la adeguata circostanziazione della pretesa (o delle difese) in esso contenuta.

Si tratta di una presa di posizione semplice nella sua formulazione essenziale ma al contempo drasticamente rigorosa, che non lascia dubbi sull'intento di strutturare un *leading case* in questa materia e di porre fine a un dibattito al riguardo da sempre molto vivace, ma particolarmente intenso nell'ultimo decennio¹². È il collegamento con il meccanismo di *discovery*, la sua funzionalità ed effettività che – come si diceva – nella decisione *Twombly* rappresenta il referente principale, ma anche la reale occasione, per la scelta di campo in favore dell'abbandono della nozione di *notice pleading*¹³.

Questa circostanza, mentre costituisce l'altro aspetto fondante la filosofia di tale decisione, ne caratterizza anche il procedere interno. Ciò che in sostanza viene affermato è la concreta necessità di corredare gli atti introduttivi di una indicazione specifica e adeguata degli elementi fattuali; indicazione funzionale alla corrispettiva delimitazione necessaria delle informazioni acquisibili in sede di *discovery*. Il tutto prevedibilmente al fine essenziale di scongiurare, per quanto possibile, la gestione in chiave abusiva di questo meccanismo ad opera degli avvocati¹⁴.

Il trasferimento che così si realizza dalla nozione di '*fair notice*' alla nozione di '*well pleaded claim*' costituisce il nucleo della rielaborazione che la Corte suprema realizza con la decisione caso *Twombly*. E ciò proprio in ragione della portata e applicazione 'ampia' di quest'ultima definizione, che in questa decisione viene riferita all'intera struttura del processo civile federale, a comprendere tanto della fase introduttiva quanto quella di trattazione-*discovery*. In effetti, nella decisione *Twombly*, la ragione di fondo della scelta in favore di una circostanziazione non equivoca dei fatti alla base di un *pleading* consiste appunto nella necessità di realizzare preventivamente un'attività in ogni caso necessaria ai fini della decisione e non rinviabile a una fase successiva (come tradizionalmente avveniva nella accezione storicamente consolidata del *discovery* statunitense)¹⁵.

¹² Cfr., ad es., E.D. CAVANAGH, *Pleading Rules in Antitrust Cases*, cit., 9 ss.; C.M. FAIRMAN, *Heightened Pleading*, in 81 *Tex. L. Rev.* 2002, 551 ss.; R.L. MARCUS, *The Puzzling Persistence*, cit.

¹³ Per un richiamo alla recente evoluzione del dibattito in materia, v., ad es., R.L. MARCUS, *E-Discovery & Beyond: Toward Brave New World or 1984?*, in 25 *Rev. of Litig.* 2006, 633 ss.

¹⁴ Sulla nozione di abuso del processo civile si rinvia ai saggi contenuti in AA.Vv., *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Reform*, The Hague-London-Boston 1999, *passim* (e in particolare G.C. HAZARD, *Abuse of Procedural Rights: A Summary View of the Common Law System*, 43 ss.); in tema anche v. F.H. EASTERBROOK, *Discovery as Abuse*, in 69 *B.U.L. Rev.* 1989, 635 ss.; NOTE, *Modeling the Effect of One-Way Fee Shifting on Discovery Abuse in Private Antitrust Litigation*, in 78 *N.Y.U.L. Rev.* 2003, 1887 ss.; inoltre, con riferimento specifico all'abuso concentrato nelle attività di *discovery*, v. L.S. MULLENIX, *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfounded Rulemaking*, in 346 *Stan. L. Rev.* 1994, 1393 ss.; per una verifica della presenza nel mondo statunitense di intenti riformatori della disciplina del processo alla luce dell'esigenza di contenere-contrastarne l'abuso, cfr., ad es., L. HOFFMAN, *The Lawsuit Abuse Reduction Act: The Legislative Bid to Regulate Lawyer Conduct*, in 25 *Rev. of Litig.* 2006, 719 ss.

¹⁵ Sul ruolo e la compenetrazione 'antropologica' fra *discovery* e cultura (giuridica e non) statunitense cfr. O.G. CHASE, *Law, Culture, and Ritual-Disputing Systems in Cross-cultural Context*, New York 2005, 60 ss.

Si esplicita in tal modo e si caratterizza come essenziale un collegamento funzionale ineludibile fra *pleading* e *discovery*; ossia, fra quanto, in un rapporto sostanzialmente proporzionale, dovrà già essere contenuto nel *pleading* e quanto potrà essere successivamente oggetto di attività di trattazione, chiarificazione e appunto *discovery*. La *Federal Court* in tal modo sembra voler evitare che prassi di *shy pleadings* si convertano nell'individuazione solo in una fase successiva agli atti introduttivi – nel *discovery* appunto – di un qualche ‘*set of facts*’¹⁶.

Si tratta di un percorso che vede presente anche un'ulteriore serie di considerazioni riguardo ai rapporti funzionali fra *pleading* e *discovery* nello scenario strategico tradizionalmente caratterizzante il processo civile statunitense, specie nei cosiddetti *complex cases*. Viene cioè chiarito come l'attività di *discovery*, in quanto lasciata a incertezze, vaghezze e sostanziale possibilità di abuso, possa agevolmente risolversi sul piano funzionale in reciproche e articolate minacce fra le parti; anche in ragione delle enormi spese inevitabilmente connesse alle attività di *discovery*¹⁷.

A ciò si accompagna un rilievo in qualche misura ‘rivoluzionario’ rispetto alle idee diffusamente accolte nella cultura giuridica statunitense riguardo alle linee di riforma del meccanismo di *discovery* e, in ogni caso, ai suoi standard di buono ed efficiente funzionamento. Si tratta della sostanziale svalutazione del mito, in effetti ricorrente da circa un trentennio, del cosiddetto *judicial control* o *management* in questa fase del processo¹⁸.

Controvertendo questa tendenza, nel *dictum* del caso *Twombly*, la Corte rileva come – nella gestione di controversie complesse – risulti davvero molto difficile per il giudice, in assenza di una specificazione preventiva dei fatti in sede di *pleading*, realizzare valutazioni serie circa la «*expert productivity of a given request*»; e ciò anche sotto il profilo della valutazione dei costi relativi alle attività di chiarificazione da realizzare in sede di *discovery*¹⁹. Viene evidenziato con estrema chiarezza come, in effetti, nella prassi giudiziale siano risultate pressoché inutilizzate proprio quelle disposizioni della disciplina in tema di *discovery* attraverso le quali – specie a partire dalle riforme dell'ultimo decennio del XX secolo – si è inteso sollecitare la realizzazione da parte del giudice di attività di selezione, riduzione ed eliminazione di ‘*excessive demands*’. In coerenza, la Corte rileva la quantomeno scarsa utilizzazione di tali poteri nei cosiddetti *complex cases*, in ragione della circostanza che, secondo le sue parole, «*We cannot prevent what we cannot detect; we cannot detect what we cannot define, we cannot define abusive discovery except in theory because in fact we lack essential informations*»²⁰.

¹⁶ Fra i molti, cfr. T.A. MAUET, *Pretial*^{ti}, New York 2005, 297 ss.

¹⁷ Per una illustrazione di questa essenziale implicazione del *discovery* specie in controversie complesse, v. R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation*, cit., 541 ss.; nella giurisprudenza, la decisione di riferimento al riguardo è *Dura Pharmaceuticals Inc. v. Broudo*, in 544 U.S. 2005, 336 ss., spec. 347.

¹⁸ Cfr., O.G. CHASE, cit., 62 ss.

¹⁹ Nel testo del caso *Twombly*, v. 14 (della numerazione ‘interna’) e 1967 ss. (della seconda indicazione bibliografica in nota 2).

²⁰ Si rinvia per il testo della decisione alle indicazioni alla nota 17 *supra*.

3. Effetti probabili dell'adozione di un modello di *fact pleading* e riflessi sulla struttura del processo civile federale

a) Si è finora riferito dell'elaborazione di un ragionamento caratterizzato al fondo da una pervasiva idea di non sufficienza, o il cui *Leitmotiv* potrebbe farsi corrispondere a un ridondante 'non basta che'. Il rilievo – e il vero interesse culturale – della decisione del caso *Twombly* consiste, invero, in questa presa d'atto della necessità di prevedere *standard* rigorosi – comunque adeguati – di utilizzazione della giustizia federale ad opera dell'avvocatura.

Risulta chiara la funzione di *turning-point* di questa impostazione, rispetto al mantenimento di una certa accezione ormai fin troppo stabilmente radicata di *pleading* nella cultura giuridica statunitense. Già nei primi commenti è rilevato tale carattere della decisione *Twombly*, proprio in ragione dell'attribuzione al *pleading* di un carattere necessariamente *factual* specie in controversie complesse, come nella fattispecie quelle *antitrust*.

Il corollario di questa scelta consiste altrettanto inevitabilmente in una '*dramatic departure*' dall'idea di *notice pleading*, utilizzata per indicare l'elemento caratterizzante lo standard di base e il modello degli atti introduttivi descritto nella *Rule 8* e seguenti delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938²¹. Nella sostanza, ciò che non sembra 'bastare', secondo il *dictum* di *Twombly*, è che tale funzione meramente informatrice possa ritenersi generalizzabile e – in sé – elemento sufficiente a sostanziare una pretesa o una difesa giudiziale in *limine litis*.

A differenza di quanto fino ad ora il *case law* in tema aveva per lo più prodotto, nella decisione *Twombly* è anche contenuta una significativa analisi della normativa di riferimento. La *Rule 8*, e in particolare la *subsection (a)(2)*, viene infatti sottoposta a un'esegesi che sottolinea come attualmente un'accezione riduttiva – ossia, in funzione meramente *notice* – del *pleading* appaia sostanzialmente ingiustificata sul piano dell'evoluzione storica del dibattito in materia. Tale accezione viene inoltre ritenuta anche incongrua con un'analisi, non omissiva sul piano lessicale e interpretativo, della norma citata e, in ogni caso, del complessivo apparato normativo in materia.

I rinvii a una vicenda – storicamente, come noto, molto dibattuta e caratterizzata negli Stati Uniti da un forte e permanente interesse in dottrina e giurisprudenza – come quella della evoluzione della nozione di *pleading* fra '800 e '900 risultano a tutti gli effetti fondanti le scelte adottate con *Twombly* e, *pour cause*, particolarmente articolati e puntuali nel testo di questa decisione²².

Il richiamo alla presenza di una tradizione disciplinare diversa rispetto alle scelte effettuate nel 1938 – al momento della configurazione del *pleading* nella versione originaria delle *Federal Rules of Civil Procedure* – diventa pertanto, in questa circostanza, qualcosa di sostanzialmente differente dalla citazione di un evento storico, realizzata per così dire più che altro *ad abundantiam* o 'per completezza'. Qui, tale richiamo si trasforma nell'individuazione delle ragioni risalenti di una presa di posizione implicante la complessiva rielaborazione della filosofia del *pleading* in ambito statunitense; e infatti viene realizzato

²¹ Per il testo della norma, v., ad es., S.C. YEAZELL, *Federal Rules of Civil Procedure – With Selected Statutes*, New York 2005, 27 ss.

²² Al riguardo, nella letteratura italiana, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 23 ss., 45 ss.

in maniera non generica, attraverso una sintetica, ma tuttavia puntuale, indicazione dei contenuti specifici delle disposizioni di riferimento nelle discipline precedenti le *Federal Rules*. In effetti, tanto il riferimento alla *Rule 25* delle *Federal Rules of Equity* del 1912, quanto quello ai §§ 142 (2) e 149 del *Code Pleading* di David Dudley Field del 1848, risultano puntualmente funzionali a giustificare, anche alla luce di una tradizione culturale molto risalente, la scelta di campo contenuta nella sentenza²³.

L'esegesi di queste disposizioni palesa, nel *dictum* di *Twombly*, un reale apprezzamento del cosiddetto '*code pleading*' (a intendere, la concezione del *pleading* ricorrente fino all'adozione delle *Federal Rules*); e ciò anche al di là dei notevolissimi problemi interpretativi posti dalla loro formulazione lessicale e dal loro specifico contenuto tecnico. Al riguardo, si potrebbe infatti dire che l'apprezzamento e il sostanziale recupero della cultura precedente, in *Twombly* si fondino essenzialmente sul superamento di questo genere di problemi.

In altri termini, non interessano – e, comunque, la Corte non vi si impantana – le questioni derivate dalla sovrapposizione di vari *requirement* nella configurazione degli elementi compositivi indispensabili dei vecchi '*code pleading*'; tutti riferibili alla necessaria fattualizzazione degli atti introduttivi cd espressi con parole come *ultimate* (o *operative*) *facts, evidence, conclusions*²⁴. Tali questioni vengono qui, in effetti, sinteticamente liquidate sulla base della considerazione che, a prescindere dai dati definitivi, «any allegation in a pleading must be an assertion that a certain occurrence took place»; posta comunque la considerazione, ulteriore e a tutti gli effetti cruciale, che «the pleading spectrum [...] is largely a continuum varying only in the degree of particularity with which the occurrences are described»²⁵.

b) Nella prospettiva adottata nella decisione *Twombly*, la crucialità di quest'ultima considerazione si spiega con il suo contesto di riferimento e con il conseguente *distinguishing* (in realtà, una presa d'atto o un aggiustamento di ordine generale) che la Corte ritiene doveroso adottare al riguardo. Diverso appare, infatti, il contesto di virtuale e prevalente riferimento della decisione *Gibson*, il *leading case* precedente. Tenere conto di tale differenziazione comporta – al punto di renderla inevitabile – una corrispettiva differenziazione, ossia un aggiornamento e una decisa risistemazione dei parametri di validità dell'atto introduttivo/*pleading*.

²³ Per il testo della decisione *Twombly*, il rinvio è a 21 ss. (della numerazione 'interna') e 1975 ss. (della seconda indicazione fornita alla nota 2 *supra*); con riferimento alla questione oggetto della frase e alla sua elaborazione a livello della manualistica, v., ad es., R.H. FIELD, B. KAPLAN, K.M. CLERMONT, *Materials for a Basic Course in Civil Procedure*, New York 2003, 1064-1073; J.J. COUND, J. FRIEDENTHA, A.R. MILLER, *Civil Procedure, Cases and Materials*, cit., 511-517; J. FRIEDENTHAL, M. KANE, A.R. MILLER, *Civil Procedure*, cit., 267 ss.

²⁴ Ivi nella decisione *Twombly*; per richiami al dibattito relativo e alle prese di posizione della dottrina nel periodo precedente l'*enactment* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, cfr., ad es., W.W. COOK, *Statements of Fact in Pleadings Under the Codes*, in 21 *Colum. L. Rev.* 1921, 3416-3419; J.B. WEINSTEIN, D.H. DISTLER, *Comments on Procedural Reform: Drafting Pleading Rules*, in 57 *Colum. L. Rev.* 1957, 519 ss.; su tale vicenda, anche S.N. SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, 912 ss.

²⁵ Nel testo della decisione *Twombly* v. a 22 (della numerazione 'interna') e a 1977 (della seconda indicazione bibliografica alla nota 2 *supra*).

Questa presa d'atto si sostanzia, anzitutto, nella constatazione della natura intrinsecamente non omologa delle controversie oggetto delle decisioni *Gibson* e *Twombly*. Nel primo caso un problema basilare di accesso alla giustizia è evidenziato anche solo dal tipo di parti (la parte attrice essendo un gruppo di operai di colore discriminati ad opera della loro stessa organizzazione sindacale). Nel secondo caso – *Twombly*, appunto – le questioni attengono, invece, alla capacità o non del sistema di limitare gli spazi per una sua utilizzazione abusiva in controversie *antitrust*; un ambito nel quale le parti, essendo imprese e società commerciali, risultano in possesso di una forte strutturazione 'culturale'; e ciò anche sotto il profilo della gestione del meccanismo processuale attraverso l'utilizzazione di studi legali lautamente remunerati²⁶.

Del resto, l'esigenza di configurare in maniera meno generica l'atto introduttivo con particolare riguardo a certe categorie di controversie si è da tempo manifestata negli Stati Uniti, in genere sulla scia del processo verso l'elaborazione della nozione di complessità delle controversie civili²⁷. Ed è analogamente significativo che, nelle stesse *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, affiori – come nelle disposizioni della *Rule 9*, intitolata appunto «*Pleading Special Matters*» – l'esigenza di differenziare la disciplina dell'atto introduttivo in considerazione delle speciali caratteristiche di alcuni tipi di controversie²⁸.

Che l'ambito di tale particolare caratterizzazione coincida con la circostanziazione dei fatti nel *pleading* è, invero, sempre risultato implicito; come – già intorno alla metà degli anni '40 – segnala la vicenda delle reazioni alla sentenza *Dioguardi* (con il fallito tentativo di emendare la *federal rule of pleading* che ne consegue)²⁹. Tuttavia, ciò che la sentenza *Twombly* realizza è proprio la non equivoca esplicitazione di questa esigenza, come una necessità generalizzabile o, in altre parole, un predicato intrinseco del *pleading*. Ancora più rilevante è che, nella visione della sentenza *Twombly*, tale esigenza non risulti implementata dal mero fatto della possibilità – ove espressamente previsto dalla legge, in via eccezionale e in circostanze speciali – di far luogo a cosiddetti *heightened pleadings*³⁰.

²⁶ Cfr. quanto con notevole chiarezza viene rilevato – sotto questo profilo, in maniera non opposta alla filosofia complessiva della decisione in esame – nella *dissenting opinion* dei giudici Stevens e Ginsburg, a 23 ss. (della numerazione 'interna') e a 1978 (della seconda indicazione bibliografica alla nota 2 *supra*).

²⁷ Cfr., ad es., C.E. CLARK, *Special Pleading in the 'Big Case'*, in 21 *F.R.D.* 1958, 45 ss.; F.A. FREUND, *The Pleading and Pre-Trial of an Antitrust Claim*, 46 *Cornell L. Q.* 1961, 555 ss.

²⁸ Così, nella manualistica, ad esempio, cfr. J. FRIEDENTHAL, M. KANE, A.R. MILLER, *Civil Procedure*, cit., 272 (e relative indicazioni bibliografiche alle note 3, 5, 7); G.C. HAZARD, C.C. TAIT, W.A. FLETCHER, S.M. BUNDY, *Pleading and Procedure – State and Federal Cases and Materials*, New York 2005, 596 ss.

²⁹ Cfr. *Dioguardi v. Durning*, in 139 F.2d 1944, 774 ss.; ove l'esigenza di evitare che l'attore possa – per tramite di una più rigorosa formulazione e interpretazione della *Federal Rule 8* – rischiare di essere '*deprived of his day in court*' costituisce la *ratio* essenziale della presa di posizione della Corte suprema federale in favore di una rigida difesa del mantenimento al *pleading* di una rigida configurazione *notice*. Sulle reazioni e il movimento favorevole a una riforma della disciplina, cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Civil Procedure*, V, n. 1201, 86, 285 ss.

³⁰ Così, ragionando *a contrario*, si può fare riferimento in funzione esemplificativa a una decisione di poco precedente, come quella di *Swierkiewicz v. Sorema*, in 534 U.S. Law. Ed. 2002, 508; sulla nozione di *heightened pleading*, v., ad es., C.M. FAIRMAN, cit.; E.D. CAVANAGH, cit.

Su di un piano generale, la nuova presa di posizione della *Supreme Court* federale afferma, invece, l'esigenza di elevare lo 'standard di sufficienza' con riferimento all'allegazione di circostanze di fatto nel *pleading* ben al di là della soglia di «*no set of facts*», indicata nella decisione del caso *Gibson* come condizione di nullità/esistenza di un atto introduttivo nel processo civile federale³¹. È – si ribadisce – dalla percezione di questa come una carenza destinata inevitabilmente a ribaltarsi nella fase di *pretrial discovery*, virtualmente incidendo sull'intero svolgimento del processo nonché sulla serietà delle attività difensive degli avvocati, che la *Supreme Court* deriva l'indicazione di quel nuovo e diverso standard di sufficienza fattuale nel *pleading* che viene enunciato e, sintetizzato nell'obbligo di allegare «*enough facts to state a claim [...] plausible on its face*»³².

Una conclusione tanto 'aperta' potrebbe giustificare la messa in dubbio che questo *dictum* costituisca davvero un 'passaggio' cruciale e, comunque, un risultato conclusivo nel dibattito della cultura giuridica statunitense intorno al contenuto degli atti introduttivi di controversie civili. Un simile dubbio non sembra francamente fondato, se si tiene conto del punto di partenza, ossia della *departure* che *Twombly* realizza rispetto a una tradizione davvero molto consolidata in materia, e attestata su parametri ben diversi in tema di contenuto degli atti introduttivi.

Certo, l'evoluzione descritta potrebbe apparire non particolarmente 'rivoluzionaria' a un pubblico, in ipotesi, europeo-continentale; ma al riguardo sembrerebbero opportuni alcuni caveat. Una simile attitudine critica potrebbe forse giustificarsi in contesti culturali nei quali, di recente in particolare, su questioni come quelle affrontate dalla decisione *Twombly* si fosse realizzata una seria riflessione, dalla quale fossero magari anche derivati risultati concreti sul piano di un riassetto del relativo impianto normativo. Meno giustificata sarebbe una sostanziale sottovalutazione dell'evento rappresentato da una decisione come questa ove non si fosse in presenza di tale evoluzione, e in ogni caso nella disciplina di diritto positivo continuassero a mancare indici di adeguamento a esigenze, sempre più ineludibili, di serietà nella redazione degli atti introduttivi di parte, attraverso la specifica configurazione delle ragioni di fatto tanto della pretesa dell'attore quanto della difesa del convenuto.

Si tratta, evidentemente, di una bipartizione molto grossolana e di comodo, utilizzabile solo per una segnalazione di massima dello stato di evoluzione dei vari ordinamenti a questo proposito, nonché delle attitudini delle relative culture giuridiche. Su questa pur molto incerta base, risulta comunque agevole la collocazione nel primo ambito indicato di ordinamenti come, ad esempio, quello tedesco, con i recenti interventi sulla disciplina della *Klage* secondo criteri, in fondo, non lontani da quelli perseguiti con le indicazioni della decisione *Twombly*³³. In analoga prospettiva si colloca anche – all'interno di un ordinamento di cultura 'latina' – l'assetto disciplinare degli atti introduttivi risultante dalla

³¹ Si rinvia a quanto alla nota 24 *supra*.

³² Cfr. per il riferimento testuale alla decisione *Twombly*, 20 ss. (della numerazione 'interna') e 1974 (della seconda indicazione bibliografica alla nota 2 *supra*).

³³ Cfr., nella letteratura italiana in materia, R. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 523 ss.; per riferimenti ulteriori alla letteratura tedesca in materia, v., ad es., P.L. MURRAY, R. STURNER, *German Civil Procedure*, Durham 2004, 192 ss.; H. THOMAS, H. PUTZO, *Zivilprozeßordnung*²⁶, München 2004, 321 ss.; R. HANNICH, C. MEYER-SEITZ, *Zpo Reform-2002 mit Zustellungsreformgesetz*,

Ley de Enjuiciamiento Civil spagnola del 2000, nei cui articoli 399, 400, 405 e 312, la completezza di configurazione delle allegazioni fattuali costituisce un elemento essenziale e una condizione di esistenza degli atti stessi³⁴.

Nel secondo ambito sembra inevitabile collocare un ordinamento come il nostro, nel quale la disciplina degli atti introduttivi non è stata oggetto di alcuna specifica attenzione nel corso della farraginosa iperattivazione riformatrice degli ultimi anni. Una circostanza che appare *a fortiori* confermata – oltre che dalla permanenza di indirizzi giurisprudenziali salvifici di atti introduttivi generici³⁵ – dalle stesse proposte di riforma contenute nel ‘disegno Mastella’, proprio ove le avvisaglie di un possibile nuovo approccio in tema di maggiore ‘fattualizzazione’ delle attività difensive iniziali risultano rinvenibili in disposizioni diverse dalla disciplina degli atti introduttivi; con una scelta di intervento francamente un po’ troppo timida (o indiretta) per una materia tanto cruciale³⁶.

München 2002, 33, 51 ss.; R. HANNICH, C. MEYER-SEITZ, M. ENGERS, *Das Zivilprozessrecht*², Colonia 2002, 92.

³⁴ Per tutti, cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES, J. BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 2001, *passim*.

³⁵ Si rinvia alla nota sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 11353 del 2004, in *Giust. civ.* 2005, I, 161 ss.; al riguardo, v. anche le considerazioni di F. FABBRI, in *Riv. giur. lav.* 2005, 95 ss.; di A. CORVINO, in *Dir. relaz. ind.* 2005, 481 ss.; di V. TURCO, in *Dir. e giust.* 2004, XXXII, 36 ss.

³⁶ Il riferimento è evidentemente alle riforme prospettate nel 2007 con le norme degli artt. 15, 19, 22 nella c.d. riforma Mastella; al riguardo cfr. – fra le prime considerazioni in materia – F.P. LUIO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 605 ss.; B. CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, anche in www.judicium.it.

24. MINIME E MOLTO IMPRESSIONISTICHE CONSIDERAZIONI SU AVVOCATO D’AFFARI, *BUSINESS LAWYER* E INCERTEZZE DEL MOMENTO PRESENTE*

SOMMARIO: 1. Difficoltà e confusioni definitorie. Corrispondenze e analogie nel periodo attuale. – 2. «Uno, nessuno e centomila». Modalità di esercizio della pratica dell’avvocatura come «avvocatura d'affari». – 3. Parametri di competenza e relative diversificazioni contestuali. L'esempio del *business lawyer* statunitense.

1. Difficoltà e confusioni definitorie. Corrispondenze e analogie nel periodo attuale

Non rappresenta certo una constatazione originale che in particolare per la considerazione di una figura professionale risulti opportuna, se non effettivamente indispensabile, la sua contestualizzazione temporale. Si tratta, in ogni caso, di una circostanza che – notevole approssimazione delle considerazioni che seguiranno a parte – appare particolarmente vera con riguardo alla figura dell’avvocato d'affari (AA di seguito). Di qui l'inevitabilità di prendere e dare atto, *in limine* a qualsiasi considerazione al riguardo, dello strettissimo collegamento fra tale figura professionale e la cultura del momento che viviamo. E ciò sia per le caratteristiche di tale momento sia per quelle di tale figura professionale sia, infine, per la configurazione del tutto particolare del loro reciproco collegamento¹.

Costituisce ormai un luogo comune a vari livelli ricorrente la constatazione di come il contesto socio-culturale odierno risulti caratterizzato da elementi di fondo a tutti gli effetti peculiari rispetto ad altri periodi storici². Fra gli aspetti tali da sottolinearne lo specifico differenziante, il più noto e per molti versi scontato è quello corrispondente alla sua definizione come ‘momento della complessità’³.

A sua volta variamente elaborata, la nozione di complessità tende a essere per un verso definita in contrapposizione a quella di modernità – anzi, di ‘modernità storica’ – e per

* Questo scritto è stato pubblicato in *Pol. dir.* 2010, 309-332, e riproduce – con l'aggiunta di un ridotto apparato bibliografico – la conferenza di apertura del *master* ‘Avvocato d'affari’, a cura del Sole 24 Ore, tenuta il giorno 19 marzo 2010 a Roma. Si ringrazia il dottor Davide Torquato per la preziosa collaborazione all'organizzazione del materiale bibliografico.

¹ Solo a scopo esemplificativo, v. A. SARAT, L. DOUGLAS, M. MERRILL UMPHREY, *Complexity, Contingency, and Change in Law's Knowledge Practice: An Introduction*, in *How Law Knows*, Stanford 2007, 6-21; e, nella cultura giuridica italiana, v., ad es., A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2007, 201 ss.

² In una prospettiva ampia, un'ovvia citazione è quella di E. MORIN, *Lo spirito del tempo*, Roma 2005, *passim*; ID., *Introduction à la pensée complexe*, Paris 2005, 46 ss., 97 ss., 134 ss.; si veda anche J.C. ALEXANDER, *The Civil Sphere*, New York 2006, 45 ss.; inoltre, per un'ampia elaborazione di questo genere di problemi nella nostra letteratura si veda, in particolare, M. CERUTI, *Il vincolo e la complessità*, Milano 2009, 3 ss., 38 ss., 55-59; e i saggi in G. BOCCHI, M. CERUTI (eds.), *La sfida della complessità*, Milano 2007, *passim*.

³ Cfr. M.C. TAYLOR, *The Moment of Complexity – Emerging Network Culture*, Chicago 2003, 23 ss., 11 ss.

altro verso quasi assiomaticamente combinata con quelle di incertezza e confusione⁴. Con ciò, oltre una estrema articolazione in senso lato epistemologica nonché sociale ed economica, si indica per lo più anche uno stato diffuso di complicazione dei rapporti interpersonali e la sua combinazione con un generale effetto di ansiosa instabilità tanto nelle vite dei singoli come – forse soprattutto – nelle interrelazioni sociali ed economiche⁵.

Probabilmente potrà sembrare un po' *far-fetched* il riferimento a questioni tanto ampie, e ormai da molto tempo in atto, da rappresentare lo specifico diffusamente riconosciuto del periodo storico attuale, per parlare dopotutto 'solo' di avvocatura di affari o di AA. Questo *incipit* sembra, tuttavia, trovare ampie giustificazioni, ove si tenga conto che appunto è lo stesso argomento in esame a imporre di... tenere conto del contesto socio-culturale di riferimento. Ciò non foss'altro per la circostanza che la nozione in questione si può dire sia pressoché contemporanea all'imporsi progressivo nel corso dell'ultimo quarantennio della nozione di post-modernità e, successivamente, di quella di complessità come parametri interpretativi riferibili ai vari aspetti della nostra contemporaneità⁶. E, del resto, occorre subito aggiungere che l'aspetto diacronico non sembra costituire la sola ragione di ciò.

La strettissima implicazione della nozione di AA con quella di complessità appare invero essere anche di altra natura, e in ogni caso più intimamente connessa ad aspetti intrinseci a entrambe le due nozioni rispettivamente implicate. Al di là della contiguità temporale l'elemento caratterizzante l'essenza della nozione di avvocatura di affari sembra, infatti, potersi fare consistere nella rottura delle definizioni tradizionali di avvocatura⁷. Di qui il suo 'naturale' *entrenchment* proprio in un momento, come quello della complessità, indelebilmente segnato da elementi di incertezza e confusione; un momento quindi anche di profondo sconvolgimento dei parametri di riferimento, invece virtualmente stabili e rassicuranti, ereditati dalla modernità storica⁸.

È sulla base di questa coerenza e contiguità con il momento storico che viviamo che risulta possibile avviare – o, quantomeno, tentare – una definizione della nozione di AA (o, più in generale, di avvocatura d'affari)? Con le doverose cautele, a tale domanda pare possibile rispondere positivamente. Il referente della complessità, in altri termini, sembra comunque fornirci una base di conoscenze al momento attuale ormai sufficientemente sedimentate per osare ipotesi a questo riguardo, in termini tanto di collocazione e caratterizzazione del ruolo (di AA) quanto di qualificazione della relativa nozione. Il tutto con un *caveat* di fondo, che appare a tutti gli effetti doveroso.

Per le ragioni indicate – ma principalmente per le analogie con i caratteri del referente della complessità – è inevitabile che anche la nozione debba scontare una forte dose di

⁴ Per cenni generali, v., ad es., W. EVERDELL, *The First Moderns – Profiles in the Origins of Twentieth Century Thought*, Chicago 1998, *passim*; G. VATTIMO, *La fine della modernità*, Milano 1998, *passim*.

⁵ Cfr. J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna – Rapporto sul sapere*, Milano 1981, 98 ss.

⁶ Cfr. M.C. TAYLOR, *The Moment of Complexity*, cit., 157 ss.

⁷ Così, ad es., A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale italiana nel momento presente – Sfide della globalizzazione, «globalizzazione» e adeguatezze degli standard professionali*, in *Pol. dir.* 2009, 623 ss.

⁸ Sul punto, v. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2009, 360 ss.

approssimazione e di instabilità⁹. Anzi, questo punto sembra meritevole di qualche ulteriore considerazione di inquadramento, per meglio contestualizzare aspetti essenziali della figura professionale in questione. E ciò tanto all'interno della nostra cultura nazionale (e in senso ampio e con riferimento specifico al nostro ordinamento giuridico) quanto al raffronto con altre nozioni analoghe, come quella di *business lawyer* nel mondo anglosassone e soprattutto nell'ordinamento e nella cultura giuridica statunitense¹⁰.

2. «Uno, nessuno e centomila». Modalità di esercizio della pratica dell'avvocatura come «avvocatura d'affari»

Qualche rilievo concernente la nostra cultura e la relativa percezione della nozione di AA. L'impressione – forse grossolana e, non lo negherei, complessivamente azzardata – è che qualcosa di impalpabile, ma in definitiva di sostanzialmente fittizio, circonda tale figura nel modo di 'gestirne' la relativa nozione. Che, cioè, nella percezione diffusa nel nostro Paese, anche fra coloro che una volta si tendeva a definire gli 'addetti ai lavori', alla definizione tenda a non corrispondere un contenuto specifico né tanto meno concreto. E che, cosa per certi versi (ma forse si tratta solo di ingenue e insulse preoccupazioni da 'vetero-moderno') anche più preoccupante, ciò non sembri in sé costituire affatto un problema.

La nozione si potrebbe dire esista, ricorra e anzi abbia ormai da tempo assunto una consuetudinarietà diffusa per così dire... senza. Per quanto riguarda in particolare il suo uso autarchico, essa sembra cioè essersi strutturata in assenza di un contenuto effettivo e specifico, ma piuttosto come un mero *label* dietro al quale tutto – e il suo contrario – sarebbero virtualmente ammissibili¹¹. Come se non un effettivo 'prodotto' tale definizione servisse a individuare e catalogare, ma essa costituisse piuttosto una mera indicazione di possibilità, del tutto generica e in fondo sostanzialmente aspecifica.

Si tratta di una configurazione del fenomeno che oltretutto, con specifico riferimento al nostro Paese, non nego possa sembrare un po' *osé*. A scanso di equivoci, ma anche a sottolineare una mia personale opinione, qui di seguito intenderei segnalare alcuni elementi che sembrano giustificarla, quantomeno a livello di impressione ricorrente.

⁹ L'accoglimento nelle ormai numerosissime elaborazioni della nozione di complessità di una diffusa dose di incertezza e di approssimazione come un pressoché inevitabile carattere di fondo e dell'oggetto e delle stesse elaborazioni ne costituisce ormai un *Leitmotiv* non solo stilistico ma – spesso non riducendone peraltro il valore scientifico – anche *Cultural (Not Political) Realism*, in A. SARAT, L. DOUGLAS, M. MERRILL HUMPHREY, *How Law Knows*, cit., 112 ss.; per riflessi di tali esigenze e «inevitabilità» v., ad es., A. GIUSSANI, *Teorie della complessità, controversie plurisoggettive e contenzioso di serie*, reperibile in www.apertacontrada.it/2009/06/03.

¹⁰ Per una ormai tradizionale definizione della nozione in tale area v., ad es., R.J. GILSON, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, in 94 *Yale L. J.* 1984, 241-244; per cenni nella letteratura italiana recente v., ad es., A. DONDI, *Segreti ed etica dell'avvocatura – Rilievi minimi in materia di Law of Lawyerwring e Attorney-Client Privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 651 ss.

¹¹ V., per riflessi di ciò nella stampa quotidiana, ad es., DE PAPI, *La carica degli avvocati d'affari – Con il marketing i più importanti scelgono professionisti per comunicare e fare promozione*, in *Corriere della sera* del 12 maggio 2006, 38.

Un primo punto concerne un dato di percezione diffusa. Se l'espressione 'avvocato d'affari' ha un significato nel nostro 'comune sentire' (a intendere: italiano, dell'ultimo ventennio circa) è, infatti, piuttosto per un 'non fare' che per 'un fare'. L'AA non fa, ossia non si occupa, direi *ex professo*, di difesa tecnica in giudizio. Sicché oggi, con il ricorso a un grossolano *legalese* di derivazione statunitense ormai 'sdoganato' dopo un lunghissimo periodo di iconoclastia durato in molti ambiti del nostro diritto in buona sostanza fino all'inizio degli anni '80 del XX secolo, *ad usum* dell'utente medio (operatore del diritto, ma non solo) questa circostanza potrebbe trovare un'illustrazione icastica nella contrapposizione di questa figura professionale a quella dell'avvocato come invece essenzialmente *litigator*. In altri termini, L'AA non solo non 'andrebbe in udienza' ma neppure redigerebbe atti di procedimenti giudiziali (citazioni, comparse, conclusionali e/o *at large* comparse e istanze) o para-giudiziali (anche se – penso a procedimenti arbitrali – sul punto si potrebbe essere meno drastici nel formulare una totale esclusione)¹².

L'AA, insomma, come 'altro' dal difensore tecnico; 'altro' dall'avvocato tradizionalmente inteso come un tecnico del diritto *ex professo* da utilizzare anche – se non essenzialmente o soprattutto – per la messa in atto di tutele giurisdizionali. In questa visione si tende a percepire l'AA come una sorta di manifestazione aggiornata della nozione di avvocatura, del resto in assoluta coerenza con la trasformazione della società italiana secondo parametri del tutto anomali rispetto all'evoluzione contemporanea delle altre società occidentali. In sostanza, sembra permanere sulla nozione di AA diffusa all'interno della nostra società un consistente residuo di *deregulation* tipica dei due ultimi decenni del XX secolo, piuttosto che la forte esigenza di specifiche regolamentazioni concernenti in particolare l'ambito della pratica del diritto – con la configurazione di nuove qualificazioni professionali – invece tipica nell'ultimo decennio, quantomeno delle società europee più tradizionalmente strutturate oltre che, come prevedibile, di quella statunitense¹³.

Riservandoci di ritornare espressamente sull'esempio statunitense per qualche ulteriore considerazione, occorre dire che questo scarto risulta condizionare non poco la figura dell'AA nella nostra cultura; con effetti a vari livelli limitanti la portata della relativa nozione, tanto sul piano tecnico-funzionale quanto su quello della percezione diffusa a livello sociale.

Del resto, occorre anche dire che costituisce un riscontro di questo stato di cose l'evoluzione delle discipline normative italiane nell'ultimo decennio. Da noi, sembra essere mancata, a questo livello, una effettiva consapevolezza dei riflessi di tali riforme sulla figura dell'avvocato, oltre che sulla diversificazione interna della professione legale. Diversificazione non fittizia ma occasionata da ragioni 'pesanti', come soprattutto – per parlare di una questione comunque di innegabile rilievo anche per la figura dell'AA – la presenza, a questi fini non importa se virtuale o reale, di una sempre più massiccia categoria di controversie civili complesse anche nella nostra pratica corrente del diritto¹⁴.

¹² Cfr., come esempio di questa accezione à l'italienne, DI PASQUALE, *L'avvocato d'affari*, reperibile in www.avvocati24.ilsole24ore.com.

¹³ V., ad es., G. ROSSI, *Quale capitalismo di mercato?*, in *Riv. soc.* 2008, 905 ss.; ID., *Il mercato d'azzardo*, Milano 2008, *passim*.

¹⁴ La comparsa di tale nozione nella nostra dottrina data da ben oltre un ventennio (per un richiamo, ormai molto risalente, alla sua derivazione statunitense con riferimento ai problemi funzionali della fase di *discovery* nei cosiddetti *big o complex cases*, v. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti*

In Italia sembra di poter dire che il mancato apprestamento di riforme e discipline *ad hoc* a questo riguardo (tale, anche al di là della sua repentina abrogazione, per mere ragioni tecniche non può certo essere considerata la normativa in tema di 'processo societario') risulta coerente con una sorta di diffusa sottovalutazione – o forse, più semplicemente, *tout court* di mancata percezione – delle implicazioni coinvolgenti pesantemente figure professionali strettamente interrelate all'espletamento dei rapporti e delle attività economiche, nonché alla eventuale risoluzione delle patologie relative, come appunto quella di avvocato e AA in particolare¹⁵.

Per così dire completano il quadro della italiana a questo riguardo tre ulteriori aspetti, solo in apparenza del tutto reciprocamente eterogenei. Il riferimento è all'etica sociale e al 'sentire politico' del Paese, alla formazione istituzionale dell'avvocato italiano a livello universitario e post-universitario, nonché agli *standard* etico-professionali della nostra avvocatura.

Indipendentemente da qualsiasi opzione ideologica al riguardo, sotto il profilo dell'etica sociale o del sentire politico, un rilievo di base sembra potersi fare consistere nella tendenziale assenza di dirette sollecitazioni a livello politico nella direzione della qualificazione professionale dell'avvocatura italiana, della sua specializzazione e rigorosa professionalizzazione¹⁶. Un atteggiamento di complessivo disinteresse che appare coerente con una pressoché incontrastata visione genericamente liberistica dei parametri del comportamento economico; anzi di una sostanziale assenza di parametri a questo riguardo. Un *vacuum* nel quale ben sembra potersi collocare la visione riduttiva della nozione di AA più sopra catalogata come prevalente nel nostro Paese.

Del resto, anche sul versante della formazione istituzionale dell'avvocatura, al di là di sommovimenti periodicamente annunciati, con catalogazioni e ricatalogazioni all'interno dei corsi delle nostre facoltà di giurisprudenza, nella sostanza appare da registrarsi una totale assenza di effettive novità sul piano concreto. Scarsissime e pressoché inesistenti le istanze nella direzione di una qualificazione caratterizzata dal rigore e dalla selezione; nei confronti del corpo studentesco e, soprattutto, nei confronti del tipo di corsi forniti. Talché l'*upbringing* universitario del futuro avvocato italiano continua – ma oggi la questione appare davvero irresponsabile – a essere del tutto non professionalizzante, con colpevoli ricadute sul versante della correlativa qualificazione delle 'nuove' figure professionali di riferimento, come soprattutto quella virtualmente settoriale e selezionata dell'AA¹⁷.

istruttori del giudice civile, Padova 1985, *passim*, e altri successivi lavori dello stesso, come *Case-law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 258 ss.). Ma solo molto di recente (come del resto attesta anche la titolazione di «Aspetti di complessità nelle controversie» della sessione di diritto processuale civile del XIX colloquio dell'Associazione italiana di diritto comparato, Ferrara, 2007) la sua considerazione ricorre anche da noi diffusamente e risulta pacificamente riconosciuta; così, ad es., R. CAPONI, *Processo civile e nozione di controversia 'complessa': impieghi normativi*, in *Foro it.* V, 136 ss.; C. GAMBA, *'Standards' di decisione e complessità dei fatti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 259 ss.

¹⁵ Per cenni ai problemi concernenti l'impostazione della disciplina del cosiddetto processo societario, cfr., ad es., A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137 ss.

¹⁶ Fra i molti al riguardo, v. A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale italiana*, cit.

¹⁷ V., ancora, A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale italiana*, cit.

Non dissimile appare, del resto, anche la situazione della formazione post-universitaria, ossia delle cosiddette Scuole di Specializzazione, per lo più di emanazione a loro volta universitaria. Al riguardo, basti rilevare che – eccezioni a parte, ovviamente – i relativi *standard* di efficienza sono attestati dalla circostanza che, ove si intendano acquisire effettive specializzazioni, esse dovranno essere ricercate al di fuori di tali istituzioni; in realtà per lo più funzionali al parcheggio dei laureati e alla riproposizione (magari con esotismi, di gusto un po' provinciale, come *abrégé* di diritti asiatici, magari cinese) del tradizionale approccio generalista allo studio del diritto caratteristico delle facoltà di giurisprudenza italiane.

Anche un aspetto peculiare della normativa etico-professionale sembra giustificare i rilievi negativi sopra esposti. Si tratta della sua estrema e tendenziale genericità; ossia, della presenza di un pervasivo *wishful thinking approach* in gran parte delle disposizioni del nostro codice deontologico forense. Pur tenendo conto del loro intrinseco carattere appunto deontologico, esse appaiono piuttosto 'norme manifesto' che vere e proprie disposizioni disciplinari (alla stregua, del resto, di una norma notoria del codice di rito, come l'art. 88 c.p.c. in tema di 'lealtà e probità' del comportamento dell'avvocato come difensore in giudizio)¹⁸. Così è anche – circostanza, come si intuisce, molto strettamente collegata alla figura professionale in questione – per l'art. 16 della nostra disciplina etico-professionale, nel quale la previsione per l'avvocato del dovere di «evitare (l'esercizio di) attività commerciale e di mediazione» appare configurata in maniera tanto generica o emblematica da risultare molto problematica¹⁹. Ove si intendesse elaborare la nozione di AA in maniera propositiva e non negativa – o omissiva – come finora appare essere stato nel nostro Paese, apparirebbe evidente l'inadeguatezza di una norma nella quale risulta del tutto assente una qualche circoscrizione delle modalità di esercizio dell'attività proibita.

3. Parametri di competenza e relative diversificazioni contestuali. L'esempio del *business lawyer* statunitense

La possibilità di rapportarsi secondo parametri 'non omissivi' o *tout court* seri a tale figura professionale è, per converso, dimostrato da quanto è avvenuto e avviene in altre culture e ordinamenti giuridici. È a questo riguardo che si giustifica il richiamo all'ordinamento statunitense; al quale qui ci si limiterà, per ragioni di brevità ma anche per il rilievo culturale del tutto preponderante che ha assunto l'approccio lì riservato alla nozione di *business lawyer* (di seguito BL), grossomodo corrispondente a quella di AA²⁰.

Per vero, tale definizione non risulta la sola presente a questo riguardo nella tradizione culturale statunitense, dal momento che – nella descrizione di una certa modalità di

¹⁸ Cfr., per richiami al contesto dei problemi enunciati nel testo: A. DONDI, *Etica dell'avvocatura – Strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in AA.Vv., *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli 2009, 543 ss.; per richiami generali sulla formazione della disciplina deontologica cfr., ad es., U. PERFETTI, *Il codice deontologico forense italiano ed il suo omologo europeo*, in *Studium iuris* 2008, 976 ss.

¹⁹ In senso ampio e quasi 'istituzionalmente' con riferimento alla norma citata cfr. R. DANOVÌ, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano 2003, 239 ss.

²⁰ Per un'illustrazione di carattere generale v., ad es., R.J. GILSON, *Value Creation by Business Lawyer*, cit., 241-245.

esercizio della professione non dissimile da quella di AA – essa viene preceduta da quella di *office lawyer*. E, per quanto oggi in sostanziale disuso, è interessante notare il tipo di caratterizzazione delle attività stabilmente implicate da tale definizione, fino a circa un quarantennio fa²¹. In effetti, la nozione di *office lawyer*, originariamente riferita ad attività simili a quelle dei notai nei *civil law systems*, viene progressivamente estendendosi – in ragione delle trasformazioni che interessano nel corso della prima metà del XX secolo la società statunitense – a comprendere forme più o meno articolate (progressivamente, invero, sempre più articolate) di *counseling* concernenti transazioni di grande complessità o intensa conflittualità²².

È con il passaggio dalla redazione di documenti *standard* (si pensi a testamenti o a contratti per l'acquisto di immobili), per una clientela fondamentalmente locale e comunque con un referente normativo stabile nella legge-giurisdizione statale o al più nazionale, ad attività di *counseling* da riferire alla elaborazione di documenti implicanti grande creatività e *legal sophistication* che si realizza una ridefinizione di ruolo essenziale. Ed è questa mutazione che descrive il ricorso in ambito statunitense alla espressione definizione di BL²³.

In effetti, l'elaborazione della nozione attuale di BL si compie, specie a partire dagli anni '80 del secolo XX, con l'analisi da parte della dottrina statunitense della specialità di competenze e contesto economico-professionale di riferimento di questo tipo di avvocatura²⁴. Essenziali a questo riguardo vengono indicate da subito le per così dire varie forme di complessità alle quali le attività del BL rispondono; in particolare, quelle concernenti il carattere della clientela, la dislocazione delle attività oggetto del *counseling* e, di conseguenza, anche la relativa articolazione normativa²⁵. Ciò che, inoltre, caratterizza la nozione di BL è un ulteriore dato che viene in evidenza nell'ultimo decennio; ossia, il

²¹ In generale, v. D.L. RHODE, *In the Interests of Justice – Reforming the Legal Profession*, Oxford 2000, 8 ss., 17 ss., 51 ss.

²² Così, ad es., G.A. MUNNEKE, *Dances With Nonlawyers: A New Perspective on Law Firm Diversification*, in 61 *Fordam L. Rev.* 1992, 559 ss.; R.C. CRAMTON, *Delivery of Legal Services to Ordinary Americans*, in 44 *Case W. Res. L. Rev.* 1994, 531 ss.; J.F. HENNING, *The New Reality in the Legal Profession*, in 70 *Temp. L. Rev.* 1997, 1247 ss.

²³ Cfr., in una vastissima letteratura al riguardo, ad es., R.E. ROSEN, *On the Social Significance of Large Law Firm Practice*, in 37 *Stan. L. Rev.* 1985, 399 ss.; T.D. MORGAN, *Economic Reality Facing 21st Century Lawyers*, in 69 *Wash. L. Rev.* 1994, 633 ss.; J.S. DZIENKOWSKI, R.J. PERONI, *Multidisciplinary Practice and American Legal Profession: A Market Approach to Regulating the Delivery of Legal Services in the Twenty-First Century*, in 69 *Fordham L. Rev.* 2001, 83 ss.

²⁴ Con riferimento al decennio nel quale si è individuato svolgersi il cambiamento del quale nel testo si veda: M.W. MINDES, A.C. ACOCK, *Trickster, Hero, Helper: A Report of the Lawyer Image*, in 177 *Am. Bar Found Res. J.* 1982, 193; R.L. NELSON, *The Futures of American Lawyers: A Demographic of a Changing Profession in a Changing Society*, in 44 *Case W. Res. L. Rev.* 1994, 395 ss. Inoltre, per richiami al problema anche sotto il profilo del peso economico per il cliente di tali cambiamenti v., ad es., R.R. BARONDES, *Professionalism and Consequences of Law Firm Investments in Clients: an Empirical Assessment*, in 39 *Am. Bus. L. J.* 2002, 379 ss.

²⁵ V., ad es., PAINTER, *Afterward: Contractarian and Cultural Perspectives on Value Creation by Business Lawyers*, in 74 *Or. L. Rev.* 1995, 327 ss.

carattere internazionale, o transnazionale, delle relative attività, in ovvio collegamento con la globalizzazione del sistema economico²⁶.

Non stupisce l'insistenza della dottrina statunitense su quest'ultimo aspetto, in ragione della intuibile estesa resistenza di una cultura giuridica rimasta fino a quel momento tutto sommato notevolmente omogenea e assestata al suo interno, come quella di *common law* nella sua versione statunitense, nel rapportarsi a modelli culturali e giuridici diversi. Una circostanza anche più vera se si considera che tale alterità non è stata solo rappresentata dalle culture tradizionali di *civil law* ma soprattutto da sistemi e modelli giuridici a tutti gli effetti 'ulteriori', come ad esempio quelli asiatici.

Questo elemento delle cosiddette *interjurisdictional complexities* appare, invero, del tutto immanente alle elaborazioni in materia anche per un'altra pregnante ragione. Si tratta della responsabilità/competenza tipica del BL nell'accezione statunitense. Una qualificazione che corrisponde nella sostanza alla necessità di tener conto di tale complessità in chiave professionale, nel senso cioè di 'ben consigliare' un cliente a sua volta molto... complesso (leggi articolato al suo interno, in quanto spesso una *corporation* con un *management* di riferimento, consigliato da *in house counsels* altrettanto spesso particolarmente competenti e influenti)²⁷. Ma anche una responsabilità complessa, che si sostanzia perlopiù nel cercare e ottenere vantaggi economici o commerciali anche attraverso la dislocazione delle relative transazioni in quelli che vengono tradizionalmente definiti *regulation-friendly regimes* o, quantomeno, nell'evitare o comunque nel ridurre al massimo i possibili danni di *regulatory-unfriendly regimes*²⁸.

Nel corso dell'ultimo decennio, altri elementi di grande rilievo si aggiungono a questo nucleo definitorio della nozione statunitense di BL, come specialmente – per rilievo e ampiezza degli effetti circostanti – quello del ruolo giocato da questo tipo di avvocatura all'interno della transizione verso i nuovi parametri economici della cosiddetta *knowledge economy*²⁹. E anche in questa circostanza il segno della complessità ritorna come elemento caratteristico, dal momento che con tale definizione in pratica il problema della trasformazione/complicazione viene trasposto sul versante dell'operare economico, sotto il profilo a tutti gli effetti epistemologico della conoscenza di contesti normativi, e in ogni caso regolamentari, combinati³⁰. La capacità di gestione da parte del BL di tali conoscenze appare, infatti, indispensabile a qualificarlo come tale in un contesto economico domina-

²⁶ V., ad es., T.E. GEU, *Chaos, Complexity and Conventions: The Web of Law, Management Theory and Law Related Services at the Millennium*, in 65 *Tenn. L. Rev.* 1998, 925 ss.; e, più di recente, G. SHAFFER, *How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework*, in 42 *Conn. L. Rev.* 2009, 147.

²⁷ Sul tema si veda ad es., E. CHAMBLISS, *The Professionalization of Law Firm in House Counsel*, in 84 *N.C.L. Rev.* 2005, 1515 ss.

²⁸ Per una prospettiva che al riguardo mostra di tenere conto di un inquadramento 'filosofico' di tale tipo di attività e problemi cfr., ad es., V. NOURSE, G. SHAFFER, *Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory*, in 95 *Cornell L. Rev.* 2009, spec. 72 ss.

²⁹ V., ad es., P.J. GARDNER, *A Role for the Business Attorney in the Twenty-First Century: Adding Value to the Client's Enterprise in the Knowledge Economy*, in 7 *Marquette Int. Prop. L. Rev.* 2003, 17 ss.

³⁰ Cfr., ad es., D.C. LANGEVOORT, *The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases, and Organizational Behaviour*, in 63 *Brooklyn L. Rev.* 1997, 629 ss.

to da questioni di *intellectual property*, formalizzate o non in controversie giudiziali³¹. Del resto, il ruolo stesso dell'avvocato come BL viene in tale prospettiva amplificato, da quello di efficiente *problem solver* a quello di consulente capace di incrementare, grazie alla competenza/effettività dei servizi legali prestati, il valore delle attività economiche del cliente.

Se l'internazionalizzazione dei servizi legali costituisce l'ambito di tali attività, essa deve essere posta in connessione con il progressivo trasformarsi anche del tipo di clientela, al punto che si potrebbe affermare – con molta dottrina statunitense – che questo costituisce un altro essenziale elemento della configurazione attuale della figura del BL³². Negli Stati Uniti, la presenza di clienti più sofisticati – e comunque informati delle complessità dell'operare economico – mentre impone una corrispettiva specializzazione ha anche condotto a mutamenti significativi nel rapporto fra clientela e avvocatura. Particolarmente significativo appare l'abbandono della nozione di cliente abituale (che si avvale virtualmente per sempre di un'unica *law firm*) per una diffusa diversificazione a questo riguardo; un fenomeno da collegare alla già sopra rilevata maggiore importanza delle scelte suggerite – o imposte – da sempre più potenti uffici legali interni delle singole *corporations*³³.

C'è da dire che, nel contesto statunitense, un simile quadro appare intensamente influenzato da vicende verificatesi proprio nell'ultimo decennio, con riflessi a livello sia di *case law* sia di riforme normative. Inevitabile il riferimento alla vasta giurisprudenza ed elaborazione dottrinale che ha riguardato il caso *Enron*, come pure alle scelte disciplinari riflesse nel *Sarbanes-Oxley Act* del 2002³⁴. Eventi entrambi che oggi incidono in maniera indubbiamente rilevante sulla nozione di BL negli Stati Uniti, nel senso di una riconfigurazione – per lo più attraverso una delimitazione e contemporanea qualificazione – delle attività tipicamente realizzabili ad opera di questa figura professionale.

Il *Sarbanes-Oxley Act*, specie nella *Section 307* diffusamente nota per il suo '*mandating up the ladder reporting by the public corporation counsel*', manifesta un evidente intento di reagire agli illeciti derivanti da *Enron* e da analoghi scandali, e mostra di adottare un rigoroso *critical trend* verso le possibili forme di sostanziale complicità fra avvocato e cliente al mero scopo di realizzare gli esclusivi interessi economici di quest'ultimo o, più propriamente, del suo *management* societario³⁵. Di qui la tendenza a fornire *standard* precisamen-

³¹ Per considerazioni di carattere generale sulla 'nuova' *i.p.*, v., ad es., D.J. GERVAIS, *Traditional Knowledge & Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach*, in *Mich. St. L. Rev.* 2005, 137 ss.; M. CHON, *Intellectual Property and the Development Divide*, in 27 *Cardozo L. Rev.* 2006, 2861 ss.

³² Così, ad es., P. ROORDA, *The Internationalization of the Practice of Law*, in 28 *Wake Forest L. Rev.* 1993, 141 ss.; C.W. WOLFRAM, *Comparative Multidisciplinary Practice of Law: Paths Taken and not Taken*, in 52 *Case W. Res. L. Rev.* 2002, 961 ss.

³³ Fra i molti, sul punto, v. W.H. SIMON, *Whom (or What) Does the Organization's Lawyer Represent? An Anatomy of Intraclient Conflict*, in 91 *Cal. L. Rev.* 2003, 57 ss.; e, per un'ampia ancorché risalente disamina di tali problemi, v. anche A. CHAYES, A. CHAYES, *Corporate Counsel and the Elite Law Firm*, in 37 *Stan. L. Rev.* 1985, 277 ss.

³⁴ Nella letteratura italiana in materia, v., ad es., sul punto D. TORQUATO, *Sarbanes-Oxley Act e suggestioni americane per un nuovo ruolo dell'avvocatura*, in *Pol. dir.* 2010, 149 ss.; per una prospettiva allargata ai problemi di funzionamento del mercato e di assetto del diritto societario v., ad es.: G. ROSSI, *Dalla compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *Riv. soc.* 2006, 890 ss.

³⁵ Così, v. W.H. SIMON, *After Confidentiality: Rethinking the Professional Responsibilities of the Business Lawyer*, in 75 *Fordham L. Rev.* 2006, spec. 1457 ss.

te distintivi fra attività lecite e illecite dell'avvocato, anche recuperando il senso profondo di norme a carattere deontologico come la *Model Rule of Professional Conduct 5.4* in tema di *Professional Independence of Lawyers* (specie rispetto a un sempre più *demanding client* e al fine di caratterizzare la professionalità dell'avvocato come ulteriore alla mera *friendship* nei confronti della sua principale fonte di guadagno)³⁶.

È chiaro al limite dell'ovvietà che la categoria di avvocati più direttamente toccata da tale trasformazione culturale e normativa è quella del BL. Ed è in ragione di ciò che in buona sostanza la trasformazione disciplinare occasionata da *Enron* costituisce una sorta di ridefinizione dei parametri strutturanti il ruolo dell'avvocato come avvocato d'affari in quel mondo.

Che debba trattarsi di un ruolo non meramente pronò agli interessi di una pur potente clientela appare ricorrentemente sottolineato dalla più informata dottrina. Nel relativo dibattito è infatti molto frequente l'argomento della prevalenza – al fine della qualificazione della stessa avvocatura statunitense – della funzione pubblica, di *watchdog* o più tradizionalmente di *officer of the court*, dell'avvocato anche rispetto al rapporto di fiducia professionale con il cliente³⁷. E in ciò si può per certo fare consistere un elemento essenziale della differenziazione fra la 'nostra' accezione di AA rispetto a quella di BL nella cultura statunitense; oltre che, direi, in gran parte delle altre culture giuridiche grossomodo di derivazione occidentale.

Si tratta di una differenziazione riflessa anche negli scarti riscontrabili sul versante – davvero cruciale in questo contesto e con riguardo ai problemi riferibili in generale alle nuove configurazioni dell'avvocatura – della tutela della segretezza delle comunicazioni avvocato-cliente. Senza voler estendere indebitamente il discorso in questa sede ma solo accennare in conclusione a un aspetto essenziale della stessa figura di AA, la questione coincide con quella della necessaria permeabilità – regolamentata in maniera, ovviamente, molto precisa e settoriale – del segreto dell'avvocatura³⁸. Su questo versante, l'evoluzione da tempo in corso, ad esempio, con riguardo all'*attorney-client privilege* statunitense appare emblematica di come, da vari punti di vista e seriamente, si possa – o, piuttosto, si debba, anche da noi – procedere alla strutturazione di una figura professionale come quella di avvocato d'affari.

³⁶ Cfr., ad es., W.H. SIMON, *Earnings Management as a Professional Responsibility Problem*, in 84 *Tex. L. Rev.* 2005, 83 ss.; L.J. FOX, *The Fallout from Enron: Media Frenzy and Misguided Notions of Public Relations Are No Reason to Abandon Our Commitment to Our Clients*, in 98 *U. Ill. L. Rev.* 2003, 1243.

³⁷ Cfr., per una panoramica della dottrina statunitense al riguardo, ad es., G. MILLER, *From Club to Market: The Evolving Role of Business Lawyers*, in 74 *Fordham L. Rev.* 2005, 1107-1111, 1126 ss.; C. HARRINGTON, *Attorney Gatekeeper Duties in an Increasing Complex World: Revisiting the 'Noisy Withdrawal' Proposal of SEC Rule 205*, in 22 *Geo. J. Legal Ethics* 2009, 893 ss.; T.D. MORGAN, *Lawyer in the Crosshairs: The New Legal and Ethical Duties of Corporate Attorneys: Comment on Lawyers as Gatekeepers*, in 57 *Case W. Res.* 2007, 375 ss.; F.C. ZACHARIAS, *Coercing Clients: Can Lawyer Gatekeeping Rules Work?*, in 47 *B.C.L. Rev.* 2006, 455 ss.

³⁸ V., ad es., A. DONDI, *Segreti ed etica dell'avvocatura – Rilievi minimi*, cit.

25. INIZIATIVE ISTRUTTORIE DI GIUDICE E PARTI NEL PROCESSO CIVILE IN PROSPETTIVA EUROPEA*

SOMMARIO: 1. Diversificazioni e analogie nei contesti di riferimento. Aspetti di ordine culturale. – 2. Caratterizzazione professionale dei ‘soggetti tecnici’ coinvolti. – 3. Riscontri normativi ‘commendevoli’. – 3.1. Nella riforma spagnola. – 3.2. Nella riforma inglese. E altro.

1. Diversificazioni e analogie nei contesti di riferimento. Aspetti di ordine culturale

Una delle questioni che credo si debbano sollevare riguardo al raffronto – se intendo bene il compito attribuitomi in questo contesto – fra gli *array of powers* rispettivi di giudici e avvocati negli ordinamenti del processo civile continentali e comunque europei è rappresentata dalla loro tuttora rilevante diversificazione. La persistenza di questo dato può piacere o non piacere, come pure suscitare una gamma vasta e non delimitabile di reazioni ulteriori, ma non essere considerata indifferente alla osservazione dello stato delle cose riguardo alla giustizia civile in Europa nel momento presente.

Può non piacere che una omologazione a questo riguardo non si sia realizzata e comunque non si possa ancora percepire come effettivamente presente. Invero, almeno nella mia personale opinione, ciò non costituisce un’opzione, e pertanto un obbiettivo virtualmente da raggiungere e in quanto non raggiunto da percepire come una carenza ineluttabile, ma essenzialmente un dato di fatto in larga misura incontestabile, come si tenterà di dire.

Anzi, sarà bene chiarire fin d’ora che, da comparatista (evidentemente, da scarso comparatista), tenderò essenzialmente a sottolineare questa circostanza delle differenziazioni che caratterizzano i modi di essere dei diversi ordinamenti europei oltre che, forse del tutto conseguentemente, anche i modi di configurare la loro attività professionale da parte di giudici e avvocati all’interno di tali ordinamenti¹.

Per usare parole grosse, la sottolineatura di tali differenze per così dire implica molto. Implica infatti inevitabilmente questioni di fondo di grande rilievo, come le reciproche differenze fra le culture di riferimento; e ciò tanto con riguardo alle culture nazionali quanto alle culture del processo². Come si intenderà, questo appare l’elemento davvero più impegnativo da considerare quando si abordano argomenti come quello qui in oggetto. E, a questo riguardo, opererò ‘nei limiti’, e della mia capacità e dei tempi di un mero intervento come quello, per mia fortuna, assegnatomi qui.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Pol. dir.* 2011, 467-480, e costituisce la riproduzione, con l’aggiunta di un limitatissimo apparato bibliografico, della comunicazione presentata al XXV Congresso UAE, tenutosi a Pescara dal 16 al 18 giugno 2011 sul tema *La tutela delle situazioni giuridiche nel diritto europeo*.

¹ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – Comparative Study*, Stanford 2004, 67 ss. (ed. it. *Etiche della professione legale – Un approccio comparato*, Bologna 2005, 97 ss.); su questo genere di problemi, nella letteratura italiana recente, vedi ad es. anche V. BARSOTTI, V. VARANO, *La tradizione giuridica occidentale*⁴, Torino 2010, I, *passim*.

² A. DONDI, *Crise récente de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès*, in *Revue de la recherche juridique* – 2006, 2351 ss.

In effetti, credo siano evidenti le possibilità davvero estreme di estensione dell'argomento. Al punto di coinvolgere virtualmente 'tutto ciò che veramente conta' quando si guarda alla procedura civile come pratica modalità di gestione del processo, sia sulla base di regole-norme sia, in combinatoria, di modi di essere tipici delle professioni di riferimento... tipiche, appunto come quella di avvocato e di giudice.

Come un giurista del calibro di Vittorio Denti ha detto, la 'prospettiva dell'avvocato' (ma, aggiungerei, anche del giudice) costituisce invero una prospettiva metodologica essenziale degli studi processualistici e uno snodo ancor più essenziale della comparazione giuridica seria³. Lo è particolarmente – per ragioni strutturali intrinseche a tali ordinamenti – per i raffronti con gli ordinamenti del cosiddetto *common law system*, ma lo è anche ove i referenti di una comparazione siano ordinamenti di *civil law*. E lo è specialmente oggi, in un momento storico nel quale la giustapposizione fra i due sistemi di *civil* e di *common law* si può considerare obsoleta e nel quale la vera novità è rappresentata da singolari avvicinamenti fra ordinamenti pur formalmente (o solo tradizionalmente) appartenenti a tali due sistemi⁴.

Sembra anche subito doveroso aggiungere un *caveat* di fondo a questo proposito. In assenza *ex professo* di competenze di antropologia culturale, i riferimenti alle culture di derivazione e la presa d'atto delle differenze reciproche tuttora esistenti fra gli ordinamenti europei in termini di poteri di giudici e avvocati qui tenderanno ad 'appiattirsi' nella prospettiva delle singole culture giuridiche nazionali. Culture che, come bisogna tuttavia tenere presente, rappresentano in ogni caso complesse combinatorie, di apparati normativi e di tradizioni comportamentali condizionanti a diverso livello i comportamenti degli 'operatori giuridici' nell'area del processo civile⁵. In altri termini, ciò a intendere che le dinamiche comportamentali di e fra giudici e avvocati appaiono in questa sede caratterizzate non solo dal conferimento (o non) *ex lege* di poteri e/o di doveri ma anche – e, direi, potentemente – dalla attribuzione, risalente e quindi storicamente condivisa nelle società di riferimento, di una variegata serie di *standing* o qualificazioni professionali e umane profondamente condizionanti rapporti reciproci e singole capacità.

Oggi, su questi macro-elementi grossomodo configurabili come di *local culture*, insistono altri elementi di non trascurabile impatto nella caratterizzazione delle figure di avvocati e giudici. Credo che il nucleo essenziale di tali elementi si possa individuare nella storicizzazione della nozione di modernità e nel suo superamento nella direzione della percezione della realtà come post-moderna e, soprattutto, come complessa. Nell'attuale 'momento della complessità' pare si possa affermare che gli elementi tradizionali di qualificazione professionale si trovano a coesistere con aspetti di complicazione del tutto nuovi del quadro disciplinare e comportamentale per gli operatori del diritto. Di qui, non tanto un completo e immediato ribaltamento di tali tradizionali parametri di qualificazione, ma piuttosto, almeno allo stato, una diffusa esigenza di adeguamento delle due figure professionali che qui consideriamo a realtà sempre più articolate e sempre

³ Cfr. V. DENTI, *La giustizia civile – Lezioni introduttive*, Bologna 1989, 111 ss., 117 ss.

⁴ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L. J.* 2006, 59 ss.

⁵ Per il complesso di questi problemi, si rinvia segnatamente a A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in ID. (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, *passim*.

meno semplificabili nel senso della loro riconduzione al limitato numero di parametri e opzioni di inquadramento – in quanto tali appunto ‘moderne’ – fino ad ora fornite degli ordinamenti giuridici. E ciò tanto a livello di diritto sostanziale (o di diritti sostanziali) che di normative processuali⁶.

2. Caratterizzazione professionale dei ‘soggetti tecnici’ coinvolti

Come incide la ‘sfida della complessità’ sulle figure di giudici e avvocati negli ordinamenti del processo civile in area europea? È agevole rispondere a questa peraltro non certo agevole domanda ribadendo il dato della diversificazione prospettato all’inizio. Per ragioni varie e comunque non sintetizzabili con formule onnicomprensivamente risolutive, l’impatto di questa sfida rileva infatti in maniera a vari livelli diversa a seconda dell’ordinamento considerato.

Una variabile in ogni caso molto rilevante a questo riguardo è rappresentata dalla relativa disponibilità dei singoli ordinamenti a trasformazioni molto profonde, nel segno della diversificazione sia del contesto del processo civile sia delle prospettive di intervento di riforma del relativo assetto normativo. Si tratta, evidentemente, ancora una volta, di una propensione catalogabile come culturale e, pertanto, intrinsecamente caratterizzata da evoluzioni più o meno risalenti e comunque inclusive di vari elementi connessi alle storie nazionali, come pure alle trasformazioni degli assetti istituzionali. Circostanze tutte che possono incidere progressivamente sotto un triplice profilo: del ruolo tradizionalmente attribuito all’avvocato e al giudice, della trasformazione della realtà nel senso della diversificazione delle esigenze di tutela, della conseguente trasformazione dei ruoli appunto di avvocato e giudice.

Si può infatti ritenere scontato – con riguardo al primo elemento qui sopra indicato – che esistano, per così dire tradizionalmente, differenze notevoli fra la figura dell’avvocato e del giudice in contesti come – ad esempio – quello tedesco rispetto a quello italiano. Si tratta di differenze riassumibili – per semplificare – nella diversa formazione ‘istituzionale’ di queste due figure professionali; nella diversa attribuzione di responsabilità all’interno del processo civile; e, infine, anche (ma di ciò non ci occuperemo per evidenti ragioni di incompetenza) del diverso ruolo sociale svolto e attribuito a chi si trova a ricoprire tali ruoli professionali⁷.

Pacifico sembra anche, per altro verso, il secondo elemento qui sopra elencato. Quantomeno a livello di riconoscimento o percezione diffusa, esistono invero profonde differenze fra i vari ordinamenti europei – e le relative culture nazionali di riferimento – sul piano della percezione di trasformazioni epocali intervenute nell’ultimo ventennio. E ciò in particolare con riferimento, come si è già accennato, al passaggio da una cultura della modernità a una cultura della post-modernità. In altri termini a una cultura della complessità, specie con riguardo agli effetti da tale complessità occasionati in termini di esigenze di giustizia e di relative garanzie di tutela giurisdizionale⁸.

⁶ Si veda in proposito, nella nostra letteratura giuridica, in generale P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della complessità*, Milano 2001, 26 ss., 43 ss.

⁷ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., 45 ss., 54 ss.

⁸ J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation Juridique*, in *Rev. Dr. Publ.* 1998, 661 ss., 665 ss., 672 ss.

Rispetto a queste esigenze risulta, infine, nettamente diversificato il tipo di reazione apprestato negli ordinamenti europei del processo civile. Questo terzo elemento appare ovviamente il più significativo per quanto qui interessa e, anche, quello che più intensamente manifesta le sue influenze sulla caratterizzazione conseguente dei ruoli professionali oggi spettanti a giudice e avvocato.

La caratterizzazione dei 'soggetti tecnici' coinvolti nel processo ha subito, in effetti, progressive mutazioni nel corso del secolo XX; fenomeno che si è verificato attraverso un diffuso, ancorché diseguale, ripensamento dei parametri della tradizione liberale essenzialmente riconducibili a un'altrettanto diffusamente accolta accezione estensiva della nozione di disponibilità e di principio dispositivo⁹.

Ultime propaggini di questa lunga evoluzione sono alcune riforme realizzate negli ultimi anni del secolo scorso e nei primi di questo. Si tratta di riforme che appaiono di fondamentale rilievo per la loro incidenza sulla trasformazione dell'assetto degli ordinamenti europei del processo civile e il cui elemento comune risulta, per un verso, l'attribuzione al giudice di significativi poteri e di iniziativa istruttoria e, soprattutto, di controllo sullo svolgimento del processo specie nella sua fase iniziale e, per altro verso, la contestuale attribuzione all'avvocato di altrettanto significative responsabilità-doveri di collaborazione... efficiente e professionalmente qualificata alla chiarificazione dell'oggetto della controversia e alla sua definizione. Un percorso, questo, che ha caratterizzato alcuni ordinamenti più degli altri; per non dire che ha caratterizzato alcuni ordinamenti e, *tout court*, non altri.

Occorre, infatti, ricordare che presupposto delle riforme alle quali si è accennato è stato generalmente la presenza di un serio dibattito intorno ai fondamenti ideologici del processo. Dibattito che, altrettanto generalmente, si è caratterizzato per l'ormai completo superamento dei parametri liberali ottocenteschi; sulla scorta di quanto già in gran parte preparatosi, come più sopra si è accennato, nel corso di tutto il secolo XX¹⁰. Ed è in quanto liberi da impacci di tipo ideologico sostanzialmente comportanti la concreta inattività del giudice nel processo civile che alcuni legislatori europei si sono trovati in condizione di sconvolgere modelli comportamentali fino ad allora intoccabili.

In contemporanea, ciò non è per converso avvenuto in altri ordinamenti, nei quali si è registrata l'assenza di una seria discussione sulla impostazione ideologica da attribuire, oltre che astrattamente alle riforme, anche e soprattutto al ruolo spettante ai suoi 'soggetti tecnici' tipici, i giudici e gli avvocati. Per non essere inutilmente omissivi, credo sia chiaro a tutti che questo è quanto – appunto nel corso dell'ultimo decennio – non è avvenuto nel nostro ordinamento. Mentre alcuni ordinamenti europei, e in particolare quello inglese e spagnolo, rappresentano – come del resto noto – gli esempi più tipici dell'approccio seriamente innovatore sopra indicato, il nostro ordinamento appare ancora stentare molto rispetto a scelte di riforma complessiva del processo civile¹¹. Qui di seguito, mi farò carico di illustrare le ragioni di questa mia personale opinione.

⁹ Su questo tipo di problemi, di recente, M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari 2009, *passim*; e, per quanto ormai risalente, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, spec. le considerazioni nell'ultimo capitolo.

¹⁰ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., *passim*.

¹¹ Per uno sguardo d'insieme alle riforme intervenute nel settore in Europa nel corso dell'ultimo ventennio, si veda ad es. D. TORQUATO, M. D'AGOSTINI, *Spunti di raffronto comparato sulla recente*

3. Riscontri normativi ‘commendevoli’

Gli elementi forse più sorprendenti riguardo alle due riforme spagnola e inglese consistono appunto nel fatto che esse sono state realizzate in ordinamenti tanto reciprocamente lontani, mentre le loro direttive di fondo – o istanze ideologiche – risultano tuttavia inequivocabilmente vicine se non, a tratti, addirittura sovrapponibili.

Così è, solo che si guardi agli obbiettivi indicati nelle relazioni di presentazione delle due riforme (*en passant*, sembra opportuno rilevare che elaborazioni del genere sono del tutto assenti nel pur bulimica attività di legiferazione processuale o para-processuale italiana degli ultimi anni). In esse il problema della configurazione di normative procedurali a uso effettivo dell'utente e di modalità procedurali tendenti al drastico risparmio dei costi risulta cruciale e ricorrentemente indicato come, per usare l'espressione utilizzata da Lord Woolf nei suoi *Reports* del 1994 e 1995, *overriding* a tutti gli effetti¹². Una giustizia *para los justiciables*, come espressamente affermato nella *Exposición de motivos* che precede la *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola del 2000, significa peraltro qualcosa di estremamente concreto nella sua traduzione normativa¹³. Così come per certo concreta e realistica è la corrispettiva disciplina delle *Civil Procedure Rules* inglesi del 1998, già del tutto programmata nella *Part 1* enunciante appunto i cosiddetti *overriding objective* della disciplina¹⁴.

Nelle due discipline si converte in una pervasiva idea del processo come strumento di realizzazione efficace di giustizia, in tempi ridotti e – *last not least* – a costi ridotti. Questo comune programma si traduce nella immediata individuazione di compiti precisi e a tutti gli effetti diversi – nuovi – per giudici e avvocati, in corrispondenza allo svolgimento di attività tipiche del processo nel contesto di altrettante fasi dello stesso. E di qui il rilievo attribuito nelle due riforme a due momenti a tutti gli effetti tipici del procedimento civile quali, per usare categorie ‘nostre’, la fase introduttiva e quella di preparazione-trattazione della controversia¹⁵.

Riguardo in particolare alla fase introduttiva, accade in tali ordinamenti un fenomeno del tutto anomalo. Anomalo quantomeno rispetto alla esperienza italiana, anche la più recente, nella quale, se non svilto, il momento iniziale della controversia appare percepito come neutro o, comunque, non ulteriormente caratterizzabile come decisivo rispetto

riforma del processo civile, in *Giusto proc. civ.* 2011, 251 ss.; A. DONDI, P. COMOGLIO, *In tema di riforme e garanzie del contraddittorio – Questioni rilevanti in prospettiva europea*, ivi 2010, 555 ss.

¹² Per la più comprensiva analisi di questa riforma cfr. N. ANDREWS, *English Civil Procedure – Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford 2003, 29 ss., 107 ss., 333 ss. Una più risalente valutazione del carattere di novità della riforma è, invece, presente in J.A. JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, Cambridge 2000, spec. 373 ss.; ID., *Il nuovo ruolo del giudice del «pre-trial» nel processo civile inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1263 ss.

¹³ Nella letteratura italiana, per una sintetica illustrazione della *reforma* spagnola, v. A. DONDI, A. GUTIERREZ BERLINCHES, *Diritto processuale civile spagnolo*, in *Enc. dir., Annali*, I, 647 ss.

¹⁴ Si vedano in proposito le considerazioni di N. ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control «Going, Going, Gone»*, in *C.J.Q.* 2000, 19 ss.; D. TORQUATO, M. D'AGOSTINI, *Spunti di raffronto comparato sulla recente riforma del processo civile*, cit., 255 e note di riferimento.

¹⁵ A. DONDI, V. ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 1437 ss.

all'esito della stessa controversia (e pertanto non meritevole di particolare attenzione). Per contro, tanto l'ordinamento spagnolo quanto, e per certi versi in particolare, quello inglese dedicano all'*incipit* della controversia un'attenzione che risulta del tutto incisiva sul ruolo da ora in poi attribuito alle figure professionali di soggetti come giudici e avvocati. Non appare, del resto, casuale che le norme in tema di *demand* e *pleading* (anzi, più propriamente, di *statement of the case*) subiscano in queste riforme radicali trasformazioni rispetto al passato.

I nuovi assetti di tali discipline sembrano avere in comune un elemento non a caso icasticamente descritto nelle norme spagnole in materia con il ricorso alle espressioni *claridad* e *seriedad*¹⁶.

È in coerenza con questa esigenza/obbiettivo la previsione di uno *standard* di qualità degli atti introduttivi, che all'avvocato è imposto di garantire e al giudice di controllare a pena di nullità¹⁷. Analogamente, ciò accade anche per l'ordinamento inglese; anche se nel contesto di un peraltro ben più complesso e originale (oltre che, probabilmente, più efficiente) modello di impostazione progressiva e articolata della controversia, nella prospettiva della modulazione del procedimento in relazione alla relativa complessità della causa¹⁸.

Per chiarire, a questo specifico riguardo sembra opportuno qui sottolineare in particolare un'ulteriore circostanza. Tanto nella disciplina spagnola che in quella inglese, all'avvocato dell'attore è oggi richiesto un particolare sforzo di organizzazione degli elementi 'compositivi' della domanda introduttiva. Una scelta che appare perseguire due finalità di fondo; ossia, garantire che la pretesa non configuri nessuna forma di utilizzazione abusiva del processo e che – nella sostanza e al di là dell'esito della controversia nel merito – un consistente *set of facts* sostenga in ogni caso il ricorso alla tutela giuridica istituzionale.

Per contro, una simile prospettiva di riforma non risulta affatto neutra anche per quanto concerne il risultato – nel merito, appunto – della controversia. Proprio la ristrutturazione degli atti introduttivi nella direzione indicata segnala, infatti, l'attribuzione di un valore fondamentale e in ogni caso non rinunciabile alla ricerca della verità (nella sua accezione per così dire oggettiva) e alla conseguente definizione in termini di giustizia delle controversie civili. Si tratta di opzioni che sembrano poter incidere soprattutto sul versante dell'attività istruttoria in senso lato – comprensiva tanto della chiarificazione dell'oggetto della controversia che della raccolta del materiale probatorio – con notevoli implicazioni di trasformazione radicale dei ruoli di avvocati e giudici in tali ordinamenti del processo civile.

4. Nella riforma spagnola

Questo aspetto è reso manifesto da due elementi per converso reciprocamente molto diversi – sia sul piano tecnico sia sulla configurazione del modello processuale nel suo complesso – all'interno degli ordinamenti spagnolo e inglese. Per l'ordinamento spagnolo, non si tratta solo della presenza di una disciplina del tutto specifica delle *alegaciones iniciales* nell'art. 399 della LEC 2000, al punto della espressa configurazione delle mo-

¹⁶ Cfr. ad es. A. DE LA OLIVA SANTOS, *El «factor humano» en la justicia: hablando claro sobre el tópico «justicia y sociedad»*, in *Revista de Derecho Procesal* 2006, 520 ss.

¹⁷ A. DONDI, A. GUTIERREZ BERLINCHES, *Diritto processuale civile spagnolo*, cit., 652-653.

¹⁸ Per riferimenti nella letteratura giuridica italiana si veda C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 511 ss.; A. DONDI, P. COMOGLIO, *In tema di riforme e garanzie del contraddittorio*, cit., 555.

dalità di redazione (*de forma ordenada y clara*), al fine di una corrispettiva precisione nella *contestación* del convenuto¹⁹. Nella LEC 2000 è tutto un complesso di previsioni a risultare indirizzato verso la efficienza delle attività svolte nell'utilizzazione – ovviamente, in particolare da avvocati e giudici – del meccanismo processuale. Così la norma – art. 412 – che impedisce alle parti di *alterar posteriormente* l'*objeto del proceso* una volta che esso sia stato *establecido* appunto nei rispettivi atti introduttivi. Così le norme in tema di non deduzione al di fuori di tali atti di prove, e anche di prove documentali. Così la previsione dell'art. 405 in tema di *acumulación de acciones* rilevata in sede di eccezione dal convenuto; nonché, nei confronti del convenuto, la sanzione di tipo probatorio – nella forma della *admisión tacita* – prevista in caso di *respuestas evasivas*²⁰.

Questa impostazione di serietà ed esaustività delle attività processuali è del resto confermata, al di là della disciplina della fase propriamente iniziale del processo, anche in quella della sua trattazione e istruzione nell'ambito della cosiddetta *audiencia previa al juicio*²¹. Qui, oltre alla chiara sanzione della *falta de claridad y precisión* negli atti introduttivi di parte (art. 424 in combinato con 416, 1, n. 5), nella disciplina dell'art. 429 in tema di *proposición y admisión de la prueba* si manifesta un netto sbilanciamento di poteri a favore del giudice²². Per un verso, a questi spetta infatti valutare l'adeguatezza probatoria delle difese di parte; ossia la sua eventuale *insuficiencia*, che il giudice dovrà indicare alle parti per suggerirne l'integrazione. Per altro verso, lo stesso giudice potrà fare uso di poteri di iniziativa istruttoria molto ampi allo scopo di *acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas*. Per altro verso ancora, al giudice spetta un'attività di controllo e di sanzione della realizzazione tempestiva della prova (e, ancorché non all'interno della disciplina della trattazione-istruzione dell'art. 429 ss., questa disposizione – dell'art. 288 della LEC 2000 – appare chiaramente indicare un'attenzione davvero incisiva a criteri di efficienza e tempestività)²³.

In questo panorama, appare per certo più che prevedibile la presenza di una norma come quella degli artt. 328 e 329, in tema di *exhibición de documentos*²⁴. A differenza che nel nostro ordinamento, oggi anche l'ordinamento spagnolo è per così dire provvisto di garanzie di effettività degli ordini di esibizione. Garanzie che si risolvono nell'attribuzione del valore di prova alla *negativa a l'orden de exhibición*, in analogia con gran parte degli ordinamenti europei continentali del processo civile che prevedono la prova contraria come conseguenza minima in caso di mancata ottemperanza (in molti essendo anche previste ulteriori tipi di sanzioni aggiuntive, per lo più di carattere pecuniario)²⁵. Altrove, e ormai più volte, mi è capitato di rilevare come

¹⁹ In proposito si veda, ad es. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil – Parte general*, Valencia 2005, 142 ss.

²⁰ F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil – Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcellona 2008, II, 1281 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Enjuiciamiento civil – El proceso de declaración*, Madrid 2004, 314-316.

²¹ A. DONDI, A. GUTIERREZ BERLINCHES, *Diritto processuale civile spagnolo*, cit., 654-655 (e relativo apparato di note).

²² X. ABEL LLUCH, J. PICÓ I JUNOY (eds.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona 2005, 74 ss., 284 ss.

²³ Si veda ancora A. DONDI, A. GUTIERREZ BERLINCHES, *Diritto processuale civile spagnolo*, cit., 654.

²⁴ Cfr. F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, cit., 755 ss., 771 ss.

²⁵ V., specialmente, A. DONDI, A. GUTIERREZ BERLINCHES, *Diritto processuale civile spagnolo*, cit., 659 (e riferimenti in note 67, 68 e 70).

la carenza italiana su questo versante – rappresentata dall'assenza di esplicite e minimamente efficaci sanzioni nella disciplina dell'art. 210 e ss. – risulti ormai quasi scandalosa e segnali, forse più di tutto, la mancata acquisizione nella nostra cultura di un approccio di serietà e di efficienza con riguardo alle attività di avvocati e giudici nel nostro processo civile²⁶.

5. Nella riforma inglese. E altro

Proprio il versante della reazione del modello nei confronti della mancata cooperazione alla raccolta del materiale probatorio, specie a seguito di un esplicito ordine del giudice con finalità esibitorie, segnala come del tutto particolari e decisamente avanzate le scelte contenute nelle *Civil Procedure Rules* inglesi del 1998. Ciò in ragione della specifica contestualizzazione dell'attività di *disclosure*, oltre che dell'intrinseca efficienza del relativo meccanismo e conseguenze²⁷. Queste ultime sono notoriamente derivate e del tutto simili a quelle previste nella corrispondente disciplina delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi (rule 37, in materia di *sanctions for discovery*); e non mette conto rilevarne qui la notoria efficacia sul piano coercitivo e sanzionatorio²⁸. Più interessante, ai fini di un raffronto fra i ruoli di avvocati e giudici europei nella preparazione in diritto e in fatto di una controversia civile, appare la collocazione di questa attività di *disclosure* nel contesto della riforma inglese per ciò che segnala riguardo all'approccio complessivo di tale riforma.

E ciò che segnala è anzitutto la capacità del legislatore inglese di affrontare secondo criteri di efficiente e seria analisi empirica della realtà le esigenze di trasformazione del processo civile. È sulla base dell'assunzione di una tale prospettiva che la nozione di controversia viene qui modulata su quella del percorso più opportuno (*track*) a seconda del tipo di controversia. Sempre su questa base, le scelte effettuate non sono *oblivious*, ma nette e del tutto indicative della assunzione come cruciale del criterio dei costi relativi e della relativa efficienza di ogni percorso. In questa chiave, la configurazione di tre percorsi appare sufficientemente non equivoca e sufficientemente articolata da coprire lo spettro complessivo delle diverse categorie di controversie civili²⁹.

Da questa modulazione del processo in base alla difficoltà/complicazione del singolo *lawsuit* in tre diversi percorsi (*small track*, *fast track*, *multi track*) già nella fase introduttiva deriva, in ragione dell'esigenza di configurare atti iniziali (*statement of the case*, *part 7 e 8*) che consentano al giudice appunto di *allocate* la controversia nel percorso processuale più adatto, una sostanziale trasformazione del ruolo giocato da avvocato e giudice³⁰.

È del tutto consequenziale che all'interno di questo *tracking system* risultino variamente disciplinati poteri e doveri di avvocati e giudice. E che ciò avvenga secondo un basilare

²⁶ Cfr. A. DONDI, *Effettività*, cit., *passim*, spec. 118 ss.

²⁷ Nella letteratura italiana il punto è in particolare sviluppato in L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti – L'esperienza inglese e italiana*, Padova 2007, 330 ss.

²⁸ Cfr. ad es. A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.

²⁹ Sulla filosofia della riforma inglese si veda ancora J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice del «pretrial» nel processo civile inglese*, cit., 1263 ss.

³⁰ Come primo indizio dell'estrema originalità percepita in Inghilterra della tripartizione di cui nel test cfr., ad es., N. ARMSTRONG, *Making Tracks*, in A.A.S. ZUCKERMAN, R. CRANSTON (eds.), *Reform of Civil Procedure*, Oxford 1995, 97 ss.

criterio di predisposizione di più ampi strumenti di chiarificazione dell'oggetto della controversia quanto più complessa e 'difficile' la stessa sia apparsa al momento dell'*allocation* e si riveli nel suo pratico svolgimento (talché, ad esempio, meccanismi come quello di *Disclosure and inspection of documents* di cui alla *part 31* delle nuove *C.P.R.* saranno utilizzabili ampiamente solo nel percorso di *multi track*, limitatamente in quello di *fast track* e per nulla in quello di *small track*)³¹.

Un costante proporzionamento fra strumenti e utilità per la più rapida e meno dispendiosa definizione della controversia è pertanto richiesto, *in primis* al giudice e di conseguenza anche all'avvocato. Dalla richiesta di *particulars of the claim* alla previsione di progressive *conferences* di trattazione (oltre che allo scopo di *fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case*), specie ovviamente nei *complex cases* generalmente destinati al *multi track*, è molto fitta l'interazione che la nuova procedura inglese impone fra i 'soggetti tipici' del processo. Del resto, ciò sembra inevitabilmente implicare la realizzazione di quell'efficace *case management* da parte del giudice che, nei *Report* preparatori della riforma, viene espressamente indicato come cardine del nuovo modello di giustizia civile, nella prospettiva che – sul presupposto che «*litigation is not war or even a game*» – il conflitto possa davvero svolgersi «*cards face up on the table*»³².

Un serio riassetto ideologico e tecnico-normativo è stato intrapreso anche in altri modelli di giustizia civile europei, ed europeo-continentali in particolare. I casi di Germania e Francia sono al contempo troppo noti e troppo singolarmente articolati perché qui li si possa illustrare. Importa comunque e almeno rilevare, nella prospettiva del ruolo rispettivo di giudici e avvocati nel contesto europeo di giustizia civile, come le trasformazioni realizzate in questi ordinamenti abbiano riguardato due versanti in particolare, ciascuno dei quali di sicuro impatto sulla prospettiva che si considera. Questioni come l'attenzione della riforma francese per percorsi trattatori (di *circuit*) al fondo non del tutto dissimili dal nuovo modello inglese e a quella della riforma tedesca del 2002 per la più precisa configurazione degli atti introduttivi di parte meriterebbero ben altro che il mero accenno che qui in conclusione mi permetto di farne³³.

³¹ Sul punto cfr., ad es., D. TORQUATO, M. D'AGOSTINI, *Spunti di raffronto comparato sulla recente riforma del processo civile*, cit., 258; N. ANDREWS, *The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, Cambridge 2011, 22.

³² Cfr. J.A. JOLOWICZ, *The Woolf Report and the Adversary System*, in *C.J.Q.* 1996, 198 ss.; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, cit., 29 ss., 49 ss.

³³ Si veda, per quanto concerne il percorso dei *circuit* francesi, ancora D. TORQUATO, M. D'AGOSTINI, *Spunti di raffronto comparato sulla recente riforma del processo civile*, cit., 261; sempre riguardo al modello francese, si veda inoltre anche D. TORQUATO, *Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo – Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2010, 1233 ss.; per riferimenti alla disciplina tedesca, P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham 2004, 230-235.

26. RIFORMA DEGLI ATTI INTRODUTTIVI. IL PROCESSO STATUNITENSE E IL PROCESSO ITALIANO*

SOMMARIO: 1. Qualche indicazione sull'area dell'indagine. – 2. Analogie e discordanze con l'approccio statunitense. – 3. La recente giurisprudenza della *Federal Supreme Court* e la cosiddetta *pleading war*. – 4. La questione-*discovery*: dibattito dottrinale e prospettive di riforma del modello statunitense.

1. Qualche indicazione sull'area dell'indagine

Da alcuni anni alle riforme della giustizia civile in Italia sembra riservata un'attenzione speciale. Si tratta di un fenomeno ormai giunto ad attraversare con notevole frequenza la discussione politica, al punto di costituire una sorta di ricorrente *Leitmotiv* degli interventi auspicati come essenziali a migliorare – in una prospettiva invero quasi salvifica – l'efficienza delle attività economiche. Qui non ci si intende tuttavia occupare di una tanto inusitata attenzione al processo civile e apparente frenesia riformatrice, quanto piuttosto di un aspetto del relativo dibattito in sede dottrinale e di alcuni suoi riflessi sulle riforme finora concretamente realizzate.

Sembra, in effetti, meritare segnalazione un problema sostanzialmente trascurato se non del tutto omesso all'interno di questo recente *turmoil* riformatore italiano. Invero, nel fenomeno di rivitalizzazione del discorso intorno alle riforme del processo civile in Italia non pare trovare spazio il problema delle modalità di instaurazione della controversia. Pur caratterizzata da una produzione normativa francamente occasionale e sovrabbondante, oltre che da un'occupazione quasi invasiva del dibattito nell'ambito della cultura giuridica, sembra di poter dire che questa 'nuova attenzione' mostra scarso interesse per la fase iniziale del processo, e in particolare per la configurazione degli atti introduttivi di parte¹.

Nonostante l'ovvia difficoltà di illustrare un *vacuum* e di valutare una circostanza *in absentia*, appaiono comunque individuabili alcuni indici di tale attitudine. Essa sembra avere due principali forme di manifestazione, attraverso il mantenimento o la mera conservazione dell'assetto esistente e attraverso la riproposizione o l'esplicita conferma di tale assetto nelle riforme realizzate. E va da sé che l'assetto al quale qui ci si riferisce corrisponde alla disciplina degli articoli in materia di citazione e di comparsa di risposta del nostro codice di rito.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. dir. proc.* 2014, 434-454, e costituisce una rimodulazione del saggio intitolato *Difficoltà nella riforma degli atti introduttivi in un raffronto fra l'approccio statunitense e italiano* destinato ai *Festschrift* in onore di Peter Gottwald attualmente in corso di pubblicazione. Fra le modificazioni intervenute, si registra in particolare l'aggiunta di un apparato sintetico di note bibliografiche.

¹ Come segnalazione di questa tendenza alla trascuratezza della questione qui richiamata, in una pubblicazione che documenta approfonditamente le recenti riforme italiane, v. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, coordinato da G. RUFFINI, Torino 2013, *passim*; per significativi rilievi sulla mancata 'ristrutturazione' in senso valorizzatore del comportamento delle parti dell'art. 167 c.p.c., v. ID., *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1210-1212.

Risultano del resto in qualche misura ovvi quanto inevitabili i collegamenti fra tali manifestazioni e gli assetti normativi esistenti. Il principale fondamento di tali manifestazioni appare individuabile nel permanere di un accoglimento diffuso della visione della citazione – e della sua essenziale implicazione tecnica di creazione dell'interrelazione processuale anzitutto nei confronti della controparte, senza immediato coinvolgimento del giudice – come il modello-tipo di atto introduttivo dell'attore. Di qui una sorta di caratterizzazione epitomica del modello della citazione, per certi versi ribadita anche nonostante le apparenti innovazioni realizzate con le più recenti riforme del processo civile italiano².

Sembrano in effetti mancare in tali interventi di riforma segni concreti della considerazione di soluzioni alternative a questo riguardo. Così è in particolare per l'alternativa più tradizionalmente prevedibile, ossia quella dell'estensione anche al processo ordinario di cognizione del modello del ricorso, ad esempio prospettata in un ormai molto risalente progetto di riforma quale il cosiddetto Progetto Liebman³. Del resto, è anche inevitabile rilevare che – malgrado l'attenzione in genere molto opportunamente riservata all'importante elaborazione ivi contenuta – la stessa riproposizione di tale soluzione nella 'proposta Proto Pisani' del 2009 non sembra aver in alcun modo inciso sulle recenti scelte di riforma della materia⁴.

Nonostante tanta 'disattenzione' dell'attuale contesto culturale a questo genere di questioni, *a contrario* qui appare opportuno segnalare il carattere virtualmente non del tutto neutro dell'elemento più tecnicamente caratteristico della forma del ricorso. Anche al di là della funzionalità nell'ambito dei procedimenti *lato sensu* sommari può, invero, prospettarsi come non del tutto irrilevante la circostanza dell'instaurazione con la proposizione del ricorso di una diretta relazione fra parte attrice e giudice; ciò anche nei termini di un eventuale coinvolgimento precoce (*early in the case*) del giudice nella controversia, per come appunto configurata nel suo atto introduttivo⁵. Si tratta di un'ipotesi a questo livello evidentemente solo adombrata; posto che sonarla presupporrebbe la prospettiva –

² Fra i numerosissimi esempi di tale prevalenza culturale, v., ad es., 'classici' come S. SATTA, voce *Domanda giudiziale*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, spec. 819 ss.; A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*, Torino 1980, II, 242 ss.; e, inoltre, C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino 1991, spec. 101 ss.; più di recente G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*⁴, Torino 2010, 122 ss.

³ Sul progetto citato, v. *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 1977, 452 ss., spec. 456; al riguardo cfr. G. TARZIA, *Sul procedimento di primo grado*, nell'ambito di una serie di interventi di Aa.Vv. riuniti sotto la titolazione comune di *Sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 243-244; cenni anche in A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 9 ss.

⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, V, 1.

⁵ Come noto, in quanto relativa al giudice civile, l'espressione *early involvement in the case* ha una chiara derivazione nell'ambito della cultura di *common law*, e segnatamente statunitense in ragione del suo ricorrere in alcuni studi collocati soprattutto fra la fine degli anni '70 e gli anni '80 del secolo XX; per citazioni ormai d'obbligo a questo proposito, v., ad es., A. CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in 89 *Harv. L. Rev.* 1976, 1281 ss.; J. RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, 374 ss.; J.H. LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in 52 *Univ. Chicago L. Rev.* 1985, 823 ss.; P.H. SCHUCK, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, in 53 *U. Chi. L. Rev.* 1986, 337 ss.

sulla base di riscontri scientifici fondati – di una diversa configurazione dei poteri-doveri del giudice nella fase introduttiva della controversia.

Anche più emblematica della netta prevalenza nell'ordinamento italiano attuale del modello della citazione in giudizio rispetto ad altre forme di introduzione di una controversia civile è la seconda manifestazione di quest'attitudine. Nonostante un'intensa attività di riforma, infatti, non solo si registra la conservazione del modello tradizionale di atto introduttivo per il processo ordinario di cognizione ma questo modello viene anche esteso a nuovi tipi di processo introdotti nell'ordinamento italiano negli ultimi due decenni. L'esempio più significativo a questo riguardo è per certo costituito dalla disciplina delle cosiddette 'azioni di classe', per così dire la *class action* italiana. Nell'ambito di tale disciplina – nel contesto, peraltro, di una configurazione imprevedibilmente molto scarna delle caratteristiche tecniche del procedimento per tali controversie – con riguardo alla forma degli atti introduttivi si registra invero un rinvio *tout court* alla normativa ordinaria⁶.

Sembrano inoltre costituire una conferma indiretta di questa complessiva propensione anche altre discipline, più o meno settoriali, introdotte *ex novo* nella normativa generale del processo civile attraverso una tecnica di integrazione-aggiunta molto ricorrente e ormai tipica del *modus* italiano di riforma. È ad esempio il caso della disciplina del 'procedimento sommario di cognizione', prevista dalla legge n. 69 del 2009 e contenuta negli artt. 702 *bis*, *ter*, *quater* c.p.c. Qui, per quanto la modalità introduttiva del procedimento prevista sia quella del ricorso, la configurazione dell'atto sotto il profilo del suo contenuto risulta inequivocabilmente modulata – *ex art. 702-bis*, comma 1°, c.p.c. – sulla disciplina della citazione. E del resto l'attività corrispettiva del convenuto appare configurata – *ex art. 702-bis*, comma 4°, c.p.c. – come 'comparsa di risposta', in chiara assonanza con la definizione tradizionalmente prevista per la risposta a una citazione nel processo ordinario di cognizione⁷.

Il carattere ibrido della strutturazione di questo impianto disciplinare si può verosimilmente connettere all'esigenza di una sua complessiva coerenza con il modello-tipo della citazione. Una circostanza questa che sembra ulteriormente ribadita dalla previsione, nell'art. 702-*ter*, comma 3°, c.p.c., che la realizzazione – ove il giudice lo ritenga necessario – di attività di chiarificazione e di istruzione si svolga secondo le modalità della trattazione tipiche del rito ordinario (art. 183 c.p.c.)⁸. È in tal modo che si perviene a realizzare una sorta di conversione di rito che sembra muovere nella direzione di un'unica modalità di procedimento; il tutto con l'obiettivo – forse – di una omologazione per così

⁶In questo specifico senso si rinvia, ad es., ad A. DONDI, *On Some Drawbacks in the Italian Road to Class Actions*, in *ZZP. Int.* 2007, 14 ss.; per un ampio esame della normativa italiana v. C. PUNZI, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 260-261; A. GIUSSANI, *Il nuovo Art. 140-bis C. Cons.*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 598-599.

⁷In una vastissima produzione in argomento, al riguardo si veda ad es., R. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.* 2009, spec. 1122 ss.; A. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna 2013, *passim*.

⁸In un'estesa letteratura, per commenti *sub art. 702-ter*, v. ad es., P.P. LANNI, in *Codice di procedura civile commentato*³, diretta da C. CONSOLO, Milano 2013, III, 790 ss.; D. VOLPINO, M. SEGATTI, in F. CARPI, M. TARUFFO (eds.), *Commentario breve al codice di procedura civile*⁷, Padova 2012, 2523 ss.; R. CAPONI, in *La riforma della giustizia civile – Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Milano 2009, 199 ss.

dire mantenuta ad ogni costo, indipendentemente anche dalle caratteristiche di specialità della singola controversia o, come in questa particolare circostanza, dalle esigenze virtualmente proprie dello specifico *modus procedendi*⁹.

Ciò posto, si deve tuttavia subito aggiungere che ben più rilevante del problema della forma appare quello del contenuto degli atti introduttivi, specie sotto il profilo della loro circostanziazione fattuale. In ciò sembra sostanziarsi la questione centrale relativa alla conservazione nell'ordinamento italiano del modello della citazione, essenzialmente in quanto all'interno di tale modello la configurazione delle allegazioni di fatto non appare ispirata a criteri di doverosa precisione e completezza. Come noto, tale aspetto risulta del tutto manifesto in base alla lettera della disciplina dell'art. 163 c.p.c.; norma nella quale è appunto del tutto assente qualsiasi caratterizzazione in questo senso delle circostanze fattuali.

Certo, la pretesa in giudizio dovrà essere formulata anche attraverso l'indicazione dei fatti costitutivi di essa, la loro 'esposizione' insieme agli 'elementi di diritto' integrando 'le ragioni della domanda'. In ciò si sostanzierebbe nell'ordinamento italiano il completamento dei requisiti dell'atto introduttivo dell'attore, in un contesto disciplinare inteso pertanto a garantire essenzialmente standard di completezza formale di questa prima attività del processo. Da tale impostazione risulta tuttavia sostanzialmente escluso l'obiettivo ulteriore di qualificazione della domanda (e, per ovvie ragioni di corrispettività, anche della risposta del convenuto) come da subito fondata su allegazioni fattuali anche sostanzialmente complete, in quanto precise e non omissive.

Il radicamento strutturale di tale aspetto nella disciplina italiana della fase iniziale del processo civile è, del resto, tradizionalmente confermato dal contenuto di una tipica 'norma di chiusura' quale l'art. 164 c.p.c. in tema di nullità degli atti introduttivi¹⁰. A questo riguardo appare invero cruciale la disposizione del quarto comma dell'art. 164 nel quale è per così dire prevista la soglia di invalidità fattuale di tali atti e, al contempo e per converso, anche individuata la soglia minima di validità fattuale. Tale soglia notoriamente corrisponde *tout court* alla 'mancanza dell'esposizione dei fatti'; circostanza sotto vari profili significativa, specie ove si consideri come uno standard pur tanto basso trovi in realtà ingresso nella disciplina del processo civile italiano solo con la legge n. 353 del 26 novembre 1990, *in absentia* di alcuna disciplina a questo riguardo nella versione originaria del codice del 1942¹¹.

Un ultimo rilievo. Per quanto per ragioni di spazio questo problema non possa essere qui affrontato neppure nella parte di raffronto comparato di questo lavoro, non sembra

⁹ Per la prospettazione di un diverso indirizzo, caratterizzato dall'adeguamento del modello procedimentale alla difficoltà della controversia; modalità, pertanto, da semplificare ove più semplici o meno complesse risultassero le cause, cfr. segnatamente, PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit.

¹⁰ Per una citazione risalente quanto fondamentale al riguardo v. V. DENTI, «Vocatio in ius» e nullità della citazione, in *Giur. it.* 1950, 80 ss.

¹¹ Per un'illustrazione dell'assetto originario a tale riguardo, v., ad es., A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., 315-316; con riguardo alla riforma realizzata nel 1990 e alla quale nel testo si accenna, v., ad es., C. CONSOLO, F.P. LUIO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, Milano 1991, 50 ss.; per un riscontro nella manualistica recente, v., ad es., F.P. LUIO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*⁷, Milano 2013, 15 ss.; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione e le impugnazioni*⁴, Torino 2013, 11.

potersi del tutto omettere un riferimento a un problema di struttura, per certo essenziale con riguardo agli atti introduttivi. Si tratta di quanto materialmente riguarda il *modus* della composizione dell'atto imposto *ex lege* all'utente tecnico del processo, ossia all'avvocato. Nella nostra disciplina in materia appare assente ciò che invece ricorre nella maggior parte delle discipline straniere degli atti introduttivi (come, in maniera veramente esemplare nonostante quanto si dirà con riguardo alla principale norma in materia di tale ordinamento, accade per la *Rule 10* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi)¹².

Il riferimento è alla previsione di forme redazionali obbligate dell'atto, secondo schemi articolati per così dire per punti e irrinunciabilmente da rispettare. Una strutturazione chiaramente indirizzata nei vari ordinamenti alla semplificazione e all'agevole leggibilità degli atti introduttivi ma anche, accanto all'obbligatoria indicazione *per positiones* delle ragioni della pretesa in fatto e in diritto, a prevenire utilizzazioni se non tecnicamente abusive concretamente 'azzardate' del processo. Il tutto a strutturare un contrasto consistente nei confronti di modalità di utilizzazione dello strumento processuale finalizzate a non facilitare un'interazione contraddittoria propria a opera della parte convenuta; e ciò anche al fine di consentire a giudici e avvocati di realizzare a questo riguardo una selezione immediata delle questioni effettivamente pregnanti e controverse, anche ai fini di una rapida e efficiente attività di trattazione¹³.

2. Analogie e discordanze con l'approccio statunitense

Con riguardo all'assetto qui molto approssimativamente illustrato sembra consentito parlare di 'caso italiano'; e ciò anche in ragione delle scarsissime analogie attualmente esistenti fra questa e corrispondenti impostazioni disciplinari della materia in altri ordinamenti del processo civile. Invero, in gran parte degli ordinamenti europeo-continentali la precisa e non omissiva circostanziazione fattuale sembra ormai costituire il nucleo e comunque il carattere distintivo della configurazione disciplinare degli atti introduttivi in controversie civili¹⁴. Le ragioni di un *trend* tanto diffuso appaiono varie, ma fra di esse sembra in particolare centrale l'obiettivo di consentire al giudice di stabilire fin dall'inizio di una controversia il suo livello di complicazione, anche al fine di procedere in maniera al contempo accurata e spedita tanto alla delimitazione del suo oggetto quanto alla raccolta del materiale probatorio¹⁵.

¹² Per un cenno a tale di esposizione nella letteratura italiana, v., ad es., A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1991, 73.

¹³ Per un raro esempio di percezione di tali esigenze in prevalente prospettiva giudiziale, v. di recente P. SPERA, *Tecniche di case management – È possibile un processo civile più rapido, senza maggiori costi, incrementi di personale e riforme legislative?*, Roma 2014, 43-53, 223 ss., 227.

¹⁴ Così, per minime indicazioni di carattere generale riferite agli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo v., ad es., P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham 2004, 194 ss.; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Parigi 2010, 758 ss.; A. DONDI, A. GUTIERREZ BERLINCHES, voce *Processo civile spagnolo*, in *Enc. dir., Annali*, Milano 2008, I, 652.

¹⁵ A scopo esemplificativo, data la notorietà della percezione di tale questione in alcune culture del processo, come recentemente in particolare in quella inglese, si vedano i richiami in A. ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*³, London 2013, 527 ss. e *passim*; cenni anche in L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti – L'esperienza inglese e italiana*, Padova 2007, 311

Si tratta del resto di un obiettivo che mostra di essere stato perseguito con grande determinazione e originalità di soluzioni pure in alcuni ordinamenti di *common law*. Emblematico quanto notorio al riguardo è l'esempio della riforma delle *Civil Procedure Rules* inglesi del 1998, all'interno della quale si registra la previsione di una sorta di formulazione progressiva e controllata degli atti introduttivi in coerenza con obiettivi generali di modulazione del processo a seconda dei diversi livelli di difficoltà-costo-complicazione della singola controversia (prospettiva i cui capisaldi sono oltretutto stati decisamente ribaditi e rinviati con gli aggiornamenti del 2013)¹⁶. Per converso, occorre notare che per quanto concerne i problemi di riconfigurazione degli atti introduttivi del processo civile nel senso del potenziamento della precisa indicazione degli elementi fattuali, in altri ordinamenti di *common law* è invece prevalso per tutta la seconda parte del Novecento un approccio se non di scarso interesse certo di tenace attaccamento alla tradizione in qualche misura simile a quello italiano.

Per molti versi è questo in particolare il caso dell'ordinamento statunitense, in ragione dell'assoluta prevalenza al suo interno della *philosophy* espressa nelle riforme generali della disciplina processuale realizzate nella prima metà del Novecento; per lo più coincidenti con la disciplina delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938¹⁷. E non sembra esagerato caratterizzare tale disciplina come un vero e proprio monumento disciplinare inteso a trasformare, in coerenza con ideologie e aspirazioni tipiche in quel momento storico della cultura statunitense, l'assetto precedente nel senso di una radicale modernizzazione. Un monumento – definizione, peraltro, per molti versi propria anche per il codice di procedura civile italiano del 1942 – che insomma segna un'epoca, caratterizzandosi come il riferimento stabile di un lungo periodo di profonde trasformazioni sul piano economico e sociale¹⁸.

Questo stato di cose – implicante anche la diffusa percezione della normativa federale come il principale cardine di un sistema giuridico fondato sull'attribuzione alla controversia civile della funzione di unica valvola di sfogo di gran parte dei conflitti all'interno della società statunitense – sembra avere a sua volta intensamente influenzato lo sguardo

ss. Per riscontri nell'ordinamento francese, v., nella recente letteratura italiana, D. TORQUATO, *Di alcuni cliché in tema di calendrier du procès e calendario del processo. Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2010, 1233 ss.

¹⁶ A tale specifico riguardo, nella letteratura italiana, v. di recente P. COMOGGIO, *Giustizia (non) a tutti i costi – Significativo updating delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 145-160.

¹⁷ Per una risalente quanto vivida analisi dello spirito delle *Federal Rules*, realizzata per così dire 'dall'interno' essendo Charles E. Clark *reporter* e vera anima della commissione incaricata di redigere tale normativa, v., ad es., C.E. CLARK, *The Federal Rules of Civil Procedure: 1938-1958 – Two Decades of Federal Civil Rules*, in 58 *Colum. L. Rev.* 1958, 436-444; (sul ruolo di Clark a questo riguardo, v., ad es., M.E. SMITH, *Judge Charles E. Clark and the Federal Rules of Civil Procedure*, in 85 *Yale L. J.* 1976, 914 ss.).

¹⁸ Sull'impatto delle *Federal Rules* e la loro percezione come elemento davvero trasformatore della realtà giuridica e sociale statunitense, nella letteratura italiana anche per ampi richiami bibliografici, v. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 18-37 e *passim*; nella manualistica statunitense, per una chiara e significativamente molto risalente segnalazione di questo profilo, anche in connessione alla questione degli atti introduttivi che qui si considera, v. R.W. MILLAR, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, New York 1952, 180 ss.

riservato dalla cultura giuridica statunitense all'assetto disciplinare e comunque alle soluzioni tecniche presenti nelle *Rules*¹⁹. Che ciò abbia riguardato in maniera particolare la disciplina degli atti introduttivi trova poi speciali giustificazioni nell'ambito della cultura giuridica statunitense. In tale contesto, infatti, il *pleading* ha per così dire da sempre rappresentato il vero nucleo concettuale dell'idea di processo civile; *in nuce* assimilabile alla presenza di una richiesta di *relief* da parte dell'attore.

Illustra questa propensione il riferimento a un solo ma notissimo esempio. Appare invero emblematico che il termine *pleading* – nella sua accezione di base inclusiva della prospettiva sia della pretesa sia della difesa – compaia nello stesso titolo del primo vero codice di procedura civile statunitense, ossia il *Code Pleading for the State of New York* elaborato nel 1848 da David Dudley Field²⁰. E – specie con riguardo a quanto ora si dirà – risulta anche del tutto significativa la circostanza che l'espressione '*code pleading*' derivante da questo titolo ricorra tutt'oggi nel dibattito in materia di modelli di atto introduttivo a indicare, con specifico riferimento ai suoi elementi contenutistici, una certa accezione di *pleading*²¹.

Tali peculiarità configurano l'ordinamento statunitense come un referente comparatistico davvero speciale con riguardo all'evoluzione del dibattito sulla configurazione e la riforma della disciplina degli atti introduttivi nel processo civile. Questa circostanza appare oggi particolarmente giustificata dalla vivace messa in discussione in quest'ordinamento – a seguito, come si vedrà, di recenti pronunce della *Supreme Court* federale – di una tradizione davvero molto radicata proprio riguardo alla configurazione di tali atti. Ciò anche se occorre subito aggiungere che un'attenzione particolare è da sempre presente nella cultura giuridica statunitense riguardo a tale questione, e specialmente alla sua declinazione disciplinare all'interno delle *Federal Rules* del 1938²².

¹⁹ Fra i molti, per un richiamo invero molto tradizionale anche giustificato dal collegamento fra tale assetto e la specificità statunitense al raffronto con altri modelli di giustizia civile, v. J.H. LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in 52 *U. Chi. L. Rev.* 1985, 825 ss., 840 ss.; per un rinvio altrettanto tradizionale, ma prettamente centrato sulla nuova cultura del processo civile introdotta con le norme federali v. inoltre, con particolare riguardo al tema degli atti introduttivi, S.N. SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, 933 ss.

²⁰ In tema, di recente, v. nella nostra letteratura, E. SILVESTRI, *Diritto americano e codificazione del processo civile: il contributo di David Dudley Field*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 439 ss.

²¹ Si rinvia soprattutto a due richiami per così dire *standard* a tale proposito, quali: S.N. SUBRIN, *David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision*, in 6 *L. & History Rev.* 1988, 311 ss. e ai numerosi studi di Charles E. Clark in materia, tutti collocati nel decennio precedente la riforma relativa all'introduzione della normativa federale, citati in A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 41, n. 58.; si veda anche J.R. MAXEINER, *Pleading and Access to Civil Procedure: Historical and Comparative Reflections on Iqbal, A Day in Court and a Decision According to Law*, in 114 *Penn. St. L. Rev.* 2010, 1273-1276; R.W. CAMPBELL, *Getting a Clue: Two Stage Complaint Pleading as a Solution to the Conley-Iqbal Dilemma*, in 114 *Penn. St. L. Rev.* 2010, 1201 ss.

²² In questo senso, ad es., v. E.R. SUNDERLAND, *The New Federal Rules*, in 45 *W.Va.L.Q.* 1938, 19 ss.; A. HOLTZOFF, *Twelve Months Under the New Federal Rules of Civil Procedure*, in 26 *A.B.A.J.* 1940, 45 ss. (e ID., *Origin and Sources of Federal Rules of Civil Procedure*, in 30 *N.Y.U.L. Rev.* 1955, 1055 ss.).

Fin dai primi commenti alle *Rules*, si assiste a una diffusa segnalazione del carattere davvero radicale della riforma realizzata in questo settore²³. In ciò si tende invero per lo più a fare consistere l'elemento caratterizzante in particolare la previsione della *Rule 8 (a) (2)*, la più nota della vasta e articolata disciplina delle *Federal Rules* in materia; e ciò in quanto qui la caratteristica di fondo della pretesa in giudizio (*claim for relief*) risulta espressamente individuata nella mera presenza di un «*short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief*»²⁴. In tale definizione si sostanzia invero una filosofia ben lontana dalla tradizione precedente di *common law* e, soprattutto, dalla sua configurazione statunitense all'interno dei *code pleading*, ispirati alla già citata riforma di Dudley Field e implicanti per la parte attrice – oltre ad altri adempimenti che qui per brevità non considereremo – segnatamente di «*state his case according to the facts*» e di «*ask for such relief as he supposes him entitled to*»²⁵.

È in effetti essenzialmente sulla mancanza, fra gli elementi essenziali del *claim* nella configurazione del *pleading* realizzata dalle *Federal Rules* del 1938, della doverosa allegazione delle circostanze fattuali che si registra il principale scarto rispetto all'impostazione tradizionale. Del resto, e come ampiamente noto, anche sul piano definitorio questo costituisce tuttora il principale elemento distintivo fra due nozioni o impostazioni tecnico-disciplinari dell'atto introduttivo all'interno della cultura giuridica statunitense. Per così dire da sempre, infatti, mentre all'interno di questa cultura l'espressione '*fact pleading*' indica una nozione di atto introduttivo implicante (in analogia con quanto nel cosiddetto *Field Code*, e di qui anche la corrispettiva definizione di '*code pleading*') la necessaria circostanziazione degli elementi fattuali, con l'espressione '*notice pleading*' si tende invece a definire un tipo di atto privo (come appunto nella scarna conformazione del *pleading* nelle *Federal Rules*) di tale carattere essenziale²⁶.

Chiaramente, si tratta di impostazioni divergenti anche sotto altri profili. Proprio nell'agevole accessibilità in tal modo garantita alla *federal civil justice* trova qui una manifestazione del tutto evidente la coincidenza fra la filosofia complessiva delle *Federal*

²³ Così, ad es., cfr. COMMENT, *The Complaint Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 10 *Fordham L. Rev.* 1941, 253-261.

²⁴ Il testo della norma nella sua redazione è attuale reperibile, ad es., in S.C. YEAZELL, *Federal Rules of Civil Procedure (With Selected Statutes, Cases, and Other Materials)*, New York 2011, 31.

²⁵ A conferma di questo indirizzo di allontanamento dalla tradizione dei *code pleading* si veda, ad es., quanto in C.E. CLARK, *The Federal Rules of Civil Procedure*, cit., 450; per una chiara determinazione della 'nuova' filosofia degli atti introduttivi dopo l'introduzione delle *Federal Rules* cfr. soprattutto ID., *Simplified Pleading*, 2 *F.R.D.* 1943, 456 ss. (anche in *Iowa L. Rev.* 1942, n. 27, 272 ss.). Sulla configurazione dell'atto introduttivo nella disciplina di Dudley Field, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, cfr. ancora A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit.; riguardo a questo passaggio nella letteratura statunitense cfr. in particolare R.L. MARCUS, *The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 86 *Colum. L. Rev.* 1986, 439 ss.

²⁶ Riguardo a tali definizioni e alle distinte nozioni da esse implicate, v., ad es., D.M. ROBERTS, *Fact Pleading, Notice Pleading, and Standing*, in 65 *Cornell L. Rev.* 1980, 390 ss.; ancora, riguardo alla filosofia delle *Federal Rules* a tale proposito nella loro versione originaria, così come espressa dal '*principal draftsman*' Charles E. Clark, cfr. C.E. CLARK, *The New Federal Rules of Civil Procedure: The Last Phase – Underlying Philosophy Embodied in Some of the Basic Provisions of the New Procedure*, in *A.B.A.J.* 1937, 976-978.

Rules e lo ‘spirito del tempo’ rappresentato dal grande programma di aperture sociali ed economiche delle riforme roosveltiane²⁷. È a ciò che sembra collegarsi la virtuale attribuzione al *pleading* di una funzione principalmente informativa – *notice*, appunto – dell’esistenza di una pretesa. Come pure la programmatica posticipazione della chiarificazione dei fatti oggetto del *lawsuit* a una fase successiva del processo, quella di *discovery* all’interno del *pretrial*²⁸.

Sulla base di un comprensibile rispetto per questa impostazione originaria (ma forse anche in ragione di un’autentica condivisione di intenti con il legislatore del ’38) la giurisprudenza federale statunitense modula la propria interpretazione del dettato della *Rule 8 (a)(2)*. Ciò quantomeno per un periodo molto lungo di applicazione delle *Federal Rules*, e tale da coprire almeno tutta la seconda metà del secolo XX. Nella decisione del caso *Conley v. Gibson*, emessa per molti versi non casualmente a circa un ventennio dall’emanazione delle *Federal Rules* e vero *leading case* in materia per tutto il periodo indicato, la Corte suprema federale in effetti fornisce un’interpretazione ‘autentica’ della disciplina della *Rule 8(a)(2)* individuando la finalità essenziale di un *pleading* nella «*fair notice*» della pretesa e dei «*grounds upon which it rests*»²⁹. Quest’adesione allo spirito originario delle *Federal Rules* è del resto ulteriormente esplicitata nel *dictum*, ove si afferma che disciplina federale «*do not require a claimant to set out in detail the facts upon which he bases his claim*»; e inoltre soprattutto si aggiunge, come giustificazione conclusiva delle ragioni della decisione, che «*such simplified ‘notice pleading’ is made possible by the liberal opportunity for discovery and the other pretrial procedures*»³⁰.

²⁷ In questo senso, v., ad es., L. WALKER, *The End of the New Deal and the Federal Rules of Civil Procedure*, in 82 *Iowa L. Rev.* 1997, 1269 ss.

²⁸ Su questo aspetto della strutturazione delle *Federal Rules* del 1938, v., fra i molti, J.B. WEINSTEIN, *The Ghost of Process Past: The Fiftieth Anniversary of the Federal Rules of Civil Procedure and Eire*, in 54 *Brooklyn L. Rev.* 1988, 1 ss.; più di recente, riguardo a questa impostazione di generale trasferimento a una fase successiva al *pleading* (in ragione della configurazione del *pleading*) della funzione di chiarire i fatti alla base di una controversia – con un opportuno richiamo alla coerenza con tale impostazione di gran parte della giurisprudenza federale, come dimostrato dalla famosa decisione *Dioguardi v. Durning* (139 F. 2d, 2d Cir. 1944, 774) – v. A. MILLER, *From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play in the Federal Rules of Civil Procedure*, in 60 *Duke L. J.* 2010, 6 (nn. 14-18) ss.; per cenni all’elaborazione di tale approccio nel dibattito all’interno della commissione incaricata della redazione della disciplina federale del 1938 v. inoltre J.R. MAXEINER, *Pleading and Access to Civil Procedure*, cit., 1278 ss. e, per un’indagine sui fondamenti di questa filosofia dei *pleading*, v. inoltre C.M. FAIRMAN, *The Myth of Notice Pleading*, in 45 *Ariz. L. Rev.* 2003, 987. Nella prospettiva della configurazione del *discovery* come strumento di estesa e generica chiarificazione di circostanze di fatto non specificate *ex professo* in sede di *pleading*, e quindi coerente con la visione meramente *notice* attribuita appunto al *pleading*, per una citazione d’obbligo v. S.N. SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *B.C.L. Rev.* 1998, 691 ss.

²⁹ Per il testo di tale decisione cfr. 355 U.S. 1957, 41.

³⁰ Cfr. l’indicazione alla nota precedente, spec. 47; per indicazioni a tale riguardo nella letteratura italiana, v. A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss., spec. 538.

3. La recente giurisprudenza della *Federal Supreme Court* e la cosiddetta *pleading war*

a) Quest'ultimo richiamo consente di spiegare quanto *pour cause* si sia sottolineato il momento storico di emissione di questa decisione da parte della *Warren Court*. La *Supreme Court* può ancora, poco oltre la metà degli anni '50 del secolo scorso, 'ingenuamente' indicare nel *pretrial* e soprattutto nel *discovery* quella sorta di rimedio universale alle evidenti carenze di strutturazione degli atti introduttivi pensato dai legislatori federali del 1938. Fino a quel momento, infatti, non si sono ancora manifestati o comunque non sono ancora diffusamente percepiti i gravissimi problemi di funzionamento del meccanismo di *discovery* che negli anni successivi occuperanno buona parte dell'attenzione riservata dalla cultura giuridica statunitense al processo civile³¹.

Essenzialmente in ragione di ciò si può affermare che questa caratterizzazione storico-culturale, se spiega le ragioni della decisione *Gibson* ne segnala tuttavia anche l'intrinseca inadeguatezza a rappresentare una *leading case* davvero affidabile per un momento tanto travagliato quanto la successiva seconda metà del secolo XX³². Le vicende che concernono il processo civile statunitense in questo periodo sembrano caratterizzarsi essenzialmente come questioni connesse al funzionamento combinato di *pleading* e *discovery* o, più propriamente, alle loro discrasie reciproche. Invero, è proprio in ragione della configurazione delle discipline concernenti rispettivamente *pleading* e *discovery* nella versione originaria delle *Federal Rules* che tale interrelazione tende progressivamente a caratterizzarsi come problematica e inefficiente.

A una distanza di tempo ormai ragguardevole dall'iniziale percezione di tali problemi come esiziali al funzionamento del processo civile statunitense, si può oggi individuare con agevole certezza il nucleo della loro inefficienza combinata nella sostanziale indeterminatezza dell'assetto normativo. In effetti, nelle *Federal Rules* l'approccio culturale generalmente definito *liberal* – finalizzato cioè a garantire quanto più possibile l'accesso alla tutela giurisdizionale e ai suoi strumenti tecnici di realizzazione – concerne ambedue questi momenti cruciali del processo. Quanto perlomeno sintetica è la previsione dei requisiti essenziali del *pleading*, analogamente 'aperta' – nella versione originaria della *Rule* 26 e seguenti – appare la definizione dell'area del *discovery* e delle relative *request*. Il tutto in una sorta di sistema di vasi comunicanti ad accesso molto ampio e ispirato *ex professo* a una sostanziale assenza di selezione³³.

A fronte di quest'analogia e collegamento iniziali, si deve tuttavia registrare una notevole diversità di reazione ai problemi di indeterminatezza nelle discipline del *pleading* e del *discovery*. Quantomeno per tutto il XX secolo, al riguardo si può parlare di una

³¹ Riguardo al manifestarsi e, soprattutto, al diffondersi nella cultura giuridica statunitense della percezione di quanto indicato nel testo, v. ad es., come segnalazione risalente del problema dell'*abuse* sia del *discovery* sia dell'intero meccanismo processuale in ambito statunitense, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 178 ss. e 191 ss. (in particolare in merito alle prime reazioni alle tecniche di abuso).

³² In questo senso, v. E. SHERWIN, *The Story of Conley: Precedent by Accident*, in K. CLERMONT (ed.), *Civil Procedure Stories*, New York 2008, 295 ss.

³³ Nella dottrina italiana, anche per riferimenti bibliografici alla denuncia degli effetti del permanere di tale dinamica da parte della dottrina statunitense ancora a ridosso della fine del secolo XX, cfr. A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss., spec. 168 ss.

sperequazione di attenzione davvero significativa e nettamente indirizzata all'ambito del *discovery*. Una speciale attenzione che del resto appare ampiamente giustificata, specie in una prospettiva strettamente funzionale.

Occorre ricordare che nelle *Federal Rules* del 1938, per via dei limiti intrinseci di configurazione del *pleading*, al *discovery* è in effetti attribuito un ruolo di snodo cruciale sul piano della chiarificazione delle circostanze di fatto, quando non anche della definizione stessa della controversia³⁴. Ed è pertanto comprensibile che, fungendo il *discovery* da sorta di verifica cruciale rispetto all'indeterminatezza dalla stessa legge garantita in sede di *pleading*, in questa sede si siano più immediatamente palesate le principali carenze strutturali del modello di giustizia federale statunitense nella sua versione originaria. Non a caso, infatti, la principale e più immediatamente rilevata di tali carenze è quella corrispondente al complesso fenomeno dell'uso distorto della *machinery of discovery* corrispondente alle molteplici forme di *abuse of discovery* catalogate e analizzate già a partire dai primi due decenni di applicazione delle *Federal Rules*³⁵.

Da ciò consegue in buona sostanza una sorta di assorbimento dei problemi del processo civile federale nei problemi di funzionamento del *discovery*; un *overlapping* che giustifica anche la particolare urgenza degli interventi di adeguamento della disciplina in materia nella percezione diffusa di dottrina e giurisprudenza. È in questa prospettiva che non sorprende che sia in particolare centrata sulla rimodulazione della disciplina del *discovery* la riforma probabilmente più importante delle *Federal Rules*; ossia quella realizzata nel 1983. Qui appare pertanto particolarmente interessante notare lo scarto fra gli interventi che concernono il *discovery* e quelli riferiti agli atti introduttivi-*pleading*.

Mentre alla riforma della disciplina del *discovery* si procede in maniera esplicita e massiccia, lo stesso non avviene per la disciplina del *pleading*. La *machinery of discovery* subisce a partire dal 1983 – e anche in seguito – aggiornamenti che incidono direttamente sul suo assetto normativo (in particolare sulle *Rules 26* e *37*, la norma iniziale e quella finale della relativa disciplina)³⁶. Manca, per contro, qualsiasi emendamento della disciplina del *pleading*, e in particolare della già citata *Rule 8*. Anche in ragione di ciò si può ritenere che nella riforma del 1983 i problemi di generica formulazione degli atti introduttivi risultano pertanto sostanzialmente trascurati; o affrontati solo indirettamente. È quanto, in effetti, avviene attraverso una peraltro significativa riformulazione della *Rule 11* in tema di «*Signing of Pleadings*».

³⁴ Segnalazioni di questo problema nella dottrina italiana sono, ad es., già rintracciabili – anche in una prospettiva di collegamento con la *pervasiveness* della cultura *adversarial* – in M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, *Dig. disc. priv.*, sez. *civ.*, IV, Torino 1989, 59 ss. (ma, già in precedenza, ID., *Il processo civile «Adversary» nell'esperienza americana*, Padova 1979, 195 ss. e in numerosi altri lavori successivi di quest'A.).

³⁵ Si rinvia ancora ad A. DONDI, *Effettività*, cit.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 787 ss.; ID., *Case Law e filosofia degli atti introduttivi*, cit., 533 (n. 14); più di recente e in una concreta prospettiva di raffronto comparato, v. anche B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino 2004, spec. 215 ss.

³⁶ Su tale vicenda di ricognizione del problema da parte della dottrina e della giurisprudenza statunitensi nonché di messa in atto di adeguate reazioni in termini di nuovi indirizzi giurisprudenziali e di riforme normative, v., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, A. DONDI, *Effettività*, cit., 227 ss.

Pur conservando nel titolo l'originale riferimento alla doverosa sottoscrizione degli atti introduttivi da parte degli avvocati, la riforma del 1983 caratterizza la *Rule 11* essenzialmente come uno strumento di controllo della serietà di tali atti attraverso la previsione tanto di parametri di individuazione dei *baseless o frivolous pleading* quanto di specifiche sanzioni a tale riguardo. E, a dispetto di una collocazione per così dire defilata, appare indubbio il rilievo di tale previsione nell'evoluzione della cultura statunitense degli atti introduttivi di controversie civili. Attraverso l'espressa inclusione di «*allegations*» e «*other factual contentions*» fra i requisiti di un *well grounded pleading*, quello che qui si realizza è invero un oggettivo superamento dell'indeterminatezza propria della nozione di *pleading* invece esplicitamente accolta e affermata nella versione originaria delle *Federal Rules of Civil Procedure*³⁷.

Nonostante i ripensamenti e gli arretramenti che hanno in seguito interessato proprio la disciplina della *Rule 11*, questo può essere ritenuto un evento davvero cruciale nell'evoluzione del dibattito in materia. È in realtà a seguito di questo intervento sulla disciplina della *Rule 11* che il problema della qualificazione in termini di serietà e fondatezza degli atti introduttivi diventa – o ritorna a essere – centrale alla riforma del processo civile statunitense. L'elaborazione piuttosto intensa che si registra intorno a tale questione nei due decenni successivi appare invero chiaramente influenzata dal *sanctioning approach* caratterizzante la 'nuova' filosofia di riforma della *Rule 11*³⁸.

Bisogna in ogni caso aggiungere che sono anche altre le questioni che segnano l'indirizzo dell'analisi alla quale la dottrina statunitense sottopone, a cavaliere fra il XX e il XXI secolo, il problema che qui interessa. Fra esse si segnala in particolare una diffusa presa d'atto dell'impatto sullo svolgimento efficiente del processo del fenomeno della crescente complicazione di alcune categorie di controversie. In questa prospettiva, la combinatoria – spesso la sostanziale sovrapponibilità – fra uso improprio del meccanismo processuale e complessità della controversia costituisce un nucleo di questioni rispetto alle quali si tende a percepire la modalità di configurazione degli atti introduttivi come uno snodo davvero cruciale³⁹. E

³⁷ Su questa vicenda, nella letteratura italiana e per opportuni riferimenti bibliografici, v. A. DONDI, *Introduzione*, cit., spec. 98 ss.; con riguardo alla successiva riforma del 1993, per un commento molto analitico (e per una ricostruzione delle prime riforme concernenti la configurazione della *Rule 11*), cfr., ad es., J.A. PARNES, *Fines Under New Federal Civil Rule 11: The New Monetary Sanctions for the «Stop and Think Again» Rule*, in *B.Y.U. L. Rev.* 1993, 888 ss.; per una recente e ampia analisi dello stato delle cose a tale riguardo, v. J.S. SOLOVY, N.M. HIRSCH, M.J. SIMPSON, *Sanctions Under Rule 11*, Chicago 2010, spec. 115 ss.

³⁸ In uno studio risalente, per dubbie valutazioni critiche riguardo alla rigidità della *Rule 11* in quanto emblematica, nella riforma del 1983, del cosiddetto *sanctioning approach* e implicante rischi di «*chilling effect*» sul ricorso alla tutela giurisdizionale cfr. S.B. BURBANK, *Sanctions in the Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: Some Questions of Power*, in 11 *Hofstra L. Rev.* 1983, spec. 1010 ss. Sempre intorno alla *Rule 11* e al suo impatto sulla riforma complessiva del processo civile statunitense, più di recente e in chiave di riconsiderazione complessiva della vicenda, v., ad es., gli studi riuniti in *Symposium: Happy (?) Birthday Rule 11*, in 37 *Loy L.A. L. Rev.* 2004, 515 ss.; più di recente, in specifica relazione con il tema che qui si affronta e rilevando la stretta relazione fra la riforma della *rule 11* e quella – allo stato non ancora realizzata – della *Rule 8* in tema di *pleading*, cfr., B.S. SHANNON, *I Have Federal Pleading All Figured Out*, in 61 *Case W. Res. L. Rev.* 2010, 457-459.

³⁹ Con riguardo al problema della cosiddetta *complex litigation* v., ad es., A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, *passim* e, in particolare, con riferimento

non stupisce che si tenda in modo progressivo a individuare l'origine di molte discrasie del processo nel carattere *liberal* (ma anche, a seconda delle circostanze, eventualmente *loose e tentative*) del *pleading* previsto dalla *Rule 8* e seguenti delle *Federal Rules*⁴⁰.

b) Si colloca su questa linea di messa in discussione della filosofia di *notice pleading* tipica delle *Rules* l'elaborazione – o, piuttosto, l'invenzione – di nuove concezioni a questo riguardo. È in particolare il caso della nozione di *heightened pleading*. Ben presto diventata più che altro un *cliché*, in ragione del suo ricorrere molto frequente come sorta di espressione-tipo tendenzialmente indicativa di modelli virtuali di atti introduttivi molto specifici sotto il profilo della circostanziazione dei fatti, tale terminologia non sembra tuttavia avere ancora assunto un significato univoco e tecnicamente pregnante⁴¹.

È probabilmente a ciò – ossia, a tale critica diffusa ma non strutturata in proposte di riforma normativa articolate e concrete – che si può fare risalire un'attivazione del giudiziario tanto risoluta quanto, secondo l'opinione di una parte della dottrina statunitense, per molti versi azzardata. Già da qualche tempo piuttosto reattivo rispetto al problema dell'adeguatezza del *pleading* alle nuove esigenze della giustizia civile, con due decisioni molto recenti il *case law* della *Supreme Court* federale diventa in effetti il fulcro di un'accesa discussione e forse anche di una riforma normativa davvero eccezionale in quest'ambito. Occorre subito dire che appare davvero difficilmente contestabile che l'indirizzo della presa di posizione della Corte suprema statunitense con le due decisioni *Twombly* e *Iqbal*, rispettivamente del 2007 e del 2009, sia nel senso di una tale riforma e, anzi, ne ponga virtualmente le basi⁴². Del resto, a far fede dell'omogeneità sostanziale di tale indirizzo è anche un dato lessicale; ossia la circostanza che nella percezione diffusa tali decisioni costituiscono invero un binomio così inscindibile che è ormai ricorrente la loro citazione attraverso l'utilizzazione della crasi '*Tiqbal*'; e, ciò nonostante, le intrinseche

allo stretto rapporto fra gestione di controversie complesse e configurazione degli atti introduttivi all'interno dell'ordinamento statunitense, S. BURBANK, *Problemi di complessità nell'attuale pratica civilistica statunitense – Una iattura o una benedizione*, ivi, 43 ss.; sulla questione, già da tempo evidenziata nella nostra dottrina (ad es., A. DONDI, *Introduzione*, cit., 157), v. anche, di recente, C. GAMBA, 'Standards' di decisione e complessità dei fatti, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 136 ss. In una letteratura statunitense davvero vastissima, per un esempio di analisi di tale interrelazione, v. E.D. CAVANAGH, *Pleading Rules in Antitrust Cases: A Return to Fact Pleading?*, in 21 *Rev. Litig.* 2001, 1 ss.

⁴⁰ Così, fra i molti con particolare chiarezza a tale specifico riguardo, G.C. HAZARD, *From Whom No Secrets are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 1665 ss.; ID., *Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*, in 137 *U. Pa. L. Rev.* 1989, 2237 ss. Ma già in precedenza v. J. RESNIK, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, in 53 *U. Chi. L. Rev.* 1986, spec. 503 ss. e, in particolare, R.L. MARCUS, *The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure*, cit.

⁴¹ Per un richiamo d'obbligo v., C.M. FAIRMAN, *Heightened Pleading*, in 81 *Tex. L. Rev.* 2002, 551 ss.; più di recente, con accenti critici riguardo al ricorso generalizzato a tale prospettiva, A.A. REINERT, *The Costs of Heightened Pleading*, in 86 *Ind. L. J.* 2011, 119 ss.

⁴² Fra le molte possibili citazioni a tale proposito, v., ad es., A.R. MILLER, *From Conley to Twombly to Iqbal*, cit., 1 ss.; R.N. KILARU, *The New Rule 12 (b) (6): Twombly, Iqbal, and the Paradox of Pleading*, in 62 *Stan. L. Rev.* 2010, 905 ss.; C.B. CAMPBELL, *Elementary Pleading*, in 73 *La. L. Rev.* 2013, 325 ss.

diversità reciproche fra le due sentenze, a tutti gli effetti macroscopiche e non solo per le materie trattate⁴³.

In una prospettiva comparata, sono in ogni caso soprattutto alcuni aspetti del *dictum* contenuto nella decisione *Twombly* a risultare particolarmente suggestivi. E ciò essenzialmente sotto i due profili dello *standard* di circostanziazione dei fatti all'interno di un *pleading* e del rapporto fra l'impostazione della disciplina di tali atti – in sostanza e di nuovo la loro configurazione normativa rispetto alle modalità di «*assertion that a certain occurrence took place*» – e la concreta efficienza relativa del meccanismo di *discovery*⁴⁴. Per quanto, come noto, anche alcuni riferimenti ad altre questioni caratterizzino la decisione *Twombly*, questo appare il suo vero nucleo innovativo; oltre che al contempo l'ambito nel quale si manifestano le sue principali carenze nell'elaborazione di una diversa e più solida *philosophy of pleading*.

Ciò accade in particolare con riguardo all'individuazione dello *standard* di circostanziazione che in tale decisione la *Supreme Court* intende contrapporre alla previsione della *Rule 8* e, soprattutto, alla sua precedente elaborazione giurisprudenziale da parte della stessa *Court* nel caso *Gibson*. Il nucleo concettuale dell'*overruling* che *Twombly* realizza è essenzialmente incentrato sull'individuazione in *Gibson*, in stretta coerenza con l'accoglimento di una mera funzione di *notice* della pretesa, di un *pleading standard* fattuale limitato a «*some facts*» (con il conseguente condizionamento del successo di una *motion to dismiss* all'impossibilità *tout court* per l'attore di «*prove no set of facts in support of his claim*»)⁴⁵. A questa nozione iper-semplificata e per certi versi anche rassicurante di *pleading* la decisione del 2007 contrappone una nozione ispirata a esigenze di maggior articolazione dell'atto introduttivo; e ciò, piuttosto che nella forma di una «*blanket assertion*» come nella visione precedente, segnatamente nella forma della richiesta presenza di un «*showing [...] of entitlement to relief*»⁴⁶.

Anche al di fuori della dottrina statunitense è stato rilevato come in *Twombly* la drastica *departure* dai parametri della decisione *Gibson* trovi fondamento in una visione della realtà del processo radicalmente diversa, e rispetto alla quale viene qui realizzato il tentativo del tutto apprezzabile di un sostanziale adeguamento del meccanismo processuale⁴⁷. Forse anche in ragione del carattere di *antitrust case* della controversia di derivazione, nel

⁴³ La crasi nel testo compare, ad es., in S. DODSON, *New Pleading in the Twenty-First Century – Slamming the Federal Courthouse Doors?*, New York 2013, 79, 89, 96 e *passim* (anche in Id., *Pleading and the Litigation Marketplace*, in *Judicature* 2015, n. 99, reperibile sul sito http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1462; v. anche A.B. SPENCER, *Pleading and Access to Civil Justice: A Response to Twiqbal Apologists*, in 60 *U.C.L.A. L. Rev.* 2013, 1710 ss.

⁴⁴ Si rinvia ad A. DONDI, *Case law e filosofia*, cit., 536 e n. 25 ss.

⁴⁵ Cfr. 355 *U.S.* 1957, 46-47; al riguardo, in una vasta letteratura della quale viene ampiamente dato conto, v., ad es., S. DODSON, *New Pleading in the Twenty-First Century*, cit., 26 ss., 133 ss.

⁴⁶ Cfr. per il testo della decisione *Twombly*, 550 *U.S.* 2007, 555 (n. 3); al riguardo v., ad es., A.B. SPENCER, *Understanding Pleading Doctrine*, in 108 *Mich. L. Rev.* 2009, 11; Id., *Plausibility Pleading*, in 49 *B.C.L. Rev.* 2008, 477 ss.

⁴⁷ Per riscontri della vasta eco di tale circostanza anche al di fuori (o parzialmente al di fuori) del dibattito nella dottrina statunitense v., ad es., A. GIDI, *Twombly e Iqbal: il ruolo della civil procedure nello scontro politico-ideologico della società statunitense*, in *Int'l Lis.* 2010, 104 ss. e, anche, S. DALLA BONTÀ, *La Suprema Corte statunitense generalizza l'onere di specificità dell'atto introduttivo (complaint): da Twombly (2007) a Iqbal (2009)*, *ivi*, 94 ss.

dictum di *Twombly* appare del tutto chiaramente evidenziato come il principale elemento caratterizzante l'odierna realtà del processo consista nella sua complessità, e nel declinarsi di tale elemento in diversi gradi di complessità a loro volta grossomodo corrispondenti a diverse categorie di controversie giudiziali⁴⁸. Si può anzi ritenere questa la vera occasione – forse anche la vera *ratio* – della decisione; essendo, infatti, dalla constatazione dell'estrema complicazione del panorama del processo civile e dalle diverse esigenze di adeguata diversificazione del meccanismo processuale che la *Supreme Court* perviene a elaborare in *Twombly* non solo un rinnovato *pleading standard* ma quella che, quantomeno nell'intenzione della *Court*, si può considerare a tutti gli effetti una nuova *theory of pleading*.

Occorre rilevare che, tuttavia, sono proprio i criteri di determinazione di tale teoria a porre i maggiori problemi. Il che accade in particolare con riguardo ai parametri di riferimento individuati in *Twombly* come essenziali a implementare l'esplicitazione della legittimazione alla tutela (ossia, il già citato «*showing ...of entitlement*»). Come in altre decisioni cruciali della *Supreme Court* – ne è un esempio emblematico quella del caso *Daubert* in tema di *expert witness testimony* – anche qui l'elaborazione di una *new theory* viene attuata essenzialmente attraverso il ricorso a espressioni-tipo, come in questo caso quelle di «*enough factual matter*» e soprattutto di «*plausibility*»⁴⁹.

Con notevole frequenza, nelle numerose critiche rivolte all'attribuzione al termine «*plausibility*» della funzione virtualmente taumaturgica di riassetare la fase introduttiva del processo civile statunitense, si è invero rilevato il carattere pressoché tautologico del *dictum* di *Twombly* a questo riguardo. Ad apparire generica e pressoché oscura è in particolare l'utilizzazione pratica del cosiddetto *plausibility standard*, dal momento che nella decisione ci si limita ad attribuire ai giudici il potere/dovere di valutare il suo raggiungimento – ossia, in altri termini, l'esistenza o non di «*factual sufficiency*» – esclusivamente in base alla loro «*judicial experience and common sense*»⁵⁰. Nonostante l'oggettiva assenza di altri parametri e la sostanziale scarsità di articolazione interna possa far apparire ancora incerta e quasi *tentative* la scelta della Corte Suprema in questa decisione, è comunque in fatto che la solidità dell'indirizzo avviato con *Twombly* trova tuttavia conferma successiva. Con la decisione *Iqbal* del 2009, tale linea è in effetti non solo confermata ma – attraverso l'esclusione delle allegazioni «*conclusory*» dal «*sufficient factual matter*» da sottoporre al *plausibility test* – rafforzata ed estesa a tutte le categorie di controversie civili⁵¹.

⁴⁸ Al riguardo v. ancora A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi*, cit., 531.

⁴⁹ Riguardo a tale elaborazione, fra i molti, in chiave critica, v. K.M. CLERMONT, S.C. YEAZELL, *Inventing Tests, Destabilizing Systems*, in 95 *Iowa L. Rev.* 2010, spec. 846; con aperture alla necessità di una trasformazione, S. DODSON, *Pleading Standards After Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, in 93 *Va. L. Rev.* 2007, 140.

⁵⁰ Così, ad es., v., fra i molti, S.B. BURBANK, *Pleading and the Dilemmas of Modern American Procedure*, in 93 *Judicature* 2009, 109 ss.

⁵¹ Cfr. *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 2009, 662; in tema, v. ancora K.M. CLERMONT, S.C. YEAZELL, *Inventing Tests, Destabilizing Systems*, cit., 837; R.W. CAMPBELL, *Getting a Clue: Two Stage Complaint Pleading as a Solution*, cit., spec. 1213 ss.

4. La questione-*discovery*: dibattito dottrinale e prospettive di riforma del modello statunitense

Come si è accennato, un ulteriore elemento – invece del tutto trascurato in *Iqbal* – caratterizza come di particolare importanza la giurisprudenza di *Twombly*. Si tratta del rilievo attribuito al raccordo funzionale fra *pleading* e *discovery*, e dell'apprensione qui espressa con grande determinazione e chiarezza circa le effettive *chances* di funzionamento della *machinery of discovery* in assenza di una diversa configurazione del *pleading*. È a questo riguardo che, ben diversamente che per l'elaborazione di una nuova *theory of pleading* (a tutti gli effetti debole quanto a formulazione e contenuto), in *Twombly* sono evidenziate questioni non agevolmente superabili; e in particolare, nonostante la pluridecennale elaborazione della nozione di *managerial judge*, la realtà di uno scarso *judicial control* sul *discovery*⁵². Come icasticamente indicato da affermazioni come «*we cannot detect what we cannot define, we cannot define abusive discovery except in theory because in fact we lack essential informations*» a essere tanto vigorosamente attestata è l'impossibilità concreta per il giudiziario di reagire al fenomeno dell'*abuse of discovery* in assenza di atti introduttivi che impongano la chiara indicazione dei fatti a loro sostegno⁵³.

Bisogna dire che, se non del tutto trascurata, tale prospettiva permane piuttosto marginale rispetto al dibattito che da subito investe questo nuovo indirizzo della *Supreme Court* con un'asprezza tale da essere stato definito icasticamente *pleading war*⁵⁴. I contrasti in sede dottrinale risultano invero particolarmente netti con riguardo sia al carattere quantomeno anomalo di una modificazione della normativa processuale realizzata dalla Corte suprema federale del tutto tralaticciamente, e nel sostanziale disprezzo del complesso e tradizionale meccanismo di riforma normativa, sia ai problemi di *chilling effect* (ossia di sostanziale limitazione delle *chances* di accesso alla tutela giurisdizionale) oggettivamente connessi all'abbandono dell'approccio *liberal* tipico della configurazione come *notice pleading* dell'atto introduttivo⁵⁵. È, in effetti, essenzialmente intorno a queste due questioni che impostazioni ideologiche opposte, e comunque diverse visioni della funzione del pro-

⁵² Si rinvia alle indicazioni nella n. 44, *supra*.

⁵³ Nel senso di tale collegamento anche in prospettiva di riforma, v. S. DODSON, *New Pleading, New Discovery*, in 109 *Mich. L. Rev.* 2010, 53 ss.; riguardo alle frasi riportate nel testo, v. A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi*, cit., 534.

⁵⁴ L'utilizzazione di tale definizione è, ad esempio, rintracciabile in R.L. MARCUS, *The American Pleading Wars*, in corso di pubblicazione.

⁵⁵ In questo senso, in una vasta letteratura, v., ad es., A.B. SPENCER, *The Restrictive Ethos in Civil Procedure*, in 783 *Geo. Wash. L. Rev.* 2010, 53 ss.; ID., *Iqbal and the Slide Toward Restrictive Procedure*, in 11 *Lewis & Clark L. Rev.* 2010, spec. 192 ss.; segnala una posizione meno preoccupata di tali possibili conseguenze J.R. MAXEIMER, *Pleading and Access to Civil Procedure: Historical and Comparative Reflections on Iqbal*, cit., 1285 ss.; per uno studio che tiene conto di tali prospettive in combinatoria con altri problemi del momento presente nonché dell'utilità di una prospettiva di riforma delle discipline processuali, v. R.L. MARCUS, *Procedure in a Time of Austerity*, in 3 *Int'l J. of Procedural Law* 2013, spec. 146 ss. (per una segnalazione risalente di tale fenomeno nella letteratura italiana, con prevalente riferimento agli effetti possibilmente derivanti dalla drasticità della riforma del 1983 della *Federal Rule* 11, v. inoltre A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 101 ss.).

cesso, pervengono a scontrarsi pur manifestando una comune aspirazione alla trasformazione dell'assetto esistente⁵⁶.

In una prospettiva esterna, e prescindendo dalle dure contrapposizioni in dottrina, la vicenda qui sinteticamente accennata consente di formulare in ogni caso una constatazione di base riguardo alla situazione statunitense. In tale ambito – del resto in linea con un *case law* federale e statale pressoché uniformemente favorevole alla nuova giurisprudenza della *Supreme Court* – trova ampio quanto sostanzialmente facile riconoscimento la necessità di pervenire in tempi brevi alla riformulazione della disciplina del *pleading* nelle *Federal Rules*⁵⁷. E questo dato costituisce una premessa ovviamente essenziale per l'effettiva riforma della qui più volte citata *Rule 8*. E sembra anche agevole prevedere su questa base che l'indirizzo di tale riforma non potrà che segnare l'abbandono della filosofia del *notice pleading*, quantomeno come concezione fondante la nozione di base di atto introduttivo nel processo civile statunitense; nozione, in quanto tale, da ritenersi generalmente valida e applicabile a ogni tipo di controversia.

Appare anche prospettabile che la configurazione di un futuro *new pleading* statunitense debba implicare un significativo *departure* dalla tradizione. In altri termini, l'evoluzione in corso non sembra preludere né potersi risolvere *tout court* nel recupero di un'altra e più risalente tradizione, quale appunto quella del *fact pleading* come omologa alla nozione di *code pleading* di derivazione ottocentesca⁵⁸. Invero, come segnalano recenti prese di posizione della dottrina statunitense più avvertita, il risultato disciplinare di una nuova concezione di *pleading* (*new pleading* appunto) appare inscindibile dall'obiettivo di garantire al giudice – già sulla base degli atti introduttivi – un effettivo «*embracing case management*». In tale prospettiva ritorna l'attribuzione di un ruolo fondamentale, per il corretto inquadramento della disciplina degli atti introduttivi, alle esigenze di buon funzionamento del meccanismo di *discovery*; posta la sua fondamentale utilità specie nei cosiddetti *complex* o *problem lawsuit* oltre che, per converso, anche ai fini di limitare i costi delle controversie meno complesse. È in relazione ai problemi di gestione delle controversie complesse che si registrano proposte come la prospettazione di «*targeted rules*», ossia di normative *ad hoc* caratterizzate da una circostanziazione dei fatti doverosamente precisa ed esaustiva già in sede di *pleading* e sottoposta da subito a un controllo diretto del giudice anche finalizzato alla riformulazione degli atti introduttivi⁵⁹.

Tale trasformazione sembrerebbe oltretutto coincidere oggi con un mutamento di prospettiva culturale molto radicale e profondo all'interno della cultura giuridica statunitense. Si tratta a tutti gli effetti di un nuovo approccio, implicante anche ricorrenti e vivaci

⁵⁶ Per serie analisi delle contrapposizioni culturali che hanno caratterizzato il percorso della riforma del processo civile statunitense, v., ad es. R.L. MARCUS, *Not Dead Yet*, in 61 *Okla. L. Rev.* 2008, spec. 299 ss.; ID., *Modes of Procedural Reform*, in 31 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 2008, spec. 166 ss.

⁵⁷ Ricontri a livello di giurisprudenze statali sono rintracciabili, ad es., in K. PETROSKI, *Iqbal and Interpretation*, in 39 *Fla. St. U. L. Rev.* 2012, 417 ss.; A. TODRES, *9(B) or Not 9(B)? That is the Question: How to Plead Negligent Misrepresentation in the Post-Twombly Era*, in 82 *Fordham L. Rev.* 2013, 1447 ss.; J.A. SEINER, *Plausibility and Disparate Impact*, in 64 *Hastings L. J.* 2013, 287 ss.

⁵⁸ Così, ad es., S. DODSON, *New Pleading in the Twenty-First Century*, cit., 172 ss.

⁵⁹ In questo senso v. ancora S. DODSON, *New Pleading in the Twenty-First Century*, cit., 157.

sguardi all'esterno dei confini nazionali (con particolare attenzione alle riforme realizzate proprio in questo settore in Inghilterra ma anche in ordinamenti di *civil law*, come quello tedesco)⁶⁰.

Questa evoluzione e le sue probabili conseguenze anche sul piano di una futura riforma normativa negli Stati Uniti sembrano per converso consentire soprattutto una constatazione di fondo riguardo alla situazione italiana. Che consiste nel rilevare e ammettere che su questo versante lo iato appare particolarmente ampio. Con riguardo alla riconsiderazione dell'assetto e della funzionalità degli atti introduttivi in una prospettiva di riforma del processo civile in Italia, occorre ribadire quanto si rilevava all'inizio. Nel contesto italiano non si registra al momento né un interesse analogamente finalizzato né una mutazione simile a quella in corso su di un piano per così dire metodologico e culturale nella cultura giuridica statunitense. È anche ovvio che si possa invocare a giustificazione di ciò l'assenza dello stimolo esercitato sul problema del *pleading* negli Stati Uniti dalle questioni di efficiente funzionamento di meccanismi come quello di *discovery*, in effetti assenti nell'ordinamento italiano. Ma tale rilievo, specie a fronte della necessità da molti ribadita di introdurre anche nell'ordinamento italiano meccanismi di chiarificazione dell'oggetto della controversia simili al *discovery* statunitense, sembra soprattutto segnalare un quasi perverso piacere di conservare uno *status quo* decisamente pernicioso.

⁶⁰ Come segnalazione e indice di tale prospettiva v., ad es., S. DODSON, *Comparative Convergences in Pleading Standards*, cit., 441 (e i rinvii bibliografici alla n. 3); G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L. J.* 2006, 59 ss.

27. THE MAKESHIFT ITALIAN CLASS ACTION: SOME HINTS*

CONTENTS: 1. A long-unanswered, widespread request. – 2. Cultural and normative models from abroad. – 3. Technical drawbacks of the class action in Italy. – 4. Non-existent case law and little on the horizon. – 5. Some final remarks.

1. A long-unanswered, widespread request

The attempt to grant protection to collective needs and rights notoriously belongs to the development of legal culture in the 20th century¹. Transforming these need into collective actions has been the solution generally envisaged, whether this process goes by the name of class actions, group litigation, *action de groupe*, *ações civis publicas*, consumer cases, or something else². In continental Europe – as well as in South America, where the Brazilian experience is a key example – these sorts of problems have basically been approached with the aim of granting and strengthening the protection of consumers when a class action comes before a judge³.

In about the last ten years, this trend has also been followed by the Italian legislator, but with many deficiencies and limitations, as this article will try to stress⁴.

In fact, the first legal provision on class actions in Italy only dates back to 2007.

Conceived as an amendment – art. 140-*bis* – to the Consumer Code, the enactment of this provision has introduced collective actions for damages, preferably to be organized

* Questo scritto è stato pubblicato in 7 *I.J.P.L.* 2017, 5-15. This article reproduces the text with additional notes of a class given in Venice on 12 June 2016 at the Vanderbilt Law School – Vanderbilt in Venice Summer 2016 Courses. For the editing of text and footnotes the author is extremely grateful and greatly indebted to Dr. Marco D'Agostini of the University of Genoa.

¹ In this regard, among Italian scholars, see especially: A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova 1996; M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 530; L.P. COMOGLIO, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 323. Notoriously, among American scholars, see L.M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven, London 2002, 350, 360, 365; S.C. YEAZELL, *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, in 77 *Colum. L. Rev.* 1977, 866.

² For a recent comparative analysis of these problems, A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano 2015, 321-341.

³ With reference to the Brazilian experience: A. GIDI, *Class Action in Brazil. A Model for Civil Law Countries*, in 51 *Am. J. Comp. L.* 2003, 311; A. PELLEGRINI GRINOVER, A. MENDES, K. WATANABE (eds.), *Direito processual coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo 2007, 11.

⁴ For a complete insight of the Italian road to class action see: A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, 191-235. Almost simultaneously and quite justifiably expressing on the whole similar assessments see: R. CAPONI, *Italian 'Class Action' Suits in the Field of Consumer Protection: 2016 Update*, in <http://globalclassactions.stanford.edu/content/update-italian-consumer-class-actions>.

by consumer associations⁵. This rule did not become effective until 2010 (and it has subsequently been slightly amended by a further provision in Law no. 27 of 2012)⁶.

The significant passage of time between this rather new Italian experience with the protection of collective rights and the American class action speaks for itself. Hence, a comparison with Federal Rule 23 may appear banal and of little interest⁷.

Indeed, the length of time between the enactment of the two measures in fact makes it impossible to fully compare procedural tools that operate in inevitably different situations and, in the case of the American class action, that have also undergone a long and thoroughly transformative experience in practice⁸. Nothing similar to the American debate concerning the «*end of class action*» could ever be part of the Italian discussions on what we are approaching here⁹. Understandably so, since at least so far there is nothing in Italy that even slightly resembles the American *Concepción* or *Wal-Mart* case law¹⁰.

2. Cultural and normative models from abroad

Notwithstanding these considerations, the absolute dominance of the American model in this context seems in any event undeniable¹¹. It cannot be forgotten that despite – or even because of – its many deficiencies, the fundamental model for the Italian class action has

⁵ With reference to the plaintiff in the Italian class action see again A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., 226-229; S. CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in S. CHIARLONI, P. FLORIO (eds.), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino 2005, 385; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 707.

⁶ See G. PRINCIPE, *Italian Class Actions. An Update (2012)*, in [http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Italian %20Class%20Actions%20Principe.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Italian%20Class%20Actions%20Principe.pdf).

⁷ Among Italian scholars' reference has to be made especially to A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, cit., *passim*.

⁸ See R.G. BONE, *Walking the Class Action Maze: Toward a More Functional Rule 23*, in 46 *U. Mich. J. Law Reform* 2013, 1097.

⁹ See B. FITZPATRICK, *The End of Class Action?*, in 57 *Ariz. L. Rev.* 2015, 161; L.S. MULLENIX, *Ending Class Action as We Know Them: Rethinking the American Class Action*, in 64 *Emory L. J.* 2014, 399; M. CARROLL, *Class Action Myopia*, in 65 *Duke L. J.* 2016, 843; D. FISHMAN, *Make Him an Offer He Can't Refuse: the Concerning Practice that Effectively Ends Collective Litigation and How to Fix (Without the Supreme Court)*, in 36 *B.C.J.L. & Soc.* 2016, 91; M. GILLES, *The Day Doctrine Died: Private Arbitration and the End of Law*, in 1 *U. Ill. L. Rev.* 2016, 371; B.D. COLEMAN, *The Efficiency Norm*, in 56 *B.C.L. Rev.* 2015, 1777.

¹⁰ With reference to the *Concepción* case, see, e.g., J. DAWSON, *Contract After Concepcion: Some Lessons from the State Courts*, in 124 *Yale L. J.* 2014, 1. With reference to the *Wal-Mart* case, see, e.g., M. GALLO, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes: The Fatai Class Action Suit*, in *The Digest National Italian American Bar Association Law Journal* 2012, 69; P. BRONTE, G. ROBOT, D.M. WILLIAMS, *Symposium: Class Action Rollback? Wal-Mart v. Dukes and the Future of Class Action Litigation: Twenty-Second Annual DePaul Law Review Symposium: Article: 'Carving at the Joint': the Precise Function of Rule 23(c)(4)*, in 62 *De Paul L. Rev.* 2013, 745.

¹¹ See E.F. SHERMAN, *Group Litigation Under Foreign Legal Systems: Variation and Alternatives to American Class Actions*, in 52 *De Paul L. Rev.* 2002 401.

inevitably been Federal Rule 23¹². But this very relationship with the American provision on class actions highlights the drawbacks of the Italian *azione di classe*, so poorly established in art. 140-*bis* of the Italian Consumer Code¹³.

Assuming that something ought nevertheless to be said at the outset, although very superficially, about the European approach to the adoption of forms of private enforcement of this kind.

Put bluntly, forms of group litigation as opposed to the more traditional public enforcement – hence involving at least a partial movement away from a centralized structure – have for a long time notoriously been philosophically troublesome to Europeans¹⁴. Accordingly, as perverse as this may appear, in continental Europe such an option has been seen as sort of chaotic, and far from the reassuring effect derived from ‘modern’ simplification of the reality typical of the European codes, civil as well as procedural¹⁵.

Cultural tastes aside, it is undeniably true that such an approach rests on basic and fundamentally technical divides. An American-style class action system would require the strengthening of managerial and punitive judicial powers. This, however, is something that is still troubling, if not repulsive, to the majority of European lawyers, in spite of the strong opposition of many scholars promoting a more liberal approach¹⁶.

Both a demonstration and a consequence of this is the absence in many European procedural systems of a machinery of discovery, together with managerial and punitive powers on the part of the judge¹⁷. Furthermore, another obstacle that is not easy to overcome is the current absence in Europe of a contingency fee system for plaintiffs’ lawyers, allegedly based on the conception of the lawyer’s role as essentially ‘technical’¹⁸.

Nevertheless, these problems and obstacles have not prevented the class action from arriving in Europe in the course of the last ten years. Among these attempts to adopt the American-style class actions, the Italian experience can all in all be considered a very typical example of such a legal transplant¹⁹. In fact, the Italian disposition concerning the

¹² In the Italian doctrine, e.g., M. BOVE, *Azione collettiva: una soluzione lontana dalle esperienze straniere più mature*, in *Guida dir.* 2008, IV, 11.

¹³ In this respect, see A. DONDI, *On Some Drawbacks in the Italian Road to Class Action*, in *ZZP Int.* 2007, 13.

¹⁴ See R. NASHI, *Italy’s Class Action Experiment*, in 43 *Cornell Int. L. J.* 2010, 147.

¹⁵ See M. TARUFFO, *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, in 11 *Duke J. Comp. & Int’l L.* 2001, 405.

¹⁶ See A. DONDI, *On Some Drawbacks in the Italian Road to Class Action*, cit., 17-18.

¹⁷ See in this respect M. TARUFFO, *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, in N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino 2005, 217; A. DONDI, *Crise récente de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès*, in *R.R.J.* 2006, 2351.

¹⁸ See R.H. UNDERWOOD, *Legal Ethics and Class Actions: Problems, Tactics, and Judicial Responses*, in 71 *Ky. J. J.* 1983, 804; J.R. MACEY, G.P. MILLER, *The Plaintiff’s Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation. Economic Analyses and Recommendations for Reforms*, in 58 *U. Chi. L. Rev.* 1991, 1.

¹⁹ See E. SILVESTRI, *The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions*, in 35 *Revista de Processo* 2010, 99.

azione di classe establishes an apparently daring class action regime for damages²⁰. However, to make a long story short, it is time to have a look at the actual normative contents of art. 140-*bis* in order to evaluate its virtual or real effectiveness.

3. Technical drawbacks of the class action in Italy

From a strictly structural point of view, according to the 2012 version of art. 140-*bis* as well as class actions as provided for in Federal Rule 23, Italian *azione di classe* proceedings follow a two-stage procedure. Broadly speaking, this is characterized by an ‘admissibility stage’ and a ‘merits stage’²¹.

The filing of a complaint is in fact an indispensable step in initiating a lawsuit also according to the Italian class action regime. Such a complaint must be filed with the civil court of the regional capital in which the defendant (in this case *ex lege* a company) resides. A complaint to be conceived according to the provisions of art. 163 of the Italian Code of Civil Procedure, similarly to Federal Rule 8, a very poorly fledged rule as to the specification of the factual circumstances on which the case is based²².

Furthermore art. 140-*bis* provides that the ‘typical parties’ of an Italian class action are restricted to: on the plaintiffs’ side, consumers with homogeneous interests and acting through consumer associations as their representatives; and on the defendants’ side, private companies and corporations. The same norm finally provides that a defendant company may only be sued for the following reasons: (a) breach of contract; (b) unfair commercial practices; and (c) product or service liability (such as the rendering of services, a widening provision added in 2012)²³.

From this, and returning to the normative construction of the Italian *azione di classe*, it can be seen that there are many drawbacks to this very busy initial phase²⁴.

Therefore, we should primarily note that, while apparently similar to the American class certification structure, in reality this stage is hugely different. A crucial element in this regard is undoubtedly the absence in practice of the four prerequisites for a class action set out in Federal Rule 23(a), namely numerosness, commonality, typicality and representativeness. Instead, the Italian judge only has to establish: (a) the homoge-

²⁰ See R. NASHI, *Italy’s Class Action Experiment*, cit., 151: «the new Italian class action regime that went into effect in January 2010 is the boldest step in the European Union movement to enforce consumer protection laws through group litigation devices».

²¹ The adjective «biphasic» is used in M. BOVE, *La trattazione nel processo civile di classe*, in *Giusto proc. civ.* 2011, 83-87 and as well in A.D. DE SANTIS, *Azione di classe a tutela del consumatore*, in *Libro dell’anno del diritto* 2012, Roma 2012, 6. See also G. COSTANTINO, *Azione di classe ai sensi dell’art. 140-bis del Codice del Consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, in *Diritto econ. Ass.* 2010, 1130.

²² Concerning the practical inadequacy of this provision for at least virtual complex cases as the class action cases, see A. DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 259.

²³ See A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 595; R. DONZELLI, *L’azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli 2011, 207-208; C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L’azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova 2012, 66-94.

²⁴ See M. DE CRISTOFORO, *L’azione collettiva risarcitoria ‘di classe’: profili sostanziali e processuali*, in *Resp. civ. prev.* 2010, 1932.

neity of the group, and (b) the existence of adequacy of representation on the part of the lead plaintiff²⁵.

Furthermore, art. 140-*bis* lacks any reference whatsoever to the typology of class action cases, unlike the one provided for in Federal Rule 23(b), which also heavily deals with the procedural management of these cases²⁶. This fact makes plain how unstructured the whole system of the Italian *azione di classe* is. What follows will make this still plainer.

In this initial stage, the opt-in model of participation (or of acquiring membership) in the lawsuit, which is definitely a crucial characteristic of the Italian class action, also comes into play²⁷. The use of such a model of participation is further indicative of how limited in scope the whole group litigation system is. Directly deriving from this is the obvious fact that any future judgment in the case will solely affect those damaged parties who have opted in. And this with the further consequence of the widespread social perception of the same *azione di classe* as definitely being an inefficient model of redress²⁸.

The 'merits stage' would of course be of evaluative importance, were it actually to happen in the practice. However, as will be mentioned in the following section, case law related to the *azione di classe* is practically non-existent. On the other hand, the intrinsic inefficiency in the system is also obvious, essentially due to a huge lack of judicial managerial powers. While in fact the law provides (although quite generically) for the simplification of 'any superfluous formality' related to *azione di classe* proceedings, the same law does not grant the judge effective punitive powers aimed speeding up these sorts of lawsuits²⁹.

There are, however, ample reasons for such structural inadequacy, for instance, and as stressed above and subsequently: the current absence of a system of discovery in Italian civil procedure; the reluctance of Italian legal culture until very recently to recognize and fully apprehend a notion like that of a 'complex case'; as well as many other basic features of the Italian legal system³⁰. Therefore, there will not be anything overly surprising about the following final remarks on the functioning of the Italian model of class actions in actual legal practice.

²⁵ With regard to the homogeneity requisite see G. CONTE, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.* 2011, 609. In general, regarding the Italian courts' control, see I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.* 2010, 349.

²⁶ Regarding the misleading reference to the American class action see M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 118-120; see also E. SILVESTRI, *The Difficult Art of Legal Transplants*, cit., 99.

²⁷ In this regard, C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello 'opt-in' anziché quella danese dello 'opt-out' e il filtro ('L'inutil precauzione')*, in *Corr. giur.* 2008, 5.

²⁸ C. HODGES, *Collective Redress in Europe: The New Model*, in *C.J.Q.* 2010, 370.

²⁹ On the lack of any superfluous formality provided for by the Italian lawmaker see M. BOVE, *La trattazione nel processo civile di classe*, in *Giusto proc. civ.* 2011, 83-87.

³⁰ In this regard A. DONDI, *Of Some Drawbacks in the Italian Road to Class Actions*, in *ZZP Int.* 2007, 13.

4. Non-existent case law and little on the horizon

The reason why, at least for the time being, the Italian class action procedure has ended up in failure is most probably to do with the 'empty box' character of the provisions in the over-long art. 140-*bis* of the Italian Consumer Code. Of course, it would be wrong to overlook the fundamental role played by the above-mentioned European cultural cautiousness towards class actions or collective actions in general. The mingling of these two elements has been the basic reason for this failure³¹. Trying to reach a more detailed explanation of this phenomenon is like trying to answer a question that is at the same time self-explanatory and impossible to answer.

Consider for example the combination of the above-mentioned absence in the Italian legal culture of a contingency fees system with the opt-in model of the Italian class action. Because the amount of damages is calculated based only on the number of class members who have opted in, from an economical point of view there will be little interest for even a small law firm in acting on behalf of a class action member and hence taking a class action lawsuit³².

This not to mention the further problems caused by the absence of a punitive damages system in Italy. In practice this simply there is little or no chance an Italian class action involving large sums of money³³. Moreover, it is not by chance that there are practically no examples of cases filed by lead members other than consumer associations, given that these qualified entities and institutions have much easier access to law firms and consulting, at least as prospective clients³⁴.

Although there is no official and specific registry for lawsuits like the *azioni di classe*, the numbers show this all quite blatantly. So far, no more than about twenty class actions have been filed (the largest Italian database reports only seventeen decisions). The vast majority of these have been dismissed at the admissibility (*i.e.* certification) stage³⁵. Five

³¹ On the resistance against group litigation especially in continental Europe see M. TARUFFO, *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, cit., 413-417 and F. CARPI, *Some Observations on the Current Trends of the Class Actions in Civil Law Countries*, in *IJPL* 2012, 368-369. With specific reference to the French and German reluctance towards the class action, see A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., 164-168.

³² In connection with the need to introduce specific provisions regarding attorney fees in the *azioni di classe* context, see A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., 595; accordingly E. SILVESTRI, *Italy*, in D.R. HENSLEY, C. HODGES, M. TULIBACKA (eds.), *The Globalization of Class Action*, in 622 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphia 2009, 145; and more recently P. COMOGLIO, *L'azione di classe: valutazioni di efficienza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2012, 1131-1133.

³³ On lawyers' role in the American class action see M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., 112; F. BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, in *Corr. giur.* 2011, 14; P. COMOGLIO, *L'azione di classe*, cit., 1131-1133.

³⁴ In this respect, see E. SILVESTRI, *Cultural Dimension of Group Litigation Italy*, in *International Association of Procedural Law's Moscow Conference Paper*, 18-21 September 2012, 4.

³⁵ See, e.g., *Codacons v. Voden Medicae Instruments S.p.A.*, Tribunale di Milano, 20 dicembre 2010; *Codacons v. BAT Italia S.p.A.*, Corte d'Appello di Roma, 25 gennaio 2012; *O. De Z. v. Quadrifoglio Servizi Ambientali Area Fiorentina S.p.A.*, Corte d'Appello di Firenze, 14 dicembre 2011.

have been declared admissible³⁶. And just three have been decided at the merits stage³⁷. To date, a large proportion of these lawsuits have concerned unfair practices allegedly carried out by Italian banks against clients, mainly through overcharging of fees³⁸.

In the near future, a possible new avenue for development of class actions in Italy could be offered by the so-called 'Diesel-Gate' (*i.e.* the scandal and case law derived by the misuse of data concerning air pollution allegedly perpetrated by the Volkswagen Group), but it is still too early to try to examine the evolution of case law on this³⁹.

Real or virtual case law aside, finally some words seem inevitably to deserve the cultural dimensions of the Italian model of class action.

As already keenly stressed by Italian academia, despite the greater number of instruments available 'on paper', these instruments disappointingly lack effectiveness⁴⁰. As a result, that it unfortunately seems to be the case that, despite the many reasons for this, the shortcomings of collective redress are fundamentally symptoms of a very serious disease that is wholly impairing the Italian system of justice⁴¹.

This disease seems to stem from the Italian Constitution, and from the existence of a huge, long-lasting constitutional gap consisting in the incomplete implementation of the equality statement provided for by article 3 of the Constitution. Since at least the late 1960s many scholars have pointed out the incomplete implementation of article 3 of the Constitution on the basis that groups of claimants cannot obtain judicial protection⁴². This called for Italian civil procedure to be updated in earnest, on the technical as well as on the cultural side. In other words, it was recognized that what might have worked

³⁶ See *C.S. et al. v. Comune di Montenero di Bisaccia*, Tribunale di Roma, 2 maggio 2013; *C. A. F. et al. v. Comune di Petacciato*, Tribunale di Roma, 2 maggio 2013; *Unione Nazionale Consumatori v. Wecantour S.r.l.*, Tribunale di Napoli, 18 febbraio 2013; *Assoconsum v. Banca della Campania S.p.A.*, Tribunale di Napoli, 9 dicembre 2011; *Altroconsumo v. Intesa San Paolo S.p.A.*, Tribunale di Torino, 23 settembre 2011.

³⁷ See *C.S. et al. v. Comune di Montenero di Bisaccia*, Tribunale di Roma, 10 maggio 2016; *Unione Nazionale Consumatori v. Wecantour S.r.l.*, Tribunale di Napoli, 18 febbraio 2013; *Altroconsumo v. Intesa San Paolo S.p.A.*, Corte d'Appello di Torino, 30 giugno 2016.

³⁸ See, e.g., *Altroconsumo v. Intesa San Paolo*, Corte d'Appello di Torino, 30 giugno 2016; *Codacons v. Intesa San Paolo S.p.A.*, Corte di Cassazione no. 9772/2012; *Assoconsum v. Banca della Campania S.p.A.*, Tribunale di Napoli, 9 dicembre 2011.

³⁹ See *Altroconsumo v. Volkswagen AG and Volkswagen Group Italia S.p.A.*, Tribunale di Venezia, 12 gennaio 2016, which declared inadmissible the *azione di classe* with a decision subsequently reformed by the Corte di Appello di Venezia, 17 giugno 2016.

⁴⁰ With reference to the lack of efficiency of the Italian class action see, in particular, E. SILVESTRI, *Cultural Dimension of Group Litigation Italy*, cit., 2; see also P. COMOGLIO, *L'azione di classe*, cit., 1117-1119.

⁴¹ See in this regard the bill drafted by G. COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.* 2007, 140.

⁴² See, e.g., M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Giur.it.* 1975, 49; V. DENTI, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 533; L. ZANUTTIGH, *Italia nostra davanti al Consiglio di Stato*, in *Foro it.* 1974, 34; M. TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e le 'class action'*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 631-636.

in 1942 (the year the Code of Civil Procedure was adopted) would no longer do in the second half of the twentieth century and beyond⁴³.

Bit by bit and through sharp contrasts, the long road of the introduction of collective protection mechanisms was also travelled in Italy. However, the advent of the *azione di classe* has actually not closed the huge gap mentioned earlier.

As widely pointed out by many scholars, apart from the many technical weaknesses mentioned so far, the basic failure of the Italian class action consists in its limitation to consumers⁴⁴. This limitation has persisted as a basic feature of the *azione di classe* despite the enlargements introduced in 2012⁴⁵. However, a basic reason can be suggested for not making the *azione di classe* a general tool accessible to any group of individuals provided that some requirements are met. And this is, in short, the strong opposition of the Italian business community to the enactment of class action legislation⁴⁶.

Unlike the long-established system in the US, it is at this point fairly out of question that an 'open class action' could actually function as a powerful tool of behavioral modification and deterrence in Italy; indeed, both effects are in fact obviously very much feared.

5. Some final remarks

Of course, the author is not unaware of the existence of a bill brought before the Italian Parliament (Law no. 1950 of 2015) that aims to thoroughly reshuffle the state of affairs concerning *azione di classe*⁴⁷. The bill aims to do so in many different ways.

In the first place, should the bill come into force, it would represent an abrupt change from the point of view of the model of procedural reform adopted quite a while ago in Italy.

In other words, such a reform would intervene directly in the *corpus* of the Code of Civil Procedure, abandoning the quite peculiar habit of Italian lawmakers of unexpectedly placing procedural changes elsewhere (more often, although only occasionally, within national budgetary bills). It would in fact make a substantial addition to article 840, namely by adding new articles 840-*bis* to 840-*sexiesdecies*. It would also add a corresponding brand-new article 196-*bis* to *disposizioni di attuazione* (similar to the so-called «practice directions» in the English Civil Procedure Rules of 1999). Nevertheless, in truth, both of the new additions consist of an embarrassingly excessive number of sections and subsections⁴⁸.

However, setting aside the style of these additions, the reform seems to have two basic strands: an objective one and a procedural one. On the one hand, the reform might bring

⁴³ See, e.g., V. DENTI, *Sistemi e riforme. Studi sul processo civile*, Bologna 1999, *passim*.

⁴⁴ See A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., 595 and A. DONDI, *On Some Drawbacks in the Italian Road to Class Action*, cit., 13.

⁴⁵ On the 2012 amendments see especially C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 44-58 and R. CAPONI, *Azione di classe: il punto, la linea e la discontinuità*, in *Foro it.* 2012, 149.

⁴⁶ With reference to labelling such an attitude as «opposition to progress» see the final sentences in P. COMOGGIO, *L'azione di classe*, cit., 1133.

⁴⁷ For preliminary remarks regarding the new bill currently pending in the Parliament see: R. CAPONI, *Italian 'Class Action' Suits in the Field of Consumer Protection*, cit., 61-77.

⁴⁸ The bill actually consists of fifteen very long sections, each divided into several subsections.

about an apparently stern overcoming of the previous and abovementioned boundaries of the *azione di classe*, at last allowing open class actions to become part of the Italian legal system⁴⁹. But, on the other hand, such a completely fundamental transformation would lack the support of convenient procedural changes. And this is mainly because of the straightforward reproduction in the new article 840-*quinquies* of the previous *azione di classe* procedure, which in its turn reproduces the previous weaknesses and inadequacies in the face of the intrinsic complexities of the lawsuits typically characterized as class actions⁵⁰.

Abstract

This article examines the practical failure of the Italian class actions rules. Resulting from a very long-lasting turmoil of discussions among scholars, judiciary and bar, these rules have so far had no impact in the Italian practice of law essentially because of their inherent inefficiency. The point is that they will never be of any use, unless thoroughly transformed and not just patched up according to the reforming process now clumsily underway.

Cet article examine l'échec, dans la pratique, des règles italiennes relatives aux actions collectives. Fruits de très longues discussions tourmentées entre des universitaires, des juges et le barreau, ces règles n'ont jusqu'ici eu aucun impact sur la pratique judiciaire en Italie, en raison de leur inhérente inefficacité. Il est certain qu'elles ne seront jamais utilisées tant qu'elles ne seront pas totalement transformées et pas seulement rafistolées comme semblent le proposer les réformes actuellement en cours.

Dieser Artikel behandelt das praktische Versagen der italienischen Regelungen über Sammelklagen. Die Normen sind das Ergebnis langandauernder, turbulenter Diskussionen zwischen Wissenschaftlern, Richtern und Rechtsanwälten, aber hatten bis jetzt, hauptsächlich aufgrund ihrer Ineffizienz, noch keine Auswirkungen auf die italienische Rechtspraxis. Im Wesentlichen werden sie niemals von Nutzen sein, falls sie nicht grundlegend verhindert, sondern wie im Rahmen des derzeitigen, unbeholfenen Reformprozesses, lediglich notdürftig nachgebessert werden.

Questo saggio esamina il fallimento pratico delle norme italiane sull'azione di classe. Queste norme, che costituiscono il risultato di un lungo e tormentato dibattito tra accademici, giudici e avvocati, non hanno avuto finora nessun impatto nella realtà giuridica italiana, essenzialmente a causa della loro intrinseca inefficienza. Si ritiene che questa normativa non potrà mai essere di nessuna utilità, a meno di una sua completa trasformazione; come invece non sembra in grado di fare il disordinato processo di riforma attualmente in corso.

Este artículo analiza el fracaso en la práctica de las normas italianas en materia de acciones colectivas. Las normas han sido el resultado de una maraña prolongada de debates entre académicos, jueces y abogados, pero hasta ahora no han tenido ningún impacto en la realidad jurídica italiana debido a su inherente ineficiencia. Lo cierto es que nunca serán de utilidad, a no ser que sean profundamente transformadas y no solo remendadas, a lo que torpemente parece conducir el proceso de reforma que se halla actualmente en curso.

⁴⁹ See article 840-*bis*.

⁵⁰ See notes 22 and 30, above.

28. OBIETTIVI E RISULTATI DELLA RECENTE RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE. LA DISCIPLINA DELLA COGNIZIONE A UNA PRIMA LETTURA*

SOMMARIO: 1. Maniera italiana di riforma del processo civile e rapido sguardo al turbolento percorso della riforma 2020-2021. – 2. Aspetti della nuova cognizione e scelte generali al riguardo. Atti introduttivi. – 3. (*Segue*) Forme della trattazione nella complessità all'italiana.

1. Maniera italiana di riforma del processo civile e rapido sguardo al turbolento percorso della riforma 2020-2021

La catalogazione come 'maniera italiana' del *modus* di intervenire sulla disciplina del processo ai fini di una sua trasformazione costituisce ormai una sorta di *Leitmotiv* ricorrente degli scarsi interventi del sottoscritto in materia. Circostanza della quale lo stesso si scusa anticipatamente¹. È peraltro chiaro a tutti che questa costituisce una maniera, invero, ben lontana dalla complessa e inarrivabile cultura di trasformazione che, nel campo della nostra storia dell'arte, si colloca tra i fasti del rinascimento e l'indubbia grandezza del barocco italiano². Si tratta, in realtà, di un fenomeno che ha in particolare segnato l'ultimo ventennio o trentennio, caratterizzandosi per una frequente successione di interventi, perlopiù di 'rattoppo' dell'assetto disciplinare relativo al processo civile e privi di una filosofia di riforma complessiva, oltretutto degna di tale definizione³. E non può che essere auspicato l'esaurirsi di questo *modus* nonché di un tanto raffazzonato approccio a un tema di tale rilievo (mi riferisco a quello delle riforme notoriamente indicato come la prospettiva necessaria e ineliminabile degli studi sul processo civile da parte di un autore inarrivabile come Vittorio Denti)⁴.

È pertanto del tutto inevitabile che una qualche speranza riguardo all'esaurirsi dell'approccio sopra indicato si tenda a trasferire sui lavori attualmente in corso in merito alla riforma del nostro processo civile. Che questi lavori, o meglio questo percorso ormai da tempo in atto e verosimilmente in via di definitiva conclusione rappresenti l'assunzione

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 927-939.

¹ Per un riferimento tradizionale ma inevitabile negli studi comparatistici 'verso' la nostra cultura da parte della cultura statunitense, cfr. J.H. MERRYMAN, *The Italian Style: Doctrine*, in 18 *Stanford L. Rev.* 1995, 39 ss. Fra i miei lavori, A. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251 ss.; A. DONDI, V. ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 1437 ss.

² Fra i moltissimi, per indicazioni notorie quanto doverose, si v., ad esempio, G. BRIGANTI, *La maniera italiana*, Roma 1961; R. BARILLI, *Maniera moderna e manierismo*, Milano 2004.

³ In questa direzione, si v. anche A. DONDI, *The Makeshift Italian Class Action: Some hints*, in 7 *I.J.P.L.* 2017, 5 ss.

⁴ Così, all'interno di una produzione sul tema molto estesa, V. DENTI, *Riforma e controriforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 286 ss.

di una diversa linea di intervento riformatore invero oltre che auspicabile appare concretamente necessario a fronte delle discrasie evidenti della nostra giustizia civile⁵.

Mentre si dice ciò, occorre tuttavia segnalare che tale percorso di riforma appare non così nettamente separabile dalla caratterizzazione della quale si è detto. Anzi, in esso sono riscontrabili molti dei modi di intervento sull'assetto disciplinare tipici di tale caratterizzazione, a livello di configurazione di una riforma del processo civile non complessiva e di una non sufficientemente approfondita elaborazione di una filosofia appunto della riforma. Questa critica, che potrà apparire troppo severa e quasi ingiusta verso la certamente più fondata elaborazione della ricerca espressa in particolare dalla commissione Luiso, sconta un'altrettanta doverosa abitudine e necessità al raffronto comparatistico; ossia, alla considerazione di quanto in altri ordinamenti è stato realizzato più o meno di recente e proprio in ordine alla elaborazione di riforme del processo civile.

Muovendoci in questa prospettiva, e pur nel contesto di un rispettoso apprezzamento degli sforzi compiuti con quest'ultimo *attempt*, occorre segnalare come l'occasione della riforma e comunque il suo iniziale muoversi sconti molto dell'atteggiamento sopraindicato come 'maniera italiana'. E ciò, direi, in qualche misura anche inevitabilmente per un modo ancora molto affrettato o *ready-made* di impostare il discorso intorno alla riforma nel trasferimento fra due governi e, forse, fra due concezioni appunto di riforma normativa⁶. Il presto, il veloce e il rapido, insomma l'urgente, come elemento caratterizzante dell'intervento configurato permane infatti come connotazione molto italiana del nostro mettere mano a trasformazioni di questo genere; come se si dovesse proclamare una acuta percezione delle esigenze di trasformazione e una immediata capacità di risposta, anche al di là delle complessità inevitabili dei problemi ai quali fornire tale risposta⁷.

Il tutto per segnalare come lo spirito in qualche misura eroicizzante le circostanze all'interno delle quali è costretto a muoversi il processo di riforma tenda insomma a permanere, anche a dispetto dei risultati concreti. Per vero, un tale 'tono' delle descrizioni degli interventi a questo proposito viene in gran parte opportunamente abbandonato proprio con i lavori della commissione Luiso, la cui illustrazione delle soluzioni ritenute necessarie si segnala per una inusitata semplicità e, fino a quel momento, altrettanto anomala capacità di esplicitazione dell'ideologia dell'intervento riformatore proposto. E, in effetti, proprio la presenza di una precisa *exposición de motivos* che sembra doveroso apprezzare, dopo tanta abitudine a riforme non esplicate, non motivate e addirittura prive di qualsiasi genere di descrizione. Qui, invece, ci si è seriamente impegnati a fornire tutto ciò, anche dando conto sia della filosofia generale di riferimento sia delle ragioni fondanti le singole soluzioni⁸.

⁵ Per tutti, su di una linea palesemente critica riguardo allo stato delle cose italiane del processo civile, M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1047 ss.; ID., *Cultura e processo*, ivi 2009, 53 ss.

⁶ Come acutamente segnala, ad esempio, B. CAPPONI, *Prime note sul maxiemendamento al d.d.l. n. 1662/S/XVIII*, in *www.giustiziainsieme.it*.

⁷ In questo spirito sembrano muoversi alcune critiche particolarmente fondate, così si v. B. SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1429 ss.

⁸ Come appare auto-evidente da uno sguardo al complesso di *Proposte normative e note illustrative* elaborato dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile

2. Aspetti della nuova cognizione e scelte generali al riguardo. Atti introduttivi

Il prodotto dei lavori della commissione Luiso si sostanzia, come ora si è detto, in un'elaborazione anche molto esplicativa delle scelte effettuate, specie sul versante, che qui risulta quello al quale dedicare speciale attenzione, del processo di cognizione e soprattutto del suo nucleo funzionale basilico rappresentato dagli atti introduttivi e dalla cosiddetta attività di trattazione. È in effetti a questo riguardo che la commissione effettua scelte sicuramente indicative di un'adesione a visioni trasformatrici, quando non profondamente trasformatrici, dell'assetto del nostro processo civile. Si tratta, occorre subito dirlo, di scelte che oltretutto intervengono su di un settore da troppo – quasi da sempre – non oggetto di riconsiderazione, anche in prospettiva riformatrice, nel corso del largo tratto di tempo intercorrente fra l'emanazione del nostro codice di rito e il momento attuale. Una circostanza questa che in sé costituisce un elemento di forte differenziazione fra l'approccio italiano alla riforma del processo civile e l'attitudine più ampiamente diffusa nelle altre culture del processo, anche a prescindere dell'appartenenza degli ordinamenti di riferimento alla tradizionale e ormai largamente incerta distinzione sistematica fra *civil* e *common law*⁹.

In effetti, è ormai ampiamente noto che in pressoché tutte le culture del processo civile il segno delle riforme è dato dagli interventi che in varia misura concernono la configurazione degli atti introduttivi. Ciò in varia maniera, o più propriamente seguendo diverse linee di intervento che tuttavia appaiono avere analoghi obiettivi. Tali obiettivi si possono sintetizzare, per un verso, nella realizzazione di una maggiore specificazione all'interno degli atti iniziali delle circostanze di fatto della controversia nonché dei loro supporti probatori e, per altro verso, nella modulazione di tali atti a seconda degli *standard* di complicazione/complessità della singola controversia (il tutto, come si dirà, al fine di rendere questo *incipit* coerente con l'esigenza di configurare per l'intero percorsi processuali *ad hoc* per tipi reciprocamente molto diversificati di controversie)¹⁰.

Sempre su questa linea, è qui solo il caso di rammentare, costituendo un dato ormai ampiamente noto, come sul primo versante si collochi in particolare l'esempio della riforma realizzata da ormai più di un ventennio con la *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola del 2000. Qui, infatti, in una lata analogia con quanto già realizzato in Germania, la previsione dell'obbligo di formulare in maniera precisa e inequivocabile gli atti introduttivi

e di strumenti alternativi, presieduta dal prof. Francesco Paolo Luiso (il relativo testo risulta disponibile su www.giustizia.it).

⁹ Riguardo al superamento di questa categoria, per tutti si v. M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in Id., *Sui confini*, Bologna 2002, 67 ss.; sulla inconsistenza di tale differenziazione, proprio alla luce delle questioni che verranno trattate nel testo e delle esigenze derivanti dalla pratica del processo, si v. anche G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsabilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int.' L.J.* 2006, 59 ss., anche in italiano (con trad. it. di L. DE BARBIERI), *Doveri rispettivi di giudici e avvocati in common law e civil law. Alcuni fraintendimenti ricorrenti in materia di controversie civili*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2020, 323 ss.

¹⁰ Per un'acuta disamina dei fondamenti essenziali di questo problema all'interno della nostra cultura si v. R. CAPONI, *Processo civile e nozione di controversia «complessa»: impieghi normativi*, in *Foro it.* 2009, 136 ss.; nonché, in prospettiva comparata, i saggi contenuti in A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011.

costituisce uno strumento per far sì che dalla configurazione di tali atti, in combinatoria con una rigida esclusione di qualsiasi *mutatio* (art. 412 *LEC*), risulti in essi del tutto «*establecido lo que sea objecto del proceso en la demanda*»¹¹. E del resto, costituiscono esempi ormai altrettanto noti della seconda tendenza, quella alla modulazione degli atti iniziali, le soluzioni adottate, se non in contemporanea a poca distanza di tempo, con le *Civil Procedure Rules* inglesi del 1999 nonché con le riforme francesi collocate a cavaliere degli ultimi anni del secolo XX¹².

Non si può omettere di segnalare su questa linea di raffronti come una tale attenzione si manifesti inoltre proprio all'interno di un ordinamento, come quello statunitense, che aveva configurato l'atto introduttivo nella maniera più semplificata e meno doverosamente descrittiva delle circostanze di fatto. La configurazione sostanzialmente immutata dal 1938 della *rule 8* delle *Federal Rules of Civil Procedure* viene in effetti messa in discussione a séguito – come del resto spesso in quella cultura – di una sollecitazione giurisprudenziale ormai storica come quella derivante dal caso *Twombly*¹³. In effetti, con tale *dictum* si instaura un dibattito ormai ventennale intorno all'individuazione e previsione normativa di *standard* di sufficiente fattualizzazione all'interno del *pleading*; un dibattito che, nonostante la mancata realizzazione a tutt'oggi di una riforma, sembra ormai aver definitivamente stabilito i termini virtuali della futura evoluzione¹⁴.

È facile intendere che queste considerazioni brutalmente comparatistiche costituiranno, come inevitabile da parte del sottoscritto, un *background* di riferimento per i pochi rilievi a seguire riguardo a quanto nel nuovo *attempt* di riforma italiano. Un percorso di riforma, quello che ora sembra realizzarsi, che in effetti non appare molto lontano – ma forse si tratta solo di un *wishful thinking* – dagli *standard* di evoluzione che sopra si sono, pur molto sinteticamente, indicati.

E, invero, se un tratto della riforma appare di grande impatto innovativo, esso corrisponde agli interventi che hanno interessato proprio la fase introduttiva e di trattazione

¹¹ Per basiche indicazioni sulla *LEC* 2000 spagnola e sulla *ZPO* tedesca v. A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*², Milano 2018, 126 ss., 130 ss.

¹² Riguardo l'ordinamento inglese, per indicazione di carattere generale, si v. A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., 115 ss., 127 ss.; A. DONDI, P. COMOGGIO, *In tema di riforme e garanzie del contraddittorio. Questioni rilevanti in prospettiva europea*, in *Giust. proc. civ.* 2010, 555 ss. Si v. inoltre ampiamente L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova 2007; ID., voce *Processo civile inglese*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano 2010, 960 ss.; ID., *La riforma del processo civile inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1353 ss. Riguardo alle scelte innovative del legislatore inglese delle *C.P.R.*, V. VARANO, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 763 ss. In una prospettiva estesa alle caratteristiche generali delle culture degli ordinamenti occidentali, inoltre V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino 2021. Riguardo all'ordinamento francese, per tutti L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*³, Parigi 2020, *passim*.

¹³ Nella letteratura italiana, anche per riferimenti bibliografici, v. A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss.

¹⁴ Per alcuni esempi della letteratura statunitense a questo riguardo si v. R.A. EPSTEIN, *Of Pleading and Discovery: Reflections on Twombly and Iqbal with Special Reference to Antitrust*, in III. *L. Rev.* 2011, 187 ss.; L. KAPLOW, *Multistage Adjudication*, in 126 *Harv. L. Rev.* 2013, 1257 ss. Come opera monografica fondamentale con rispetto a questo genere di problemi si v. anche S. DODSON, *New Pleading in the Twenty First Century. Slamming the Federal Courthouse Door*², Oxford 2013.

o di preparazione della controversia. È in particolare a questo riguardo che risulta riscontrabile un tale intento di netta trasformazione. Ciò sia nel 'precedente immediato' di tale riforma (ossia il cosiddetto progetto Bonafede) sia nei lavori e nel prodotto elaborato dalla commissione Luiso, che a tutti gli effetti costituisce il momento davvero iniziale della riforma che qui si considera.

In coerenza con una filosofia di profonda trasformazione dell'assetto della fase introduttiva, nelle «proposte normative» della commissione Luiso sembra collocarsi l'intento – del resto già espresso nel cosiddetto progetto Bonafede – di pervenire a una «modifica della fase iniziale»¹⁵. In effetti, nonostante il mantenimento – a differenza della forma del ricorso prevista nel progetto Bonafede – del modello di atto introduttivo tradizionale della citazione, sono qui presenti scelte che appaiono davvero significative proprio sul piano di una vera riconfigurazione tecnica degli atti introduttivi. Con riguardo a tali atti, la «proposta» realizza invero una trasformazione del tutto inusuale nel panorama delle riforme succedutesi a partire dall'entrata in vigore del codice di rito¹⁶.

Il nucleo di tali interventi consiste nella previsione di *standard* di qualificazione delle attività che i difensori di parte dovranno svolgere al fine della redazione di atti introduttivi propriamente configurati. Questa circostanza non appare per nulla di dettaglio, ma anzi costituisce – a parere di chi scrive – il vero segno dell'intervento riformatore della commissione Luiso; e ciò non solo per via della assoluta novità da essa rappresentata. In effetti, la previsione di una «esposizione analitica» delle circostanze di fatto oggetto della controversia costituisce in sé un mutamento di prospettiva per il mero fatto di sostanziare anche una definitività di tale attività di allegazione e, quindi, un obbligo di seria preparazione già dei primi atti del processo come indice di una globale serietà delle attività difensive realizzate dagli avvocati, anche a prescindere dalla inevitabile diversità di ruoli e di interessi delle due parti nel processo¹⁷.

La configurazione di preclusioni istruttorie già in questa fase, circostanza nella quale in buona sostanza si converte questa ipotesi di nuova disciplina degli atti introduttivi, appare anche rilevante in altra e più estesa prospettiva. Invero, come si è verificato in altri ordinamenti, l'effetto basilico della più rigida configurazione degli atti introduttivi consiste principalmente in una pur variamente caratterizzata riduzione e semplificazione delle attività della fase successiva. Ciò nel senso di eliminare la possibilità che nella fase di chiarificazione dell'oggetto della controversia ai fini della decisione possano ancora essere svolte deduzioni di nuove circostanze di fatto (che in quanto tali risulterebbero intrinsecamente compatibili con il funzionamento, appunto, delle preclusioni collocate nella precedente fase introduttiva).

¹⁵ Si v., anche per le espressioni virgolettate riportate nelle frasi successive, *Proposte normative e note illustrative*, cit., spec. 2 e *passim*.

¹⁶ Al riguardo, per considerazioni indirizzate analogamente pur all'interno di un lavoro di più ampia prospettiva, v. V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova 2021, *passim*.

¹⁷ La particolare attenzione per le strategie processuali strutturalmente diverse di *plaintiff* e *defendant* (specie nella prospettiva dell'approccio e addirittura della stabile configurazione sul mercato professionale dei rispettivi avvocati) è notoriamente soprattutto presente – nonché tradizionalmente discussa – nella cultura giuridica statunitense; come rilevato, fra gli altri e ad esempio, in A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa. Il modello statunitense*, Padova 1991.

Il rilievo di questa visione o *philosophy* combinata della nuova formulazione sia degli atti introduttivi sia delle attività di trattazione e di preparazione della controversia appare innegabile anche alla luce della sua individuazione come questione centrale della riforma. Che ciò sia si deriva del resto agevolmente anche dalle numerose e per certo aspre critiche che una simile impostazione ha da subito occasionato¹⁸. Evidentemente anche in ragione di tanto diffuse reazioni di rigetto, tale circostanza appare in ogni caso segnare questo percorso di riforma in maniera tanto rilevante come altrettanto inevitabile, posta la presenza nella nostra cultura del processo di significative quanto illustri e risalenti prese di posizione *a contrario*¹⁹. Ciò al di là di eventuali interventi di trasformazione che, nel corso cioè della sua riconsiderazione in sede legislativa, dovessero incidere su una tanto innovativa configurazione della fase iniziale del processo. E anche al limite – come in effetti *entre temps* sembra essersi verificato – di trasformazioni, certo di non mero dettaglio in quanto oggettivamente e incisivamente riduttive dell’impatto innovatore della riforma, quali la previsione/aggiunta di un’apposita memoria concedibile a istanza di parte ove presenti gravi motivi e caratterizzandosi la controversia come complessa²⁰.

3. (Segue) Forme della trattazione nella complessità all’italiana

La riformulazione del contenuto degli artt. 163 e 167 c.p.c. segna, se non un punto fermo, comunque un’acquisizione molto significativa nella direzione di un serio ripensamento della prospettiva di trasformazione del nostro processo civile. Ciò, lo si ribadisce anche a prescindere dalle sorti del programma di riforma impostato nel passaggio fra i lavori della commissione Luiso e i successivi interventi al riguardo realizzati con il cosiddetto maxiemendamento, essenzialmente per due ragioni. Viene, infatti, qui prospettata una soluzione al cruciale problema della riformulazione normativa degli atti introduttivi di parte che risulta del tutto in linea con le trasformazioni realizzate o in via di realizzazione anche negli altri ordinamenti del processo; trasformazione, oltretutto, con evidenti e altrettanto cruciali ricadute anche sulla fase immediatamente successiva a quella iniziale.

¹⁸ Così, ad esempio, G. TRISORIO LIUZZI, *Riflessioni a prima lettura sul maxi emendamento al disegno di legge AS 1662*, disponibile su *Foroneus* (www.foroitaliano.com), 21 luglio 2021; G. MICCOLIS, *La giustizia come i soldi: «Poca, maledetta e subito». Brevi considerazioni sul maxi-emendamento d.d.l. 1662/S/XVIII*, ivi 24 giugno 2021. Con diversa intensità critica, E. D’ALESSANDRO, *La riforma della giustizia civile secondo il Piano nazionale di ripresa e resilienza e gli emendamenti governativi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII. Riflessioni sul metodo*, in *Giustizia insieme*, 2021 (disponibile su www.giustiziainsieme.it); G. SCARSELLI, *Osservazioni al maxi-emendamento 1662/S/XVIII di riforma del processo civile*, ivi 2021.

¹⁹ Per tutti, e anche con riferimento a più generali e risalenti considerazioni di questo autore riguardo agli indirizzi della nostra riforma del processo civile, A. PROTO PISANI, *Che fare per affrontare la crisi della giustizia civile? (nota a margine di un intervento che sa di ‘acqua fresca’)*, in *Foro it.* 2020, 33 ss.

²⁰ Così almeno, come si ricaverebbe dal farraginoso *work in progress* di scritture e riscritture del testo proposto, v. il subemendamento all’emendamento 3.41 capoverso «*c-quinquies*» che prevede l’aggiunta della seguente formula: «e la possibilità per il giudice, laddove ricorrano gravi motivi, anche in ragione della natura e della complessità delle domande e delle eccezioni e del numero delle parti, di concedere alle parti termine per il deposito di note difensive per la modifica e la precisazione delle proprie domande, eccezioni e conclusioni e articolare mezzi di prova» (tuttavia apparentemente non più rintracciabile nel testo finale del d.d.l. di riforma, così come approvato dalla commissione giustizia del Senato e trasmesso all’aula il 15 settembre 2021).

E, circostanza altrettanto se non anche più significativa, vengono quantomeno poste le basi per la considerazione/soluzione di un problema altrove ritenuto centrale alle questioni del processo civile, come quello della parametrizzazione delle attività relative alla categoria della complessità.

Riguardo alla fase di trattazione non resta qui che ribadire una considerazione già ricorsa in queste poche pagine; ossia che, posta la linea degli interventi sull'introduzione della causa e i relativi atti, non poteva da essi che derivare – quantomeno per basiche ragioni di coerenza interna alla *philosophy* complessiva della riforma – una drastica semplificazione anche dell'assetto di questa fase. Di qui, poste le preclusioni prospettate nella fase introduttiva, la virtuale impossibilità per la parte di allegare nuove circostanze di fatto successivamente a tale fase, in sede cioè di trattazione o di preparazione della controversia.

Ulteriori trasformazioni a venire a parte, e anche al di là del rigetto eventuale di tali soluzioni e impostazione di fondo, sembra essere questo il dato di vero rilievo dell'*attempt* di riforma che qui si considera. Ciò in quanto la scelta o l'inquadramento adottato nel passaggio fra l'impostazione della commissione e la sua elaborazione/accoglimento all'interno del cosiddetto maxiemendamento (appare ormai superfluo ritornare sulle discussioni intorno all'opzione fra i due modelli a) e b) prospettati al riguardo) pare configurare una modificazione del nostro modello di giustizia tanto inusitata quanto – poste, lo si ribadisce, le analogie con indirizzi di riforma da tempo efficacemente funzionanti in altri ordinamenti – probabilmente efficace e risolutiva di molti problemi di malfunzionamento della nostra giustizia civile.

Con riguardo a queste trasformazioni, un ultimo rilievo pare imporsi riguardo a un altro aspetto cruciale del modo della riforma in corso di realizzazione, quale l'utilizzazione al suo interno di una categoria come quella della complessità. Si tratta di un referente sostanzialmente nuovo nel panorama delle nostre riforme e, se si escludono rare eccezioni nonché sporadiche attenzioni a questo riguardo in sede dottrinale, anche della nostra cultura²¹. Ma certo la circostanza appare di notevole rilevanza, quantomeno per le considerazioni qui già sinteticamente svolte circa lo scarto esistente fra *modus* italiano di affrontare il problema delle riforme del processo e quello invece presente altrove, invero nella grande maggioranza dei più avanzati ordinamenti e delle più reattive culture del processo civile.

Occorre tuttavia subito dire che, pur in assoluto apprezzabile per il suo carattere di oggettiva innovazione, sembra suscitare perplessità il modo nel quale proprio il parametro della complessità viene elaborato nel contesto della riforma in corso di realizzazione. Tali perplessità concernono l'accezione quantomeno riduttiva, se non per molti versi addirittura impropria, di *procedural complexity* che sembra essere stata accolta dal nostro legislatore e comunque nell'ambito della nostra riforma. In effetti, la 'nostra' complessità appare qualcosa di molto diverso dalle modulazioni che questo parametro ha ricevuto in gran parte degli altri ordinamenti del processo; e ciò, su di un piano squisitamente tecnico, al punto da non risultare concretamente realizzabile un effettivo raffronto con tali modulazioni, se non in termini di mera constatazione di tali significative differenze. Pare pertanto inevitabile constatare come il parametro della complessità si riduca nell'impostazione ita-

²¹ Per opportuni richiami bibliografici si rinvia a quanto in nota 10, *supra*.

liana sostanzialmente a un mero binomio fra «maggiore e minore complessità» (o, anche, «maggiore e minore semplicità») delle controversie²².

Con una divaricazione appunto molto netta rispetto alle altre culture del processo, in quello che potremmo un po' pomposamente definire l'approccio italiano alla complessità sembra infatti mancare la percezione, altrove diffusa, degli elementi essenziali e caratterizzanti tale fenomeno; ossia la sua vastità, rilevanza e cruciale incidenza sul funzionamento del processo civile²³. Questo dato può forse spiegare le semplificazioni realizzate nella riforma a tale riguardo, come accade attraverso la riduzione del problema a mere descrizioni tassonomiche intese a definire quasi esclusivamente le ipotesi di minore complessità. Il tutto, per contro, a fronte di una mancata individuazione di discipline effettivamente proprie per la gestione delle controversie catalogabili come complesse²⁴.

Invero, il nucleo di questa impostazione italiana della complessità si sostanzia, come già nel testo delle *Proposte normative*, in una 'ordinarizzazione' della disciplina prevista negli artt. 702-bis ss. c.p.c. come percorso processuale proprio per alcuni tipi di controversie virtualmente non complesse alle quali si riserva un'apposita elencazione²⁵. E da tale elencazione emerge ancor più evidentemente il carattere riduttivo dell'impostazione adottata, in quanto fondata pressoché esclusivamente sul collegamento con esigenze istruttorie *at large*. Talché sembra giustificato ritenere che, in questa modulazione strettamente binaria, una controversia si riduce a essere *tout court* complessa ove necessitante di maggiori attività istruttorie e, per contro, meno complessa o semplice ove tali esigenze siano più ridotte o assenti.

Ma occorre almeno constatare che, per così dire ovunque nel mondo, non accade che l'accezione di complessità processuale si riduca a ciò, ossia a mere esigenze istruttorie o poco altro. Il problema – se proprio se ne vuole forzatamente cogliere un'origine 'semplice' – nasce processualmente 'altrove', segnatamente in relazione alle attività di introduzione di una controversia e a quelle intese alla sua preparazione. In questo quadro, il problema della complessità coincide con il problema di come introdurre 'seriamente' una controversia per svariate ragioni di non facile inquadramento; e ovviamente di come proseguitarla nella chiarificazione delle sue principali questioni di fatto e di diritto.

Questa impostazione anzitutto implica una profonda coscienza delle difficoltà di risoluzione di tale problema, e conseguentemente l'assunzione di un approccio essenzialmente problematico e modulare a questo riguardo. Di qui, direi non casualmente, la tendenza a prospettare vari percorsi processuali (come nella già citata modulazione trifasica inglese

²² Così segnatamente per l'utilizzazione dei termini virgolettati nel testo, v. *Proposte normative e note illustrative*, cit., 36.

²³ Si rinvia per riferimenti bibliografici di base a questo riguardo a quanto già *supra* nella nota 10.

²⁴ Nella dottrina italiana, per una segnalazione di questo aspetto di scarsa considerazione dei problemi di gestione delle controversie catalogabili come complesse, v. ad esempio A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 3 ss.

²⁵ Già in *Proposte normative*, cit., 36, e analogamente nel testo finale del d.d.l. di riforma, così come approvato dalla commissione giustizia del Senato e trasmesso all'aula il 15 settembre 2021, 24. Si riporta qui di séguito parte del testo della norma proposta, secondo la quale: «il procedimento previsto dagli articoli 702-bis e seguenti... [dovrà] essere adottato in ogni procedimento, [...] quando i fatti di causa siano tutti non controversi, quando l'istruzione della causa si basi su prova documentale o di pronta soluzione o richieda un'attività istruttoria costituenda non complessa [...]».

e francese) nel tentativo di incrociare le esigenze delle controversie complesse, ma anche – in prospettiva generale soprattutto – quelle degli altri tipi di controversie, non sempre minori e non sempre semplici, per quanto anche possibilmente configurabili come minori e semplici. E di qui, altrettanto non casualmente a parere di chi scrive, la faticosa elaborazione di nozioni quali quella della *proportionality* intese a sopperire in qualche modo alle esigenze di gestione delle questioni che sempre più frequentemente pone la complessità processuale²⁶.

Si tratta evidentemente di questioni qui solo un po' stancamente accennate e che purtroppo non concernono l'impostazione della nostra riforma.

²⁶ Per basici riferimenti bibliografici a tale riguardo v. R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 389 ss.; P. COMOGLIO, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo 'update' delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, *ivi* 2014, 145 ss.; A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la proportionate justice*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 1459 ss.; nella estesissima letteratura statunitense, a questo proposito e fra gli ovviamente moltissimi, si v. S.B. BURBANK, *Proportionality and Social Benefits of Discovery: Out of Sight and Out of Mind?*, in *34 Rev. Litig.* 2015, 647 ss.

SEZIONE III
COMPLESSITÀ E PROVE

29. L'EVOLUZIONE DELLA *HEARSAY RULE* NEL PROCESSO CIVILE ANGLOAMERICANO – I*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Cenni storici. – 3. Bentham e l'elaborazione del problema nel secolo scorso. – 4. a) nuove tendenze dottrinali. b) Il *Model Code of Evidence* e le *Uniform Rules* statunitensi. c) Il *Civil Evidence Act* inglese del 1938.

1. Considerazioni preliminari

L'area dell'*evidence* è quella in cui, nei paesi di *common law*, oggi risulta più facile riscontrare un diffuso consenso circa la necessità di mutamenti radicali. La *law of evidence*, in effetti, è rimasta sostanzialmente estranea (o comunque ne è stata toccata solo in modo marginale) al profondo processo di trasformazione che, da più di un secolo, va interessando il sistema processuale in Inghilterra e negli Stati Uniti¹. Ciò, rendendo certo precario il collegamento tra sistema processuale e sistema probatorio, e sostanzialmente mettendo in pericolo il funzionamento di quest'ultimo nella sua tipica funzione *ancillary* del primo, ha reso, urgente un sostanziale aggiornamento di questo settore del diritto alle mutate condizioni esterne. Queste, come da tempo è stato autorevolmente rilevato, consistono ormai in ben definiti e difficilmente reversibili *trend* evolutivi della struttura del processo di *common law*². In quest'ambito, di particolare rilevanza per il problema dell'*evidence*, sono i mutamenti riguardanti la figura del giudice e il ruolo della giuria. La decadenza dell'istituto della giuria è ormai così nota da costituire un luogo comune. Non rappresenta certo una novità il fatto che, dalla istituzione nello scorso secolo, in conseguenza della più diffusa domanda di giustizia, di corti minori di primo grado come, in Inghilterra, le

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. dir. proc.* 1979, 97-124. I rinvii alle note n. 85 e seguenti si intendono fatti alla seconda parte di questo lavoro, pubblicato in *Riv. dir. proc.* 1979, 223-240 (e riprodotto *à suivre* nella presente raccolta).

¹ Cfr., ad es., M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, II, 476; ID., *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.* 1968, 39 ss.; V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1965, 31 ss. Il presente lavoro si propone di dare conto del problema delle *hearsay evidences* essenzialmente nella prospettiva della disciplina legislativa dell'ammissione di questa categoria di mezzi di prova; manca pertanto, nelle pagine seguenti, una ricognizione del problema dal punto di vista giurisprudenziale; e ciò soprattutto in ragione del fatto che – a differenza di quanto è avvenuto al momento della consolidazione della regola d'esclusione dell'*hearsay* – il contributo maggiore alla liberalizzazione di quest'area della *law of evidence* non proviene dalle pronunce delle corti, sia in Inghilterra sia negli Stati Uniti, bensì dall'elaborazione dottrinale e dagli interventi del legislatore. Un ulteriore confine della trattazione è quello rappresentato dall'ambito di *civil proceedings*; i problemi che l'esistenza di una *rule of exclusion* come la *hearsay rule* crea per quanto riguarda il processo penale sono alquanto diversi, anche se, come si vedrà (cfr. par. 5, seconda parte) essi hanno influenzato in misura rilevante l'evoluzione generale del problema.

² Cfr. V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nella Inghilterra moderna*, Milano 1973, 244 ss.; J.A. JOLOWICZ, *Active Role of the Court*, in M. CAPPELLETTI, J.A. JOLOWICZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano 1975, 189.

County Courts – concepite per operare senza la presenza di un *trier of fact* diverso dal giudice –, la tendenza alla sempre minore utilizzazione (e in molti casi all'eliminazione) della giuria, si è progressivamente estesa a ogni genere di corte³. Questa evoluzione, specialmente per quanto riguarda i *civil proceedings*, ha trovato completa realizzazione in Inghilterra; mentre si va affermando negli Stati Uniti, dove però una meno chiara percezione del fenomeno e una maggiore adesione ai valori ideali e politici insiti nell'istituto della giuria – oltre alle difficoltà di realizzazione di un radicale rovesciamento di prospettiva a livello di normativa federale – costituiscono indubbiamente un freno⁴.

È abbastanza ovvio ipotizzare un rapporto di causa-effetto tra questo fenomeno e una evoluzione che riguardi l'attribuzione al giudice di maggiori poteri. A livello generale, tuttavia, mancano segni concreti di un'evoluzione in questo senso: il rapporto giudice-giuria, per quanto riguarda il *jury-trial* è infatti rimasto invariato; e, nella sostanza, non ha subito mutamenti la figura del giudice come *umpire* anche nel caso in cui il magistrato si trovi ad essere *sitting alone*. Fra i pochi indici di una possibile inversione di tendenza, quello più significativo, è il conferimento al giudice di poteri discrezionali di assunzione di mezzi di prova in giudizio⁵.

Per quanto ci riguarda, l'importanza di quest'ultimo fenomeno e di quello che abbiamo visto investire l'istituto della giuria, è data soprattutto dal loro impatto sul sistema probatorio di *common law* e, in particolare, dalle incrinature in esso provocate. Ripercussioni inevitabili, solo che si pensi alla struttura tradizionale della *law of evidence*, il cui aspetto più saliente è quello di presupporre un giudice in qualità di semplice arbitro e la presenza della giuria come giudice del fatto⁶. Tranne qualche voce isolata⁷, è largamente assodato ormai, che, dalla concezione del processo come *adversary e jury trial*, è derivato alla *law of evidence* quello che si può considerare il suo carattere più tipico, ovvero il suo

³ Cfr. G.D. NOKES, *The English Jury and the Law of evidence*, in 31 *Tul. L. Rev.* 1956, 160: «Whatever the merit of the matter may be, the fact is that the bulk of criminal and Civil cases heard in England are conducted in inferior courts without a jury, and even in the superior Civil courts the jury is exceptionab»; cfr. anche V. VARANO, *op. cit.*, 114 ss.

⁴ L. BECKER, *Comparative Judicial Politics*, Chicago 1970, 315 ss.; C.W. JOINER, *Civil justice and the Jury*, Englewood Cliffs 1962, 25, 69 ss.; J. FRANK, *Courts on Trial*, Princeton 1949, 138 ss.; L. SARPY, *Civil Jury: their Decline and Eventual Fall*, in 2 *Loy. L. Rev.* 1963, 243 ss.; cfr. H.L. OLECK, *What to do about Delay in Court, Court Congestion and Delay*, Chicago 1971, 71-77.

⁵ Cfr. R. CROSS, *On Evidence*, 4^a ed., London 1974, 27 ss.; J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *Commentary on the Rules of Evidence for the United States Courts and Magistrates*, New York 1975, I, 102 ss.

⁶ Cfr. J.E. TRACY, *Handbook of the Law Evidence*, Englewood Cliffs 1952, 1; L. PHIPSON, *On Evidence*, 11^a ed., London 1970, 1 ss.; B. THAYER, *A preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, New York 1898, V dell'introduzione.

⁷ Il riferimento è alla tesi sostenuta da A. GIULIANI (*Influence of the rhetoric on the Law of evidence and Pleading*, in *Jud. Rev.* 1962, 220 ss.), secondo la quale all'origine del sistema della *Law of evidence* di *common law*, fondato sull'esistenza di *rules of exclusion*, sarebbe anzitutto l'influenza della retorica medievale, che, basandosi su di un concetto di prova intesa come *argumentum*, prevedeva l'esclusione «of certain methods of inquiry considered fallacious»; si tratta di una tesi indubbiamente originale, ma contraddetta dalla totalità delle opinioni degli autori che si sono occupati dell'argomento; cfr., ad es., J. DES LONGRAIS, *La preuve en Angleterre depuis 1066 (les règles d'exclusion)*, in *La Preuve*, Rec. Soc. Jean Bodin, Bruxelles 1965, XVII, 235 e ss.

essere costituito da un sistema di regole dirette, per la maggior parte, ad impedire che certi mezzi di prova vengano a conoscenza della giuria (salvo la precisazione che non sarebbe corretto attribuire un valore generale a questa *ratio*, dal momento che l'esistenza di altre regole d'esclusione si basa anche su un fondamento diverso; quale, per quanto riguarda i *privileges*, quello della protezione di un principio di *privacy* e di segretezza professionale). La realizzazione di tale sistema, basato sul principio dell'ammissibilità in giudizio di ogni mezzo di prova di cui non sia prevista l'esclusione, è appunto avvenuta tramite la creazione di *rules of exclusion* capaci di determinare l'inammissibilità di intere categorie di mezzi di prova.

Il carattere 'estensivo' di tali norme, il loro numero, e soprattutto la loro assunzione a livello di norme-tipo, hanno contribuito a provocare spesso l'identificazione con il sistema probatorio nel suo complesso. Ciò specialmente nei casi in cui l'evoluzione della *rule* è coincisa con quella di tutta la *law of evidence*, sì da qualificarla come elemento essenziale all'esistenza del sistema.

Fra le *rules of exclusion*, il caso più emblematico è quello rappresentato dall'*hearsay rule*, ossia la regola che esclude le prove *hearsay*.

Come dimostra anche la sua maggior popolarità presso l'uomo della strada, nell'*hearsay rule*, meglio che nelle altre *rules of exclusion*, trova felice esemplificazione questo fenomeno di identificazione della parte (*rule of exclusion*) per il tutto (*law of evidence*)⁸. Ciò grazie soprattutto alla singolare estensione della norma e alla coincidenza della sua evoluzione con quella di tutto il sistema. Per quanto riguarda la vasta estensione della regola, il fattore determinante sembra consistere nella sostanziale ambiguità dell'espressione *hearsay*, e nella conseguente difficoltà di delimitazione del campo di azione dell'*hearsay rule*. In effetti, mentre è agevole la definizione della regola di esclusione, per la quale può valere ancora una descrizione molto antica, del tipo di quella di Gilbert, per cui semplicemente: «*mere hearsay is no evidence*», l'accezione più immediata di *hearsay evidence*, ossia «ciò che una persona ha sentito dire», risulta del tutto inadeguata a descrivere i molteplici significati di cui, col passare del tempo, il termine *hearsay* si è andato caricando⁹. Riservando a più oltre l'illustrazione dell'evoluzione della norma e del concetto di *hearsay evidence*, basti qui rilevare come, di fronte all'impossibilità di fornire una definizione sintetica di *hearsay*, da tempo è quasi unanime la tendenza a darne una descrizione di tipo negativo, del genere: «tutto ciò che non soddisfa a certe esigenze di affidabilità, può considerarsi *hearsay evidence*». In questo senso sono infatti le definizioni come quella famosa del Wigmore, secondo la quale *hearsay evidence* «*is a statement which is made other than by*

⁸ Cfr. J.H. WIGMORE, *On Evidence*, 3ª ed., Boston 1940, I, 293; C.T. McCORMICK, *On Evidence*, St. Paul Minn. 1956, 455: «*Ask the man in the street what he knows about the law of evidence. Usually the only doctrine he will be able to mention is the one called by old English word hearsay.*»

⁹ Cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 18, nota 34, ove viene riportata la definizione fornita da Gilbert nel suo trattato sull'*evidence* del 1726, così formulata: «*A mere hearsay is no evidence [...] but though hearsay be not allowed as direct evidence, yet it may be in corroboration of witnesses testimony, to show that he affirmed the same thing before on other occasion...*». Un esempio dell'attuale atteggiamento nei confronti di una definizione di *hearsay rule* rappresentato da quanto afferma M. WEINBERG, *Australian national Report* presentato all'*International Congress on the Law of Civil Procedure*, Gand 1977, (topic 12, *Presentation of Evidence*): «*the rule does not mean what seem to in its popular sense. It operates to exclude out of the court statements made by person other than the witness who is testifying, when, such statements are tendered to prove the truth of that which was asserted.*»

a witness while testifying at the hearing» fino a quella recente del *Civil Evidence Act*, inglese, che amplia ulteriormente l'area della regola d'esclusione, sino a comprendere tutti i mezzi di prova non aventi natura testimoniale¹⁰. Non meno rilevante anche l'altro elemento, cui sopra si accennato, della coincidenza tra l'evoluzione della regola d'esclusione delle *hearsay evidences* e quella del sistema della *law of evidence*, dovuta l'altro alla presenza della giuria come *trier of fact*.

La caratterizzazione del processo come *trial by jury* si rivela d'altronde una ragione determinante della regola d'esclusione della *hearsay evidence*, che, come testimonia la sua storia, trova origine nella necessità di predisporre adeguate garanzie di fronte all'eventualità che il giudice del fatto debba decidere sulla base di mezzi di prova di scarsa affidabilità perché indiretti, ovvero *hearsay*. D'altra parte, è proprio alla luce dello stretto rapporto esistente tra *hearsay rule* e il sistema tradizionale del processo con giuria che si palesa la singolare attitudine della *rule* a funzionare come elemento rivelatore delle trasformazioni subite da tale sistema in epoca recente.

Risulta allora ovvio che, mentre sul versante della critica al sistema processuale, l'obiettivo più vistoso è stata la giuria (dove il problema della sua eliminazione o mantenimento entro limiti ristretti), sul versante della critica al sistema probatorio, la stessa sorte sia toccata all'*hearsay rule*, quale simbolo della concezione tradizionale della *law of evidence*¹¹. È così apparsa sempre più problematica la sopravvivenza della regola; come avremo modo di vedere in seguito, sostanzialmente tutte le soluzioni al problema dell'*hearsay* proposte e attuate nel corso di questo secolo comportano quanto meno forti mutamenti in seno alla struttura tipica della norma, quando non una radicale trasformazione della sua natura, o, addirittura, una sua completa abolizione¹². È, anzi, proprio per questo fenomeno di progressivo smantellamento della regola di esclusione che l'analisi della vicenda dell'*hearsay* può essere significativa, nel senso di una verifica della direzione presa, per quanto riguarda l'ambito probatorio, da quelle tendenze evolutive del sistema cui si è fatto cenno.

2. Cenni storici

La conferma dello strettissimo legame esistente tra *hearsay rule* e *trial by jury* è data dal fatto che, all'origine della regola, si pone appunto quel fenomeno di trasformazione del processo inglese da *jury trial* in *witness trial*, verificatosi alla fine del Medioevo¹³. Alla quasi totale assenza di *deed witnesses* che testimonino in *open court*, corrisponde per tutto

¹⁰ Cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 2; analogamente M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., II, 476, nota 13; quanto alla *Section I (I)* del *Civil Evidence Act* inglese del 1968, il riferimento in nota 94, II parte, del presente lavoro.

¹¹ Cfr. il *report* dell'associazione JUSTICE, *Going to Law: A Critique of English Civil Procedure*, London 1974, 59-60.

¹² Cfr. J.B. WEINSTEIN, *Probative Force of Hearsay*, in 46 *Iowa L. Rev.* 1961, 338 ss.; P.J. BRYSH, *Abolish the Rule Against Hearsay*, in 35 *U. Pitts. L. Rev.* 1975, 224; R. CROSS, *On Evidence*, cit., 443.

¹³ Cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 10; in questo caso l'espressione *witness-trial*, come opposta a *jury-trial*, sta a significare processo nel quale viene richiesta la presenza del *deed-witness* che testimoni appunto sul fatto di cui è venuto direttamente a conoscenza; così infatti si esprime Wigmore: «*But at any rate this principle, so far as it prevailed, concerned a different mode of trial, trial by witnesses, which jury trial supplanted.*»

il Medioevo, l'attribuzione ai giurati della funzione – oltre che di giudici del fatto – di *knowledge witnesses*¹⁴.

Spetta cioè ai *jurors* – quali rappresentanti dell'opinione della comunità – svolgere attività investigativa presso i testimoni diretti dei fatti in causa; sono poi sempre i membri della giuria che presentano in udienza i resoconti delle testimonianze raccolte; e sui loro *reports*, ovvero su informazioni del tutto indirette e «per sentito dire» la corte fonda infine il proprio giudizio¹⁵. È già verso la metà del secolo XV che si registrano le prime apparizioni di *witnesses testifying to juries*. Tuttavia, la pratica del verdetto reso dalla giuria sulla base delle dichiarazioni rese viva voce dai testimoni diretti dei fatti prende realmente ad affermarsi solo nel secolo successivo¹⁶.

Naturale conseguenza di questo fenomeno – che, mentre, obbliga gli organi giudicanti a decidere sempre più spesso sulla base delle sole testimonianze rese in udienza, vede progressivamente scomparire la figura del giurato che assume personalmente informazioni – è lo sviluppo di una più attenta sensibilità nei confronti della prova testimoniale diretta¹⁷.

Allo scopo di fornire una soluzione al problema dell'affidabilità di tale prova, dapprima si ricorre al modello continentale, ossia alle regole di prova legale della *Canon Law* (come quelle riguardanti il numero dei testimoni necessari per provare legalmente un fatto)¹⁸. Quasi contemporaneamente, però, emerge la tendenza a valutare l'intrinseco valore probatorio dell'*evidence* offerta dal singolo testimone. Già verso la metà del '500, infatti, non sono rari i casi in cui, accanto all'enumerazione delle testimonianze a sostegno di una certa versione dei fatti, viene indicato il grado di conoscenza posseduta dai *witnesses* (in *Rolfe v. Hampdem* del 1541 – per citare un caso molto noto – è precisato che, di tre *witnesses* ad una disposizione testamentaria, «two deposed upon the report of others, and the third deposed of his own knowledge»)¹⁹. È però solo nel corso del secolo XVII che ha inizio l'asestamento di un diritto probatorio di *common law* con caratteristiche del tutto originali.

In questo periodo si assiste al definitivo imporsi del modello del *witness trial*, e, in conseguenza di ciò, anche della formazione di un sistema di norme probatorie caratterizzate dalla «finalità di selezione il materiale probatorio offerto alla valutazione dei giurati»²⁰.

La naturale diffidenza verso le testimonianze non derivanti dalla diretta percezione di un fatto (che non fossero cioè *de visu et auditu*) – peraltro da sempre esistita – si precisa progressivamente, fino ad assumere la forma di regola d'esclusione del mezzo di prova indiretto per eccellenza, ovvero dell'*hearsay evidence*. In realtà, nei primi anni del secolo, nonostante le crescenti obiezioni circa l'ammissibilità in giudizio dei mezzi di prova *he-*

¹⁴ Cfr. J.H. WIGMORE, *The History of the Hearsay Rule*, in 17 *Harv. L. Rev.* 1904, 440; nello stesso senso cfr. F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *History of the English Law*, 2ª ed., Cambridge 1968, 633, come pure C.T. MCCORMICK, *op. cit.*, 455.

¹⁵ Cfr. W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London 1966, IX, 215.

¹⁶ Cfr. W. HOLDSWORTH, *op. loc. cit.*; nello stesso senso B. THAYER, *op. cit.*, 18, 499.

¹⁷ Cfr. T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Law of Evidence*, London 1956, 136; J.H. WIGMORE, *op. cit.*, 13: «*Much began to be thought and said, in statutes and otherwise, about having witnesses «good and lawful», «good and pregnant», «good and sufficient».*

¹⁸ Cfr. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, 205-206; C.T. MCCORMICK, *op. cit.*, 456.

¹⁹ Cfr. J.H. WIGMORE, *On Evidence*, cit., V, 13, nota 24.

²⁰ Cfr. V. DENTI, *op. cit.*, 51.

arsay, la tendenza prevalente nella prassi non è verso l'esclusione, ma verso il loro parziale accoglimento.

Pur riconoscendosi, infatti, la qualità di «*evidence of inferior kind*», dell'*hearsay*, ne viene sostenuta l'ammissibilità nei casi in cui venga utilizzata in qualità di corroborative *evidence*²¹.

Il successo di un simile approccio si rivela tuttavia di breve durata; già negli anni tra il 1675 e il 1690 tale concezione non trova che scarsissima utilizzazione e appare invece sostituita da una generale preferenza per una chiusura rigida nei confronti dell'*hearsay evidence*²². La famosa e già citata definizione del Gilbert, secondo la quale: «*The attestation of a witness must be to what he knows and not to what hath heard, for mere hearsay is no evidence*», risalente del secolo successivo, è un esempio di come la tendenza alla esclusione di questo mezzo di prova si sia ormai consolidata. Il secolo XVIII, in effetti, è il periodo in cui, come peraltro avviene per il sistema probatorio nel suo complesso, l'*hearsay rule* giunge alla definizione più ampia e più completa. A partire dalla metà del secolo, l'applicazione della regola d'esclusione viene estesa anche a quelle dichiarazioni *hearsay* prestate sotto giuramento, e che, dopo l'abbandono della tendenza della utilizzazione degli *hearsay statements* in qualità di corroborative *evidence*, erano rimasti gli unici mezzi di prova di tipo *hearsay* ammissibili²³. Più ancora dell'aumentata estensione della norma, è peraltro da sottolineare il fatto che, in questo periodo, vengono razionalizzate con estrema chiarezza le cause fondamentali della debolezza processuale della prova *hearsay*; ovvero: la mancanza di una garanzia morale quale il giuramento, e, soprattutto, l'impossibilità di sottoporre l'autore degli *hearsay statements* al vaglio della *cross examination*²⁴. Questa razionalizzazione come sia ormai giunta a compimento l'opera di elaborazione di una *philosophy* di questa regola d'esclusione.

Bisogna infine aggiungere che, soprattutto intorno all'ultimo trentennio del secolo, inizia a precisarsi un sistema di eccezioni alla regola d'esclusione, i cui primi esempi sono rappresentati dai casi, sempre più frequenti, in cui vengono considerate ammissibili le dichiarazioni di persone decedute e le cosiddette *pedigree declarations*. L'impostazione data al problema degli *hearsay statements* nel corso del secolo XVIII permane, in mancanza di un'originale concezione della materia, anche durante il secolo successivo²⁵. L'accoglimento, da parte della dottrina ufficiale, della concezione settecentesca dell'assoluta inam-

²¹ Cfr. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, IX, 216; nello stesso senso cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 15, 17, note 28, 33.

²² Cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 16.

²³ Cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 18.

²⁴ Cfr. ancora J.H. WIGMORE, *op. loc. cit.*, ove si afferma che ciò che merita di venire particolarmente sottolineato il fatto che, nelle motivazioni a sentenze di questo periodo, è chiaramente individuata la ragione della differenziazione tra dichiarazioni rese in giudizio e dichiarazioni rese al di fuori del giudizio; essenzialmente individuata nel fatto che, alla controparte, viene a mancare, in questo ultimo caso, la possibilità di sottoporre il testimone a controinterrogatorio. Una ragione che riceve particolare enfasi nei casi di applicazione della regola d'esclusione alla categoria delle dichiarazioni rese sotto giuramento.

²⁵ W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, XII, 507, ricorda che, in questo periodo, si assiste all'emersione di alcune delle principali eccezioni; come i casi in cui prendono ad essere ammesse in giudizio le dichiarazioni riguardanti i rapporti di parentela o il possesso di un fondo.

missibilità dell'*hearsay evidence* in giudizio è infatti pressoché totale; e l'unica peculiarità dell'approccio dominante nell'Ottocento, è rappresentata da un'opera particolarmente precisa di catalogazione delle eccezioni alla regola, diventate, nelle applicazioni giurisprudenziali, ormai innumerevoli. Rispetto a un panorama così piatto e uniforme, l'approccio proposto da Jeremy Bentham al problema dell'*hearsay*, nonostante la sua collocazione marginale (forse però proprio in ragione della sua posizione in certo senso defilata), è il solo a spiccare per originalità e modernità.

3. Bentham e l'elaborazione del problema nel secolo scorso

Per quanto originale, quello di Bentham, non è tuttavia un atteggiamento che mostri di ignorare il fondamento della tendenza tradizionale all'esclusione dei mezzi di prova *hearsay*. La problematica dell'oggettiva debolezza processuale di queste prove risulta infatti presente, e anzi proprio da essa muove il discorso di Bentham. In questa prospettiva va visto l'inserimento dell'esame delle *hearsay evidences* (termine con il quale Bentham intende, in modo restrittivo, i soli *oral statements* di provenienza indiretta) nell'ambito di quello relativo alle cosiddette *makeshift-evidences*; una categoria, questa, molto più ampia, comprensiva anche delle dichiarazioni inserite in documenti e, quindi, più facilmente assimilabile alla moderna concezione di *hearsay*²⁶. Una simile impostazione, che in certo senso obbliga l'autore a dare anzitutto spazio alla questione centrale del problema rappresentato dalle *indirect evidences*, ovvero quella dell'inaffidabilità di tali mezzi di prova, vede Bentham allineato molto chiaramente nel senso delle motivazioni fornite dalla dottrina settecentesca per una netta preclusione nei riguardi dell'*hearsay*.

Anche per Bentham, la caratteristica fondamentale di questi mezzi di prova consiste, infatti, nella mancanza di adeguate garanzie nei confronti di vizi quali la incompletezza delle informazioni fornite e la loro eventuale fraudolenza²⁷. Queste manchevolezze possono riassumersi nel «*lack of interrogation ex adverso*», ovvero nell'impossibilità di sottoporre l'autore della dichiarazione al vaglio della *cross-examination*, che, anche per Bentham, rimane la garanzia fondamentale di veridicità della prova. La constatazione dell'inferiorità propria di queste *evidences* rispetto a quelle che vengono definite *ordinary evidences*, lungi dal costituire il punto di arrivo del discorso di Bentham, si rivela tuttavia l'occasione per una elaborazione originale del problema. L'aver indicato le principali carenze delle *make-shift evidences* nel fatto che a esse non siano applicabili le basilari forme di garanzia contro i rischi di incompletezza e non correttezza dell'informazione, e che esse non possa-

²⁶ In effetti, alla trattazione del problema dell'*hearsay evidence*, è preposta l'indicazione «*Of Make-Shift Evidence*» (cfr. J. BENTHAM, *Rationale Of Judicial Evidence*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Edimbourg 1843, VI, C. XIII, 57); il termine *make-shift* viene assai spesso utilizzato da J. BENTHAM a indicare, in generale, il mezzo di prova indiretto. Scrive J. BENTHAM *op. cit.*, VII, C. VI, 135, mettendo a confronto *extra judicially written evidence* e *hearsay evidence*, che: «*Hearsay evidence presents always two witnesses...and the causes judicially of untrustworthiness repeatable upon each*», mentre «*in the case of extra judiciary written evidence, the discourse being written [...] the tenor of it is fixed*».

²⁷ Cfr. J. BENTHAM, *op. cit.*, C. XII, par. 1, in cui sono analizzate le caratteristiche dei mezzi di prova che J. BENTHAM definisce «*unoriginal*», in quanto: «*in a greater or less degree untried by the test which have already been brought to view under the name of securities... against deceptive incorrectness and incompleteness [...] but in particular, by interrogation*».

no essere sottoposte al vaglio dell'interrogatorio incrociato, non conduce infatti Bentham a sostenere, con la maggioranza dei suoi contemporanei, la validità della loro preventiva e assoluta esclusione. È, al contrario, su questo tema specifico che riceve piena applicazione quello che è il nucleo centrale del pensiero benthamiano in materia di *law of evidence*, ovvero il principio in base al quale: «*no species of evidence whatsoever, willing or unwilling, ought to be excluded*»²⁸. Di conseguenza, Bentham prende decisamente posizione a favore della *general admissibility* anche per questi mezzi di prova. La qualità di *evidences of inferior kind* non esclude infatti che la loro utilizzazione possa rivelarsi proficua in tutti i casi in cui si rivelino insufficienti i mezzi di prova tradizionali (ossia le *ordinary evidences*). Ciò che particolarmente preme a Bentham, nella sostanza, è che non venga tralasciato nessuno strumento utile all'accertamento della verità; è chiaro, allora, che egli non possa non essere contrario ad un sistema saldamente fondato sul principio dell'esclusione preventiva della prova *deceptive* in quanto tale; cioè del tutto indipendente dal suo concreto valore probatorio nel caso specifico²⁹. In quest'ottica risulta pure evidente che l'esistenza di una regola, come quella che prevede l'inammissibilità in giudizio dei mezzi di prova *hearsay* (o *make-shift*), venga vista come un grave impedimento all'accertamento della verità, che, per contro, dovrebbe essere lo scopo ultimo delle regole della *law of evidence*.

Al sistema vigente, frutto di una sopravvalutazione dei rischi derivanti dalla natura di prova indiretta, tipica delle *make-shift evidences*, Bentham propone di sostituire un sistema in cui si possa tener conto anche dei rischi di *misdecisions* che potrebbero derivare dalla mancata utilizzazione di simili mezzi di prova³⁰. Ciò che allora appare fondamentale è sostituire il «principio del sospetto» a quello di esclusione. Nella realizzazione di tale alternativa al sistema tradizionale, un ruolo fondamentale giocano sia l'impiego della *counter interrogation* sia, e soprattutto, i poteri del giudice. Strumento di basilare importanza per la verifica dell'attendibilità delle prove, la *cross-examination* si rivela particolarmente indispensabile proprio nei confronti dei mezzi di prova *make-shift*, i quali, in mancanza di tale controllo, non potrebbero che essere confinati nella zona delle *extra-judicial evidences*, nonostante la loro utilità per la decisione³¹.

È, però, particolarmente al giudice che Bentham conferisce il ruolo predominante in ordine alla soluzione dei problemi derivanti dall'assunzione di mezzi di prova di scarsa affidabilità. Al riguardo il principale strumento dovrebbe essere il potere discrezionale del giudice di ammissione delle prove dedotte dalle parti: esso, tuttavia, non dovrebbe

²⁸ Cfr. J. BENTHAM, *op. cit.*, VI, 204.

²⁹ Cfr. J. BENTHAM, *op. cit.*, VI, 58-59; v. anche J.H. CHADBOURN, J. *Bentham and the Hearsay Rules: A Benthamistic View of Rule 63 (4) (c) of the Uniform Rules of Evidence*, in 76 *Harv. L. Rev.* 1962, 934 ss.

³⁰ Cfr. J. BENTHAM, *op. cit.*, VII, 134: «*That which ought in scarce any case to be done... is to put an exclusion upon evidence, on the ground of danger of deception...*».

³¹ Cfr. J. BENTHAM, *op. cit.*, VII, 159: «*the danger of deception has been generally exaggerated...*»; il rischio dell'adozione del principio d'esclusione, viene individuato soprattutto nella sostanziale impossibilità di porre limiti concreti all'esclusione: «*Adopt the principle of exclusion, in the character of a security against deception – adopt it in any case whatsoever, there is not any point in which its application can with any consistency be made to cease*». La soluzione proposta risulta invece quella, opposta, della generale ammissibilità: «*Discard the principle of exclusion altogether [...] – adopt in its stead the principle of universal admissibility, you do no more than give extension to a principle the innoxiousness of which [...] has been made manifest by undeviating experience*» (cfr. *op. cit.*, 160).

essere lasciato alla completa discrezione del singolo giudice; è infatti ritenuta opportuna l'introduzione di disposizioni legislative in funzione di *instruction* ad uso del giudice per la decisione di alcune delle possibili fattispecie di *deceptive evidences*³². Al di là di quest'ultimo approdo del discorso benthamiano – in fondo marginale e accessorio, anche a causa della mancata precisazione dei caratteri che tali regole dovrebbero avere – l'interesse maggiore è nel modo in cui l'analisi della questione delle prove *make-shift* è stata condotta e, ovviamente, nelle sue conclusioni. Bentham ha soprattutto proposto un'inversione della tendenza a guardare ai problemi di *evidence* più dal punto di vista della correttezza formale del mezzo di prova che della reale utilità di esso in ordine all'accertamento dei fatti; il rilievo attribuito ai poteri del giudice in fase di ammissione non è che la conseguenza di questa scelta di fondo.

L'approccio benthamiano, che assume il carattere di una quanto mai chiara presa di posizione nei confronti della tradizionale concezione della *law of evidence*, non ha un'influenza diffusa e immediata³³. Nonostante la concretezza delle proposte e della diagnosi dei mali del sistema presentate da Bentham, non esistono in pratica esempi di un loro effettivo accoglimento su questo punto specifico, neppure da parte di quei rappresentanti della dottrina, che, peraltro, mostrano di apprezzare la impostazione di Bentham³⁴. Vi sono infatti autori, come lo Stephen in Inghilterra, che, mentre rendono evidente – anche in quanto si occupano della codificazione – l'influenza della lezione di Bentham, di essa non tengono conto al momento in cui si occupano specificamente dell'*hearsay rule*, e preferiscono invece adottare l'approccio tradizionale con regola d'esclusione e relative eccezioni; al più, essi si limitano – come Stephen appunto – a sottolineare l'importanza delle eccezioni più significative alla regola³⁵.

³² Cfr. J. BENTHAM, *op. cit.*, VII, 136.

³³ Cfr. J. BENTHAM, *op. cit.*, VII, 60-72.

³⁴ In effetti il periodo che va dal 1825 fin verso la fine del secolo, riceve di regola la definizione di epoca delle riforme, o, a sottolineare l'influenza essenziale del pensiero di Bentham sul *Reform Act*, di epoca del Benthamismo. Tuttavia, sul piano dell'*enacted law*, il successo delle proposte di Bentham – che si riflette specialmente in opere di codificazione, come il *County Court Act* e i *Common Law Procedure Acts*, profondamente riformatrici del sistema processuale inglese – risulta quantomeno parziale in materia di *law of evidence*. Esso rimane in realtà limitato ad un solo aspetto, anche se di grande rilevanza: quello cioè dell'eliminazione dei molti limiti alla *competency* ancora esistenti per alcuni soggetti. È di ciò che si occupano numerosi *acts* in materia di *evidence*, dal *Denman's Act* del 1833, sino al *Criminal Evidence Act* del 1898; ed è probabile che questo genere di impegno abbia sottratto spazio ad altri problemi di *evidence law*, come appunto quello rappresentato da *make-shift* o *hearsay evidence* (cfr. sul punto specifico delle codificazioni in materia di prove: W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, XV, 128 ss.; un quadro sufficientemente completo dell'ambiente culturale dell'epoca è invece fornito da A.V. DICEY, *Le période du Benthamisme ou de l'individualisme*, in *Rapports entre le Droit et L'Opinion* 1906, 117-196; cfr. in questo senso anche J.H. CHADBOURN, *op. cit.*, 940; cfr. in senso analogo G.W. KEETON, O.R. MARSHALL, *Jeremy Bentham and the Law of Evidence*, in *Bentham and the Law*, London 1948, 79).

³⁵ S. STEPHEN, *Commentaries on the Law of England*, London 1928, I, 226, elenca, riunendoli in quattro gruppi, i casi di eccezionale ammissibilità di *hearsay statements*, ovvero quelli ormai canonici, della testimonianza *contra se*, del *public document*, della *declaration by deceased person* e della testimonianza resa in *former trials*. Anche il famoso *Indian Evidence Act*, redatto da Stephen, non fa che ricalcare, nella sostanza, questo schema: la *section 32* dell'*Act* (*Statements by Person Who*

Un atteggiamento analogo è riscontrabile negli Stati Uniti, dove pure l'interesse per le proposte avanzate da Bentham è, fin dai primi dell'800, vivissimo; anche qui, nei non rari casi di *draft codes* in materia processuale (e per tutti basti ricordare quello di *Dudley Field*), la rispettosa osservanza dell'approccio tradizionale nei riguardi delle *hearsay evidences* denuncia un sostanziale insuccesso delle proposte di Bentham per quanto riguarda anche solo una revisione della questione *hearsay*³⁶.

La dimostrazione indiretta di come il discorso di Bentham non abbia affatto rappresentato l'inizio di un filone di revisione dell'apparato di regole della *law of evidence*, e solo sporadicamente sia riuscito a trovare dei seguaci, è fornita dal fatto che è necessario giungere fino agli ultimi anni del secolo per incontrare, negli Stati Uniti, con Thayer, un esempio isolato, seppure di grande rilievo, di una elaborazione dei problemi in esame in chiave chiaramente benthamiana.

Anche alla base del discorso di Thayer vi è un giudizio fortemente critico nei confronti dell'intero sistema probatorio di *common law*.

La famosa definizione della *law of evidence* come un'accozzaglia di norme prive di qualsiasi logica, se non quella di ostacolare in concreto la ricerca della verità, esemplifica il punto di partenza del pensiero di Thayer; egli, inoltre, individua particolarmente nelle più importanti regole d'esclusione derivanti dalla tradizione, i punti di maggiore carenza del sistema³⁷. «*Great head of the law of evidence*», la *hearsay rule* rappresenta per Thayer l'esempio tipico dei risultati di tale processo involutivo³⁸. La funzione di *main rule* della regola d'esclusione della prova *hearsay* gli appare del tutto snaturata, poiché la sua generale applicazione è in concreto esclusa da un esorbitante numero di eccezioni, peraltro riconosciute indispensabili a temperare la rigidità della *rule*³⁹. L'estensione di tali eccezioni ben oltre gli *strict bounds* loro propri, pone anzi il problema di stabilire quali in realtà possano essere definite eccezioni e quale la regola. A parere di Thayer – di fronte ad una simile situazione di incertezza, in cui le eccezioni si sono a loro volta trasformate in regole d'esclusione della regola d'esclusione principale – l'unica soluzione è rappresentata dall'a-

Cannott Be Called As Witnesses) riporta infatti gli stessi casi di eccezione all'*hearsay rule* di cui sopra (cfr. S. STEPHEN, *The Indian Evidence Act as Amended by Act XVIII of 1872*, Madras 1872).

³⁶ Cfr. C.W. EVERETT, J. *Bentham and the United States of America*, in *Bentham and the law*, cit., 185. L'influenza di Bentham su autori come Livingston e Field è fuori discussione; quanto a questo ultimo, può forse aiutare a spiegare la mancata, completa adesione alla visione benthamiana, anche in materia di *evidence*, l'esistenza di fondamentali differenze d'ambiente tra i due autori (cfr. in questo senso, S.R. REPPY, *The Field Codification Concept (Bentham and Field Compared)*, in *David Dudley Field Centenary Essay*, New York 1949, 52; ed anche J.H. CHADBURN, *op. cit.*, 940-941); quanto al sostanziale fallimento delle teorie Benthamiane negli Stati Uniti, cfr. P.A. PALMER, *Benthamism in England and America*, in 35 *Am. POI. Sc. Rev.* 1941, 860 ss.

³⁷ Cfr. B. THAYER, *The Present and the Future of the Law of Evidence*, in 12 *Harv. L. Rev.* 1898, 72-73: «*our law of evidence is a piece of illogical, but by non means irrational patchwork, not at all to be admired, nor easily to be found intelligible, except as a product of the jury system, as the outcome of a quantity of rulings by sagacious lawyers, while settling practical questions in presiding over courts where ordinary, untrained citizens are acting as judges of fact*»; del *set of rules* che costituisce il corpo della *law of evidence*: «*a great portion are working a sort of intellectual fraud, by purporting to be what they are not*».

³⁸ B. THAYER, *A preliminary Treatise*, cit., 518.

³⁹ Cfr. B. THAYER, *The Law of Evidence*, in 12 *Mich. L. Rev.* 1914-15, 360.

dozione di un diverso sistema probatorio, l'unica che, ispirandosi al principio «che tutto ciò che è rilevante deve anche essere ammissibile», liberi il campo da regole d'esclusione ormai inutilizzabili⁴⁰. Oltre che l'analisi, anche la terapia proposta da Thayer, rivela nettamente la matrice benthamiana del suo discorso. L'attribuzione al giudice di un ampio potere discrezionale in ordine all'ammissione dei mezzi di prova, sembra, infatti, anche a Thayer la via obbligata per una liberalizzazione in questo settore della *common law*; alla quale potrebbe contribuire anche un moderno sistema di norme in materia di prove, le quali (ma anche sotto questo aspetto non ci si allontana da quanto proposto da Bentham) strutturate «*as guiding principles ad not as peremptory rules*», lasciassero comunque ampia discrezionalità al giudice⁴¹.

Nonostante le analogie con l'approccio benthamiano, al discorso di Thayer tocca una sorte ben diversa sul piano dell'accoglienza e della applicazione nella pratica.

La proposta avanzata nel 1896 da Thayer alla *Boston Bar Association* per l'adozione, nell'ambito di uno *statute* in materia di prove, di una norma per l'ammissione di tipiche prove *hearsay* – come le dichiarazioni rese per iscritto, *ante litem motam*, da persona deceduta, in tutti i casi in cui il giudice lo ritenga opportuno – riceve infatti un'accoglienza quasi entusiastica⁴². Non solo, ma, andando al di là delle aspettative dello stesso Thayer, i *commissioners* della *B.B.A.* approntano una norma – la *rule 535* del *Massachusetts Statute* del 1898 – con cui la ammissibilità risulta estesa, oltre che alle dichiarazioni scritte, anche alle *oral declarations of deceased persons*⁴³. Si tratta tuttavia di un avvenimento eccezionale nel panorama delle tendenze più diffuse all'epoca dell'apparizione del *Massachusetts Statute*. Esse sono, infatti, generalmente improntate a una sorta di *undestatement*, se non rispetto al problema dell'*evidence* in generale, certamente rispetto a regole d'esclusione come l'*hearsay rule*; e quindi sono, nella sostanza, favorevoli a un mantenimento del sistema tradizionale.

Lo stesso discorso vale anche per l'Inghilterra, dove, nonostante l'attuazione di profonde riforme che modificano sensibilmente la struttura del sistema, e che giungono a intaccare pure alcuni aspetti della *law of evidence*, la questione dell'esistenza di regole d'esclusione rigide per certi mezzi di prova non viene messa in discussione⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. B. THAYER, *A Preliminary Treatise*, cit., 522.

⁴¹ Cfr. B. THAYER, *The Law of evidence*, cit., 361-366.

⁴² Nella sua lettera del 22 dicembre 1896, Thayer proponeva una formula di questo tipo, e affermava di essersi ispirato specialmente a risultanze giurisprudenziali, come il *remark* del giudice Mellish nel caso *Sugden v. st. Leonards*, del 1876, ritenuto un indubbio miglioramento della *law of evidence*. B. Thayer si rendeva pure conto che l'ammissibilità avrebbe potuto essere estesa anche agli *oral statements*, e non rimanere limitata ai soli *written statements* provenienti da persone decedute; ma, giustificava la sua prudenza con la considerazione che: «*experience would help us to see whether the full change would be desirable*» cfr. B. THAYER, *Legal Essays*, Boston 1908, 303-304.

⁴³ La estensione implicita agli *oral statements*, che con questa norma viene attuata, è dovuta all'opera dell'*Attorney General* di quello Stato; essa trova, nonostante l'approvazione del legislativo, una forte, prevedibile, opposizione da parte della *Bar Association* (cfr. *op. cit. supra*, 304); questa, d'altra parte deve essere stata anche la ferma opinione di B. Thayer, il quale (cfr. B. THAYER, *The Law of Evidence*, cit., 368) ribadisce che: «*it seems abundantly clear that such a statute would be sound if limited to written declarations*».

⁴⁴ Cfr. nota 34 del presente lavoro.

La tendenza imperante per tutto l'Ottocento risulta dunque quella alla conservazione del sistema probatorio tradizionale: sul piano dottrinale essa trova i suoi esponenti in autori famosi come, negli Stati Uniti, Greenleaf, e, in Inghilterra, Taylor e Best, ma soprattutto, ormai a cavallo del '900, in Wigmore, la cui opera rappresenta una sorta di *summa* della concezione della *Law of evidence* intesa come un insieme di *evidence rules* da considerare, in quanto risultato di una stratificazione secolare, immutabili nella sostanza, salva, al più, la possibilità di sottoporle ad una sistemazione razionale. Questo, che è l'obiettivo dell'opera di Wigmore, viene realizzato specialmente nei confronti della *Hearsay rule*, considerata infatti l'unico esempio di *analytic rule* nel panorama della *law of evidence*⁴⁵.

Nella trattazione di Wigmore, la norma, alla quale viene attribuita la funzione di sottolineare il contrasto esistente tra *tested* e *untested evidences*, trova ancora la sua fondamentale giustificazione, nell'oggettiva impossibilità di sottoporre l'autore della dichiarazione al *test* della *cross examination*⁴⁶. Certo più originale di questa pedissequa accettazione della teoria settecentesca dell'*hearsay rule*, è la sistemazione su basi scientifiche delle eccezioni alla regola d'esclusione, opera alla quale, nella trattazione di Wigmore, viene dedicato gran parte dello spazio riservato all'*hearsay*. In effetti, attraverso l'individuazione e l'utilizzazione dei principi di *Necessity* e di *Circumstantial of Trustworthiness*, Wigmore procede alla teorizzazione di un sistema di eccezioni alla regola d'esclusione delle *hearsay evidences*, che, per quanto esteso e complesso (le eccezioni risultano suddivise in ben 14 grandi gruppi, ciascuno dei quali è, a sua volta, comprensivo di un rilevante numero di eccezioni particolari), riesce a fornire un panorama completo e ordinato della *hearsay law* vigente⁴⁷. Nonostante questi meriti, la poderosa glossa di Wigmore⁴⁸ rappresentata, per gli anni successivi, un'eredità spesso pesante, e contribuisce anche al di là delle intenzioni dell'autore – in ragione del suo carattere prettamente divulgativo – a una sorta di congelamento dell'evoluzione di quella parte della *law of evidence* costituita dall'*hearsay*⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. J.H. WIGMORE, *On Evidence*, cit., V, 1.

⁴⁶ Cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 3.

⁴⁷ Il principio di *necessity* è spiegato da Wigmore – in maniera, per la verità, piuttosto ovvia – come quel principio che consentirebbe di considerare ammissibile anche il mezzo di prova *hearsay* in tutti quei casi in cui ciò risulti necessario per evitare che, con l'esclusione dell'*evidence* di questo tipo, si corra il rischio di «*lose the evidence entirely*». Il principio di *circumstantial probability of trustworthiness*, invece, costituisce una giustificazione all'ammissione anche dell'*evidence untested* (ovvero *hearsay*) qualora la mancanza del test della *cross-examination* sia saldamente controbilanciata dalla presenza di «*certain circumstances*», che, in concreto, garantiscano la probabile affidabilità dello *statement* (cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 204 ss.).

⁴⁸ Cfr. L.M. FRIEDMAN, *History of American Law*, Tucstone 1973, 350.

⁴⁹ A livello di opinione personale, anche J.H. Wigmore riconosce, sorprendentemente, la necessità di una liberalizzazione della regola d'esclusione degli *hearsay statements*, che passi attraverso l'adozione di una *general exception* della stessa *for all the statements of deceased persons*; si tratta, in sostanza, della stessa proposta avanzata, molti anni prima, da B. Thayer (cfr. J. H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 209); ma questa opinione rimane meno influente della sistemazione della dottrina tradizionale, compiuta dallo stesso J.H. Wigmore.

4. a) Nuove tendenze dottrinali. b) Il *Model Code of Evidence* e le *Uniform Rules* statunitensi. c) Il *Civil Evidence Act* inglese del 1938

a) Si assiste a un rinnovato interesse per questo tipo di problemi solo qualche decennio più tardi. Intorno agli anni Trenta, alla concezione tradizionale della *law of evidence* vengono infatti mosse critiche che, passando appunto attraverso un riesame della regola d'esclusione degli *hearsay statements*, sembrano dimostrare una sostanziale inversione di tendenza nell'approccio alla questione delle *hearsay evidences*, e più in generale del funzionamento di tutto il sistema probatorio. Nell'arco di quegli anni, l'argomento non è oggetto di un dibattito isolato, e si inserisce piuttosto nel panorama degli studi diretti a una revisione, anche se da altra angolazione e con diversa ampiezza di indagine, del sistema di *common law*. L'apparizione negli Stati Uniti, e proprio in quegli anni, di un movimento come quello realista, non è senza rilievo per quanto qui interessa; invero, non è improbabile che le istanze dei realisti abbiano influenzato anche l'atteggiamento della dottrina che non aderì apertamente al *Realistic Movement*⁵⁰. È infatti significativo che alcuni dei principali risultati dell'analisi del sistema operata dai realisti, costituiscano, come più in là vedremo, pure il *background* delle critiche più avanzate in materia di *law of evidence*, provenienti da autori della generazione post-wigmoreana.

Gran parte della critica condotta al sistema di *common law* da parte dei realisti – e in particolare da Frank – ha per oggetto il *trial by jury* e le sue deficienze, dovute principalmente alla preponderanza del verdetto della giuria, oltre ogni possibilità di direttiva da parte del *judge*⁵¹. Questo giudizio sfavorevole nei confronti della giuria conduce alla proposta della sua completa abolizione – almeno per le cause civili – e, in alternativa, del conferimento al giudice di più ampi poteri discrezionali⁵². Non sfugge ai realisti che una riforma così profonda non potrebbe non avere forti ripercussioni sulle norme di *evidence*, il cui scopo principale è quello di regolare la formazione del giudizio della giuria. La scomparsa di questa avrebbe l'effetto di condurre ad una notevole razionalizzazione del giudizio, specialmente per quanto riguarda il complicato sistema delle *rules of evidences*, per alcune delle quali, anzi – come per la *hearsay rule* – verrebbero meno i motivi di sopravvivenza⁵³.

⁵⁰ Cfr. W. VOLKOMER, *The Passionate Liberal The Political and Legal Ideas of Jerom Frank*, Le Hague 1970, 65 ss., dove il movimento realista, considerato nel contesto della cultura giuridica americana degli anni tra il '20 e il '30, risulta anzitutto un movimento inteso a purgare il sistema giuridico di quel paese dai suoi caratteri più manifestamente conservatori; nello stesso senso, cfr. W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realistic Movement*, London 1973, 376-385, in cui il carattere di rivolta nei confronti del formalismo procedurale è ulteriormente sottolineato, anche alla luce di un parallelo con questo movimento di pensiero e le proposte avanzate da Bentham.

⁵¹ È specialmente con Frank che la critica all'istituto della giuria si fa particolarmente aspra; ad essa viene imputata l'incertezza che regna circa i risultati del procedimento, sulla base della considerazione che: «*Proclaiming that we have a government of laws, we have, in jury cases, created a government of often ignorant and prejudiced men*» (cfr. J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York 1948, XI, 172, 184).

⁵² Cfr. W. VOLKOMER, *op. cit.*, 60; nello stesso senso cfr. J. FRANK, *Courts on Trial Myth and Reality in American Justice*, Princeton 1950, 145, e, ancora J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit., 157.

⁵³ Cfr. J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit., 185 e ID., *Courts on Trial*, cit., 123.

Per quanto, come si è detto, non si possa parlare di influenza immediata e generale dei realisti, è notevole che il movimento di critica all'eccessivo schematismo del sistema probatorio che emerge in questi anni, segua, grosso modo, le stesse linee. Tale movimento si fonda frequente confronto con il processo speciale amministrativo⁵⁴, e, pure, sul recupero della lezione di autori del tutto estranei al *milieu* realista, come l'austriaco Thayer⁵⁵. Il riferimento alle tesi di Thayer in materia di *evidence* e di *hearsay evidence*, in particolare, è in effetti una costante nei discorsi degli autori che, negli Stati Uniti, si occupano del problema in quegli anni⁵⁶.

Come per Thayer – e i realisti – il bersaglio principale delle critiche di origine dottrinale è rappresentato dal *trial by jury*; meglio: dalle anacronistiche, e perniciose, *rules of exclusion*, le quali, traendo la loro fondamentale giustificazione dalla presenza di un *trier of fact* laico, avevano condizionato largamente l'evoluzione (o la mancata evoluzione) del sistema probatorio⁵⁷. Rispetto alla regola d'esclusione dell'*hearsay*, lo sbocco rappresentato dalle grandi eccezioni come le *dying* e le *pidegree declarations*, i *business books* e le *res gestae* – essenziali rispetto all'impostazione tradizionale – è considerato solo un palliativo, rispetto all'eventualità che *hearsay evidences* risultino indisponibili, nonostante la loro rilevanza nel singolo caso⁵⁸.

⁵⁴ Di particolare interesse il riferimento al procedimento amministrativo, come quello ad opera di E.M. MORGAN, che, oltretutto riecheggia un altro riferimento dello stesso autore nei *Foreworck*; al *Mode Code of Evidence* dell'*American Law Institute* (vedere più oltre nel testo); in esso viene sottolineata l'ammissibilità, in quei procedimenti, dell'*hearsay evidence*, ammissibilità che non si comprende visto l'elevato standard di competenza del giudice ordinario perché non possa venire estesa anche al *trial* tradizionale, *by jury* e *by judge alone* (cfr. E.M. MORGAN, *Some Observation Concerning a Model Code of Evidence*, in 89 *U. Pen. L. Rev.* 1940, 161).

⁵⁵ Circa le origini culturali di B. Thayer, cfr. G. TARELLO, *Il Realismo giuridico americano*, Milano 1962, 32, nota 67.

⁵⁶ L'accoglimento del punto di vista Thayeriano, si realizza anche attraverso l'adozione di quello che è lo stile, quasi pamphlettistico, di Thayer; come è possibile verificare attraverso le singolari assonanze tra alcune frasi di questo autore e quelle degli autori della nuova generazione. Ad esempio, la famosa descrizione del sistema probatorio di *common law* come «*an old-fashion of crazy guilt made of patches cut from a group of paintings by cubits, futurists and surrealists*» di E.M. Morgan e J. MacArthur Maguire (cfr. E.M. MORGAN, J. MACARTHUR MAGUIRE, *Looking Forward and Backward at Evidence*, in 50 *Harp. L. Rev.* 1937, 921) risulta chiaramente influenzata dalla famosa definizione della *law of evidence* fornita da Thayer (cfr. nota 37); parimenti, l'affermazione di Ladd, secondo la quale: «*Exceptions to the rules of exclusion have become so numerous in many instances that they have almost become the rule than the exception*» (cfr. M. LADD, *Relationship of the Principle of Exclusionary Rules of Evidence to the Problem of Proof*, in 18 *Minn. L. Rev.* 1934, 521), è modellata su quella di Thayer (v. sopra, nota 37).

⁵⁷ Cfr. E.M. MORGAN, *Function of Judge and Jury in the Determination of Preliminary Questions of Facts*, in 43 *Harv. L. Rev.* 1929, 189-190: «*In so far as the exclusions are to be justified by the assumed inability of any trier to evaluate the excluded items, all doubts should be resolved in favor of ability [...] the time has come for these rules of evidence to cease to trouble the course of litigation*»; in questo senso, cfr. C.T. MCCORMICK, *Tomorrow's Law of Evidence*, in 24 *A. B.A. J.* 1938, 507.

⁵⁸ Cfr. l'analisi critica del sistema delle principali eccezioni fornita M. LADD, *op. cit.*, 509 ss.; sullo stesso punto, anche E.M. MORGAN, *Hearsay Non-Hearsay*, cit., 1139, ove è pure constatato che, nella pratica, assai spesso si verifica l'assunzione, tramite peraltro evidenti escamotages giuridici, di mezzi di prova *hearsay* la cui utilizzazione si riveli decisiva, come è il caso dell'utilizzazione

Le critiche della dottrina in esame si articolano in due momenti fondamentali. Da un lato, vi è il tentativo di fornire una interpretazione più completa del concetto di *hearsay evidence*, allo scopo di evidenziare la notevolissima ampiezza della materia, e, quindi, la impossibilità oggettiva di applicazione rigida della *rule of exclusion*; dall'altro, sulla base della verifica del fallimento di simili soluzioni di sostanziale compromesso, emerge il rifiuto della tendenza a considerare il problema della prova in termini di ammissibilità, propria della concezione tradizionale di *law of evidence*, con la conseguenza di un sostanziale abbandono di essa anche quanto all'ambito dell'*hearsay*⁵⁹.

L'esigenza di liberalizzazione che viene avvertita per l'intero sistema sortisce l'effetto di condurre la dottrina ad assumere un approccio in linea con l'apertura proposta – come s'è detto – da Thayer, nei riguardi dell'ammissione del mezzo di prova *hearsay*. L'aggancio alle proposte Thayer si realizza sulla base del principio di origine benthamiana di «*let the evidence in and then discuss its value*»; il cui accoglimento permette di prospettare un'impostazione del problema dell'*hearsay* diversa e alternativa rispetto a quella tradizionale, fondata sulla *hearsay rule of exclusion*. È alla sua eliminazione che tende la nuova elaborazione dottrinale; e ciò che viene proposto, in alternativa al sistema di regola d'esclusione-eccezioni, è il conferimento al giudice dei più ampi poteri discrezionali circa l'ammissione in giudizio di questi mezzi di prova. Diversamente dai realisti, la dottrina in esame non ricollega questa innovazione alla scomparsa della giuria; si pensa invece (ed è chiara anche nel *trial by jury*) che sposti la bilancia dei poteri a favore del giudice, e gli fornisca pochi e agevoli strumenti di giudizio, in base ai due fondamentali principi di *good faith* e *unavailability*⁶⁰. Conferma la diffusione di questo atteggiamento il fatto che ben presto questo approccio al problema cessa di essere il frutto esclusivo delle opinioni personali di alcuni autori isolati e trova ampia diffusione. È quanto si verifica, ad esempio, nel caso del *committee* nominato dal *Commonwealth fund* allo scopo di avanzare proposte di riforma del sistema probatorio, nei cui *final report* – anche a seguito dei risultati di

della *judicial notice* quale strumento attraverso il quale: «*the courts constantly and correctly receive as reliable what a true analysis discloses to be hearsay*».

⁵⁹ Può ravvisarsi questo momento di passaggio in tentativi come quello realizzato da E.M. MORGAN di fornire una *comprehensive definition* dei vari aspetti della categoria dei mezzi di prova *hearsay* (Cfr. E.M. MORGAN, *Hearsay and Non-Hearsay*, cit., 1144-1145); ma è immediatamente chiaro che questa posizione non fa che precludere ad una scelta netta in favore di un approccio al problema delle prove che prescindendo dal punto di vista dell'*admissibility* dell'*evidence* (cfr. E.M. MORGAN, *op. cit.*, 1147; M. LADD, *op. cit.*, 515-516).

⁶⁰ Nel '30 McCormick scrive: «*Would not have been wiser to set up the Hearsay rule also in some similar form, as for example: hearsay is inadmissible except where the judge in his discretion finds it needed and trustworthy...*» (cfr. C.T. MCCORMICK, *The Borderland of Hearsay*, in 39 *Yale L. J.* 1930, 738). Sono di pochi anni dopo le famose considerazioni di Morgan e MacArthur Maguire che inquadrano, in chiave thayeriana ma in maniera molto più analitica, la questione di una codificazione della materia; cfr. E.M. MORGAN, J. MACARTHUR MAGUIRE, *Looking Backward and Forward at Evidence*, cit., 921-922: «*Legislation is imperative, and that legislation should be based upon practical consideration rather than upon the supposed merits of conflicting theories as to the origin and the evolution of the Hearsay rule: it should go further the Massachusetts hearsay statute in several respects...*»; la struttura della disciplina rispetto all'*hearsay* si prevede che debba essere articolata in due punti: 1) ammissibilità dell'*hearsay evidence* in caso di indisponibilità a deporre del *declarant*; 2) ammissibilità anche quando lo *statement* sia stato fatto in conseguenza di *personal knowledge* e in buona fede; nello stesso senso E.M. MORGAN, *Some Observations*, cit., 163-164.

un'analisi-campione condotta presso i rappresentanti del *bar* del Massachusetts – viene raccomandata, in materia di *hearsay*, l'adozione di una normativa modellata sul *Massachusetts Statute* thayeriano. La stessa raccomandazione viene ribadita, nel 1938, dai membri di una commissione nominata dall'*American Bar Association*⁶¹.

b) Il caso tuttavia più emblematico è rappresentato da un progetto di codificazione in materia di prove, pubblicato nel 1942 dall'*American Law Institute*, con la denominazione di *Model Code of Evidence*. Il progetto riviste grande interesse sui due piani della *philosophy*, che ne è alla base, e della formulazione di un'organica normativa sull'*evidence*, che ne è il risultato concreto. Caratteristica di questo approccio è un'ideologia sicuramente più radicale di quella espressa nei programmi dei *committees* precedenti; la riforma del sistema probatorio viene infatti vista come incompatibile con il mantenimento degli schemi tradizionali della *common law of evidence*, dai quali, attraverso una proposta come quella del *Model Code*, si vuol tentare un affrancamento definitivo⁶². Si manifesta, in questo modo di affrontare il problema, l'influenza dei dibattiti dottrinali di cui si è fatto cenno più sopra, e che avevano visto l'emersione di opinioni fortemente critiche sia nei confronti della *law of evidence* globalmente intesa sia nei confronti della *hearsay rule* in particolare. Appare determinante, al riguardo, l'influenza esercitata da Morgan, che, oltre ad essere forse il maggior portavoce di tali opinioni, è anche la personalità dominante in sede di relazione del *Model Code*. Tuttavia, malgrado la coerenza dell'impostazione concettuale risalente in sostanza a Morgan, il programma di una riforma radicale della *law of evidence* tradizionale non trova, nel *Model Code*, un'attuazione omogenea, come dimostrano proprio le norme (di *double hearsay*), in cui ha riscontro una concezione effettivamente

⁶¹ Il report del *Legal Research Committee* nominato dal *Commonwealth Fund* (di cui, tra gli altri, facevano parte E.M. Morgan, J.H. Wigmore) è di notevole interesse per il riferimento ad un poll condotto presso i rappresentanti del *bar* del Massachusetts; l'opinione largamente favorevole, che ne risulta circa i quattro anni di esperienza dello statuto del '98, viene posta a sostegno della proposta di un *code* che, basandosi sulla riforma attuata in quello Stato, estenda però la disciplina prevista dalla *rule 535* anche a tutti i casi di *insanity* (cfr. E.M. MORGAN, *The Law of Evidence: Some Proposals for its Reform*, 1927, 1-6). Sono sulla stessa linea le raccomandazioni contenute nel report del *Committee of Law Reform of the Bar Association of the City of New York*, del 1929, nel quale – nell'ambito di una serie di proposte in materia di *evidence* – è suggerita l'adozione: «*of a statute respecting hearsay statement of persons deceased, insane or otherwise unavailable at the time of the trial*» (Cfr. E.M. MORGAN, J. MACARTHUR MAGUIRE, *Looking Backward*, cit., 924; J. HELMAN, *of the The trial Reform of the Law of Hearsay*, in 17 *Can. B. Rev.* 1939, 207). A livello di normativa federale, questa «*attitude toward the exclusionary rules of evidence*», trova riflesso nella *rule 43 (a)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, entrate in vigore in quegli anni, dove si trova una disposizione del genere: «*in any case, the statute or rule which favors the reception of the evidence governs*» (cfr. K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, cit., II, 262; C.C. CALLAHAN, E.E. FERGUSON, *Evidence in the New Federal Rules of Civil Procedure*, in 47 *Yale L. J.* 1937, 206-207).

⁶² Già nel 1937 il *Council* dell'*Institute* esprimeva all'umanità l'opinione che fosse necessario non un semplice *restatement*, ma una *through revision* della *law of evidence*. Sono questi gli stessi principi cui si ispirano i compilatori del *Model Code of Evidence*. Nell'ambito di una *radical reformation* di tutto il diritto probatorio, il campo occupato dall'*hearsay* vista la diagnosi largamente negativa (la *hearsay law* vigente viene infatti descritta come «*a conglomeration of inconsistencies due to the application of competing theories hapazardly applied*», quello nel quale un allontanamento netto dalla *common law solution* viene giudicato indispensabile (cfr. 19 *A.L.I., Proceedings*, 1942, 74 ss.; E.M. MORGAN *Foreword to Model Code of Evidence*, 1942, 5-6; J.H. CHADBURN, *op. cit.*, 944).

liberale, destinate a disciplinare l'ammissione delle *hearsay evidences*⁶³. La norma che in questo campo meglio riflette i propositi programmatici di riforma radicale è la *rule* 503, con la quale viene proposta l'ammissione di ogni dichiarazione *hearsay*, qualora il giudice accerti l'indisponibilità a testimoniare dell'autore della dichiarazione o, per contro, la sua presenza in udienza e la possibilità di sottoporlo alla *cross-examination*⁶⁴. È tuttavia necessario aggiungere subito che questa è l'unica disposizione (salvo, ma in altra misura, la *Rule* 530 in materia di *double hearsay*) in cui ha riscontro una concezione effettivamente liberale di *law of hearsay*; inserita com'è in una disciplina normativa d'esclusione dell'*hearsay evidence* ispirata ai canoni tradizionali della regola e delle eccezioni⁶⁵. Benché la *Rule* 503 assuma dunque l'aspetto di un'incursione isolata della concezione liberale di apertura alla prova *hearsay*, nell'ambito di un sistema ancora largamente permeato dal principio della sua inammissibilità, la notevolissima rilevanza intrinseca della norma non deve essere sottovalutata. Se, infatti, con la normativa del *Model Code* non viene portato a compimento uno *sweeping change* nell'area dell'*hearsay* anche da un punto di vista formale, poiché sembra ancora inopportuno uno scardinamento esplicito del sistema, è tuttavia evidente che, con una disposizione come quella della *Rule* 503, si giunge a liberalizzare in concreto l'ammissione di tutte le *relevant hearsay evidences*. La *Rule* 503, coprendo tutta l'area delle *hearsay declarations*, assume la portata di vera e propria *general exception*, o meglio, se considerata di per sé, di una *rule of admission* delle *hearsay evidences*⁶⁶. Lo strumento di questa trasformazione è, ancora una volta, il conferimento al giudice del potere di ammettere discrezionalmente la prova *hearsay*; si tratta di una scelta di *policy* caratteristica del *Model Code*, e che si riflette anche in altre norme nelle quali si concreta la tendenza ad attribuire al giudice i più ampi poteri in sede di valutazione della rilevanza dei mezzi di prova.

⁶³ In argomento, viene infatti condotto un duro attacco a quei «*Modern text-writers and Judges (which) have purported to find for each exception some sort of necessity for resort to hearsay and some condition... which will enable the jury to put fair value upon it and will thus serve as a substitute for cross-examination...*», chiaro il riferimento ad un sistema di eccezioni all'*hearsay rule*, come quello elaborato da J.H. WIGMORE (cfr. J.H. CHADBOURN, *op. cit.*, 945). È da notare il fatto che J.H. WIGMORE, che pure membro della commissione incaricata della redazione del *code*, esprime critiche severe nei confronti del progetto, il quale, a suo parere: «*advanced proposals far too radical at the present time*». (cfr. J.H. WIGMORE, *The American Law Institute Code of Evidence Rules. A Dissent*, in 28 A.B.A.J. 1942, 23).

⁶⁴ Cfr. A.L.I. *Code of Evidence*, Washington D.C. 1942, 231-232.

⁶⁵ Un simile impianto ha permesso che la proposta rappresentata dal *Model Code*, abbia potuto essere considerata: «*only a partial reform*», in quanto nonostante «*this sweeping rule about hearsay*» che è la *rule* 503, il *code* non giunge ad una completa semplificazione della materia; ciò è dimostrato dal fatto che, nelle norme che fanno seguito alla *rule* 503, si assiste ad una riformulazione delle tradizionali *class-exceptions* («*some twenty-five rules embodying some 18 or 20 classes of hearsay declarations*»), che significa una sostanziale permanenza, nella sistemazione dell'*hearsay*, di una *rule of exclusion* (cfr. C.T. McCORMICK, *The New Code of Evidence of American Law Institute*, in 20 *Tex. L. Rev.* 1942, 671-672).

⁶⁶ Queste altre *rules* sono, anzitutto, la 3 e la 303. La *rule* 3 prevede che, se il giudice verifica che «*as any relevant to some material matter there is no bona fide dispute between the parties [...] any relevant evidence*», può essere utilizzata; la *rule* 303, permette al giudice di escludere ogni mezzo di prova «*though otherwise admissible*» qualora egli ritenga che a causa del pericolo la sua assunzione possa provocare un'inutile perdita di tempo o sviare il giudizio della giuria, o «*unfairly surprise the other party*» (cfr. C.T. McCORMICK, *op. loc. cit.*).

Della importanza della norma per determinare il carattere di riforma molto avanzata della proposta contenuta nel *Model Code*, fa fede il fatto che l'accoglienza riservata a questo *draft*, risulta sostanzialmente condizionata proprio dalla presenza di una *rule* come la 503. Il *Model Code* riceve più critiche che elogi, e viene piuttosto considerato come sistemazione molto originale e di un notevole interesse dottrinale; se ne esclude però la possibilità di attuazione pratica – in ragione appunto del taglio eccessivamente radicale delle proposte in materia di poteri del giudice e, soprattutto, in materia di ammissione di *hearsay declarations* (*Rule* 503)⁶⁷.

In effetti, in nessuno Stato trovò realizzazione una codificazione ispirata alle proposte di liberalizzazione dell'*hearsay* avanzate dal *Model Code*; nel solo caso in cui, nell'ambito dell'elaborazione di un'*evidence code*, esso viene riconosciuto come un precedente autorevole, è significativo che, nei confronti della disciplina proposta per l'*hearsay* – ritenuta «rivoluzionaria» il rigetto sia totale⁶⁸. Un rigetto anche più netto è quello che caratterizza l'atteggiamento del *bar* di alcuni Stati; specialmente in California, la critica alle scelte del *Model Code*, assume toni veementi nei confronti della *Rule* 503 e, in genere, delle norme in materia di poteri del giudice⁶⁹.

La tendenza a guardare a una riforma come quella proposta dal *Model Code* con una sorta di *horror vacui* – e il parallelo desiderio di non allontanarsi dal modello tradizionale – si rivela decisamente la più diffusa. Lo riconoscono gli stessi autori del *Model Code*, presso i quali si avverte la tendenza a smorzare i toni della polemica nei confronti del sistema nella speranza evidente che proposte di riforma meno radicali possano trovare un'accoglienza positiva⁷⁰.

Rispondono a questo disegno le *Uniform Rules of Evidence*, approvate nel 1953 dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State* e dalla *American Bar Association*. Le *Uniform Rules* vogliono rappresentare una soluzione di compromesso fra le opposte esigenze di riforma radicale della *law of evidence* e di conservazione del sistema, provenienti rispettivamente dalla parte più illuminata della dottrina e dalla quasi totalità del

⁶⁷ Nella prefazione alle *Uniform Rules of Evidence* del 1953, così si esprimono nei riguardi del *Model Code* i membri della *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*: «*That thorough candid work by the nation's best talents commands respect. But its departures from the traditional and generally prevailing common-law statutory rules of evidence are too far-reaching and drastic for present day acceptance*» (rip. E.M. MORGAN, *In Essays on Procedure and Evidence in the Honour of E.*, Nashville 1961, XV).

⁶⁸ Cfr. J.F. FALKNER, *Model Code of Evidence, Annual Survey of American Law*, New York 1949, 975. L'unico caso di codificazione che denunci la influenza del *Model Code* è rappresentato dal *Missouri Evidence Code* del 1949 (cfr. E.M. MORGAN, *The Future of the Law of evidence*, 29 *Tex. L. rev.* 1951, 599); tuttavia, in questa legge statale, non si assiste all'adozione di una disposizione simile a quella prevista dalla *Rule* 503 del *Model Code*; per quanto riguarda l'ambito dell'*hearsay*, il *Missouri Code* continua «*to recognize the hearsay exclusionary rule and its exceptions as founded upon the experience of the past*» (cfr. CARR, *The Proposed Missouri Evidence Code*, in 29 *Tex. L. Rev.* 1951, 638-641).

⁶⁹ Cfr. 19 *Cal. B. J.*, 1944, 236-270; J.H. CHADBOURN, *op. cit.*, 495; E.M. MORGAN, *The Future of the Law of evidence*, *cit.*, 598-601.

⁷⁰ Cfr. E.M. MORGAN, *Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*, in 62 *Harv. L. Rev.* 1948, 218: «*we should recognize that it would be foolish to include in hearsay all evidence which raises anyone of the hearsay risks*»; nello stesso senso, cfr. J. MACARTHUR MAGUIRE, *The Hearsay System: Around and Through the Thicket*, in *Essays on Procedure and Evidence*, *cit.*, 18.

bench e del *bar*⁷¹. In realtà, nonostante l'accoglimento delle norme del *Model Code* sarebbe di rilevanza fondamentale per l'attuazione di una riforma in senso liberale del sistema probatorio, le *Uniform Rules* si limitano sostanzialmente a proporre una codificazione del *Common law of evidence* vigente, come dimostra in particolare il carattere nettamente conservatore dell'approccio al problema dell'*hearsay*⁷². Tale carattere non è dato tanto dall'impianto riservato alla disciplina dell'*hearsay*, con la *Rule 63*, che, oltre a sancire la generale inammissibilità dei mezzi di prova di questo tipo, incorpora circa trenta casi di eccezioni alla *hearsay rule* (una struttura tradizionale, che, come s'è visto, permane anche nel *Model Code*), quanto dalla mancanza di una norma di apertura come la *Rule 503*⁷³.

Non può essere considerata un equivalente della *Rule 503*, la disposizione contenuta nella *Subsection 4 (c)* della *Rule 63* delle *U.R.E.* («*Statements Admissible on the Ground*

⁷¹ Cfr. quanto in nota 67; tra gli altri giudizi circa la sostanziale differenza di *policy* tra le due proposte – tutti nel senso di attribuire alle *Uniform Rules* il carattere di proposte certo meno avanzate di quelle formulate con il *Model Code* – cfr. C.T. McCORMICK, *Hearsay*, in 10 *Rutg. L. Rev.* 1956, 620; nello stesso senso anche S.A. GARD, *The Uniform Rules of Evidence*, in 31 *Tul. L. Rev.* 1956, 23.

⁷² Il riferimento è soprattutto alla *rule 45* delle *Uniform Rules (Discretion of the Judge to Exclude Admissible Evidence)*, la quale riproduce, anche testualmente, le disposizioni contenute nella *Rule 303* del *Model Code*. Questa attribuzione al giudice del potere di escludere mezzi di prova formalmente anche ammissibili, viene definita da E.M. MORGAN «*key to reform*» (cfr. E.M. MORGAN, *Some Difficulties Impending Reform of the Law of Evidence*, in *Essay on Procedure and Evidence*, cit., 11). Il fatto che questa norma sia stata inserita nella *Uniform Rules* è di indubbio rilievo, e indica come non esista una netta soluzione di continuità tra i due *drafts*; perché però possa avere rilievo il carattere riformatore di tale *rule*, è essenziale che il contesto entro il quale essa si trovi ad operare sia informato al principio di una generale ammissibilità di ogni mezzo di prova; ciò non avviene per le *Uniform Rules*. D'altronde l'adozione della norma da parte dei *commissioners* non avviene senza tentennamenti, comunque, come risulta dal report finale: «*results of rare and harmful abuse of discretions, will be ready corrected in appeal*». (Cfr. *Uniform Rules of Evidence, Tentative Recommendation of California Division Commission*, Stanford 1964, 643).

⁷³ Il mancato accoglimento di una general *exception* basata sulla necessità di assumere il mezzo di prova, quando la testimonianza diretta dell'autore dello *statement* sia indisponibile, è alla base della disciplina proposta per le *hearsay evidences*. Sotto questo aspetto, è chiaro che, come sostenuto nel *report* che accompagna la proposta di legge, l'approccio adottato vuole rappresentare una «*drastic variation*» rispetto alle disposizioni presenti nel *Model Code* del '42 (cfr. *Uniform Rules of Evidence, California Revision Commission Tentative Recommendation and Study Relating to*, Stanford 1962, 461-462). Quanto alla *Rule 63*, il testo dell'*opening paragraph* è il seguente: «*General Rule Excluding Hearsay: Evidence of a statement which is made Other than by a witness while testifying at the hearing and is offered to prove the truth of the matter stated is hearsay and is inadmissible, except...*». Manca nelle *Uniform Rules* una distinzione tra *hearsay declaration* e *hearsay statements* (come invece nel *Model Code*); la categoria degli *hearsay statements* risulta infatti comprensiva anche delle *declarations*, almeno a livello di definizione delle *hearsay evidences* delle quali è prevista l'esclusione. Non è improbabile che questo modo di definire il campo degli *hearsay statements* abbia una qualche relazione con il carattere restrittivo della disciplina adottata con questo *draft*, anche per quanto riguarda l'ammissione di categorie circoscritte di *hearsay evidences*. Il legame che vincola la *policy* delle *Uniform Rules* all'indirizzo espresso da J. H. Wigmore è, inoltre, molto nettamente espresso nel *comment* alla *Rule 63*: «*This rule follows J.H. Wigmore in defining hearsay as an extra-judicial statement offered to prove the truth of the matter stated [...]. The policy of the rule is to make all hearsay, even though relevant, inadmissible,*» (cfr. *California Law Revision Commission*, cit., 307).

of Necessity Generally»); con questa norma infatti non si giunge affatto a proporre una *general admission* o una *general exception rule* per tutti i casi di indisponibilità a testimoniare, come si ricava anche dalla mancata estensione della stessa ad un'area come quella delle *dying declarations*⁷⁴. L'eccezione prevista dalla *Subsection 4 (c)* si rivela un rimedio estremo per situazioni del tutto particolari, i cui requisiti di eccezionalità il giudice dovrà vagliare sulla base della precisa elencazione fornita dalla norma. Come è stato osservato, in questo modo il potere discrezionale del giudice risulta inevitabilmente incanalato nel senso dell'esclusione piuttosto che dell'ammissione del mezzo di prova. L'ipotesi più realistica è infatti quella che, per l'oggettiva impossibilità di stabilire contemporaneamente l'esistenza di tutti i requisiti previsti nella norma, questi ultimi si trovino a funzionare più che come condizioni di ammissibilità, come ulteriori strumenti di chiusura nei confronti delle *hearsay evidences*⁷⁵. Comunque, appare evidente che quello della *Subsection 4 (c)* – anche per il fatto di essere l'unico tentativo, che indica l'intenzione di non lasciare cadere del tutto il senso delle proposte avanzate dal *Model Code* – non riesce a essere neppure una risposta minimale al problema di una liberalizzazione dell'ammissione dei mezzi di prova *hearsay*. Si tratta di una questione che rimane evidentemente estranea alla *policy* delle *U.R.E.*, e che quindi negli stati Uniti si riproporrà con urgenza negli anni successivi.

c) Nello stesso periodo di tempo in cui negli stati Uniti si sviluppa senza esiti concreti il movimento di riforma della *Law of evidence*, in Inghilterra si assiste ad un parallelo risveglio di interesse per questo genere di problemi. Il parallelismo dei due fenomeni è dato dalla completa autonomia dello sviluppo reciproco, come – al di là di superficiali somiglianze concernenti specialmente gli obiettivi della riforma – dimostra il carattere del tutto peculiare di quello inglese⁷⁶.

A differenza degli Stati Uniti, infatti, in Inghilterra non si assiste ad un dibattito che esprima una pluralità di posizioni e non si verifica neppure il fenomeno di una serie di differenti proposte di codificazione della *evidence law*. Il dibattito è piuttosto concentrato su di una ben definita tendenza di riforma alla quale corrisponde la proposta di un unico progetto di legge, che diventa il *Civil Evidence Act* del 1938⁷⁷. Sulla linea delle proposte

⁷⁴ Cfr. *California Law Revision Commission*, cit., 462; a proposito delle disposizioni *Subsection 4 (c)*, C.T. McCORMICK (*Hearsay*, cit., 624) esprime un giudizio fortemente negativo e le definisce una «strategic retreat»; nello stesso senso cfr. E.M. MORGAN, *The Uniform Rules and the Model Code*, cit., 150-151.

⁷⁵ Cfr. J.H. CHADBOURN, *op. cit.*, 947-949.

⁷⁶ Cfr. M.G. DE ROSSI, *Rassegna di letteratura e legislazione straniera Inghilterra*, in *Riv. dir. proc.* 1939, 188, ove è illustrata la tendenza al conferimento al giudice, tramite appunto una legge come il *Civil Evidence Act* del 1938, di più incisivi poteri discrezionali di ammissione dei mezzi di prova in funzione di tutela anche sostitutiva delle *rules of exclusion* tradizionali, la cui funzione di tutela del libero convincimento dei giurati pare anacronistica, quanto la presenza delle giurie nel processo civile. È, inoltre, un dato di fatto la mancata influenza del dibattito in corso di svolgimento in questi stessi anni negli Stati Uniti sul problema di una liberalizzazione del sistema probatorio, rispetto alla contemporanea riforma inglese; fa testo in questo ambito, l'affermazione di lord Maugham (*Observations on the Law of evidence with Special References to Documentary Evidence*, in *17 Can. B. Rev.* 1939, 482), secondo la quale: «*It was not till the Evidence Act 1938 had become law that I became aware that the State of Massachusetts had passed a somewhat similar Act*».

⁷⁷ Cfr. W.S. MAUGHAM, *op. cit.*, 479: «*Our report, as is not unusual in England was pigeon-holed, and but for an accident might never have seen the light*». Passarono infatti sette anni dall'*appointment*, nel

formulate nel '36 da parte della *Royal Commission on the Dispatch of Business at Common law* – unico precedente di rilievo⁷⁸ – l'*Evidence Act* non intende realizzare una trasformazione immediata e radicale del *common law of evidence*, ma avviare – operando all'interno del sistema – un processo di allentamento delle regole di esclusione, in particolare in quei casi in cui la loro rigida applicazione possa creare vari ostacoli alla ricerca della verità.

Questa *policy* risulta particolarmente evidente nei confronti della questione dell'esclusione dell'*hearsay*, poiché, mentre non viene portato un frontale al mantenimento della regola di esclusione, si opera nel senso di limitarne sensibilmente la portata, escludendone l'applicazione, in presenza di particolari condizioni, per tutta una vastissima categoria di *hearsay evidences*⁷⁹. Mentre viene conservata la possibilità di applicazione dell'*hearsay rule of exclusion* nei confronti della categoria delle *oral hearsay evidences*, si giunge, in effetti, ad una pressoché completa liberalizzazione dell'ammissione dei mezzi di prova *hearsay* di tipo documentale, come risulta dalle disposizioni contenute nelle *Sections 1 e 2 dell'Act*⁸⁰. Nella prima di queste norme è contenuta un'elencazione delle condizioni di ammissibilità degli *statements* documentali. In linea di massima, per l'ammissione in giudizio del *document* è anzitutto richiesta la sua originalità, vale a dire, la sua provenienza da una persona a diretta conoscenza del fatto in questione, o l'essere una redazione di informazioni fornite da chi, a sua volta, possiede dei fatti una conoscenza personale.

A queste disposizioni generali, ne seguono altre con le quali viene estesa la casistica delle ipotesi di ammissione. Questo scopo si realizza sia attraverso la previsione di condizioni che garantiscono automaticamente l'ammissibilità del *document* (come avviene per i casi di indisponibilità del teste, per causa di morte o irrimediabilità), sia tramite l'attribuzione al giudice di un esteso potere discrezionale di ammissione della prova documentale. Si consente, infatti, l'esercizio di tale potere da parte del giudice allo scopo di ovviare al rischio di ritardi e spese; si tratta di un potere la cui estensione non è limitata neppure da condizioni preliminari di ammissibilità come l'*unavailability* e la originalità del *document*, cui si è già accennato.

Questo, comunque, non costituisce l'unico riferimento ai poteri del giudice nella fase di acquisizione dei mezzi di prova; ulteriori poteri di valutazione discrezionale dell'effettiva esistenza delle condizioni di ammissibilità dei *writings*, vengono conferiti al giudice in base alle disposizioni della *Subsection 5*, la quale, inoltre, dà facoltà al giudice di escludere

1931, di un *committee* incaricato di preparare il progetto di legge e l'*enactment* della stessa. cfr. Z. COWEN, P.B. CARTER, *Statutory Modifications of the Law of Hearsay on the Law of Evidence*, Oxford 1956, 7.

⁷⁸ Il *Judicature Consolidation Act*, del 1925 e il *County Court Act* del 1934 possono essere considerati precedenti dell'*Evidence Act* del 1938; tuttavia, ciò che rende il *Report* della *Royal Commission* il precedente immediato di questa legge è la proposta di quello stesso programma di riforma della *law of hearsay* che verrà realizzato con l'adozione dell'*Evidence Act* (cfr. G.D. NOKES, *The English Jury and the Law of Hearsay*, cit., 161). Nel *Report* della *Royal Commission* 1934-36, alla *section 228* – come indica anche il titolo (*Relaxation in Rules of Evidence*) – in sostanza viene proposto l'abbandono dell'*exclusionary rule* nei casi in cui l'esistenza di un'*evidence by affidavit* rende superflua, e comunque dannosa alla speditezza del procedimento, la necessità di una testimonianza resa oralmente in giudizio (cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 216).

⁷⁹ Cfr. W.S. MAUGHAM, *op. cit.*, 475-478.

⁸⁰ Per quanto riguarda il testo delle prime *Section* del *Civil Evidence Act* del 1938, cfr. J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 437.

dall'ammissione anche quelle prove che presentino tutti i requisiti di ammissibilità, qualora – in caso di *trial by jury* – egli ritenga nociva agli interessi della giustizia l'ammissione dell'*evidence*.

All'ampliamento dei requisiti di ammissione dell'*hearsay evidence* fanno riscontro alcune indicazioni del legislatore per quanto attiene alla valutazione di tali prove, una volta acquisite; non si tratta tuttavia di norme che limitano il libero convincimento del giudice, bensì di regole di cautela preventiva prescritte affinché questi, nell'esercizio del suo potere discrezionale di valutazione della prova *hearsay*, ne apprezzi correttamente l'attendibilità⁸¹.

L'attribuzione al giudice di incisivi poteri discrezionali in fase di ammissione e valutazione dell'attendibilità del mezzo di prova – che sottintende un accoglimento del principio di *effective worthiness* – rappresenta la caratteristica di fondo della disciplina dell'*hearsay* adottata dall'*Evidence Act*; ciò, anche al di là della macchinosità (più che altro apparente) della normativa concernente le condizioni di ammissibilità degli *written statements* di tipo *hearsay*⁸².

In ragione di questa scelta, la riforma attuata dalla legge inglese del '38, nonostante il suo carattere fondamentalmente conservatore, costituisce, nel complesso, un notevolissimo passo avanti sulla linea di una completa liberalizzazione dell'ammissione dei mezzi di prova *hearsay*. Si impone, infine, un'ultima constatazione: l'adozione di questa prospettiva rivela l'assenza dal panorama inglese di condizionamenti culturali così pesanti come quello rappresentato, per gli Stati Uniti, dalla elaborazione wigmoriana del problema dell'*hearsay* in termini di *rule of exclusion*, probabilmente alla base anche dei successivi sviluppi legislativi, con i quali nella stessa linea indicata dall'*Act* del 1938 è stato condotto a termine, in Inghilterra, il processo di liberalizzazione della *law of hearsay*⁸³.

⁸¹ Cfr. R. URICH, *Reform of the Law of Hearsay*, cit., 195.

⁸² Che l'*Act*, del '38 non intenda rivoluzionare il sistema probatorio di *common law*, è confermato, in maniera, ovviamente, molto autorevole, da Maugham (*op. cit.*, 480). Alcune critiche mettono particolarmente in luce il carattere estremamente limitato della riforma del 1938: cfr. R. URICH, *op. cit.*, 191. Questi limiti, tuttavia, non fanno dimenticare il valore della riforma attuata, sia nei confronti dell'equivalente proposta statunitense, ovvero il *Massachusetts Statute* (cfr. Z. COWEN, P.B. CARTER, *Statutory Modifications of the Law of Hearsay*, cit., 10), sia nella prospettiva di riforme più incisive (cfr. J. HELMAN, *op. cit.*, 302). Sul piano della tecnica normativa, le critiche, probabilmente con maggiori giustificazioni, sono decisamente più pesanti: Wingmore, ad es., (cfr. con J.H. WIGMORE, *op. cit.*, V, 437) parla di legge «*not felicitously drafted*»; nello stesso senso cfr. C.A. WRIGHT, *The Law of Evidence; Present and the Future*, in 20 *Can. B. Rev.* 1942, 718.

⁸³ Su questo punto, cfr. Z. COWEN, P.B. CARTER, *op. cit.*, 5.

30. L'EVOLUZIONE DELLA *HEARSAY RULE* NEL PROCESSO CIVILE ANGLOAMERICANO – II*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le *Federal Rules of Evidence* statunitensi. – 3. Il *Civil Evidence Act* inglese del 1968. – 4. La recente evoluzione della *rule of hearsay* nel processo penale. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Nella prima parte del presente lavoro, l'illustrazione dell'evoluzione dell'*hearsay rule* è giunta ad analizzare l'elaborazione del problema dell'*hearsay*, nel corso della prima metà di questo secolo, in Inghilterra e negli Stati Uniti.

Allo scopo di rendere possibile – nonostante la naturale continuità del lavoro imponga costanti richiami all'indietro – una lettura autonoma di questa seconda parte, sembra opportuno un cenno sintetico ad alcune delle principali questioni emerse in quel periodo; il carattere più significativo del quale appare, anzitutto, quello della progressiva differenziazione delle linee di tendenza evolutive del problema, in Inghilterra e negli Stati Uniti. In questa situazione si inquadra, intanto, la incisiva elaborazione del problema a livello dottrinale, che, presente nella sostanza solo in ambito statunitense, porta all'elaborazione di numerose proposte di risistemazione, a livello normativo, della materia delle prove civili.

Il senso liberale di tali proposte è particolarmente riscontrabile nel famoso *Model Code of Evidence*, un *draft bill* in cui è rispecchiata pienamente la concezione di Morgan in favore di una concreta abolizione di regole d'esclusione come la *hearsay rule*.

Le posizioni di radicale rinnovamento espresse dalla dottrina, tuttavia, non trovano accoglienza favorevole presso le *Bar Associations*, i legislativi e le magistrature federali e statali; lo dimostra la mancata adozione del *Model Code*, e anche delle meno liberali *Uniform Rules of Evidence*.

Nell'apertura di questo divario tra posizioni molto avanzate e radicato tradizionalismo consiste il carattere di fondo della situazione statunitense, e l'elemento che la differenzia da quella inglese.

In Inghilterra, in effetti, l'adozione del *Civil Evidence Act* del 1938 rappresenta, sia sotto un profilo formale sia sotto un profilo sostanziale, il raggiungimento di obiettivi di riforma della *law of hearsay* ancora estranei all'ambito statunitense.

Con la normativa del '38, se non viene realizzata una riforma radicale della disciplina delle *hearsay evidences*, affiora un approccio certo non conservatore al riguardo.

Sulla linea di un atteggiamento cautamente riformistico, questa normativa, pur non eliminando il principio dell'inammissibilità in giudizio dei mezzi di prova indiretti (*hearsay rule*), ma rendendolo inefficace nei confronti della categoria dei *written statements*, introduce un'apertura significativa nella direzione del superamento del sistema tradizionale di *common law*, basato sulla presenza di regole d'esclusione e di relative eccezioni specifiche.

Questo diverso stadio di elaborazione raggiunto dal problema in Inghilterra rispetto agli Stati Uniti, come si vedrà, non rimane senza conseguenze quanto alla successiva evoluzione.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. dir. proc.* 1979, 223-240.

Nel corso dell'ultimo decennio, l'introduzione di sistemi di norme come le *Federal Rules of Evidence* e il *Civil Evidence Act* del 1968 costituisce l'avvenimento di maggior rilievo nel panorama della *law of evidence*, negli Stati Uniti e in Inghilterra. Indispensabile punto di riferimento anche per quanto riguarda la *hearsay law*, le due leggi danno conto, in positivo e in negativo, dello stadio attuale di elaborazione del problema nei due paesi, e, contemporaneamente, rappresentano una risposta alle ricorrenti richieste di liberalizzazione di questa area della *evidence law*.

2. Le *Federal Rules of Evidence* statunitensi

Sotto questo profilo, le *Federal Rule of Evidence* sono un esempio della sostanziale impossibilità – probabilmente anche in conseguenza della mancanza di omogeneità delle legislazioni statali in materia – di realizzare un'effettiva liberalizzazione dell'ammissione dei mezzi di prova *hearsay*, a livello di legislazione federale¹.

Questa valutazione deriva sia dal carattere tradizionale della impostazione del problema adottata dalle *Federal Rules*, sia dalla rilevanza che gli emendamenti subiti dal relativo progetto, nel lungo *iter* di formazione della legge, hanno avuto nel senso di smorzare anche quegli accenni di concreta riforma, che pure erano presenti in alcune delle *rules* proposte².

In effetti, già nel progetto originario presentato dall'*advisory committee*, si assiste all'accoglimento della tipica *common law solution*, ovvero all'inquadramento dell'*hearsay* entro il vecchio schema, che, basato sul principio dell'inammissibilità di tali mezzi di prova,

¹ Non sembra infatti del tutto improbabile che il legislatore federale si sia trovato a essere, in certo senso, condizionato dal *back-ground* rappresentato dalle codificazioni statali in materia di *evidence* (le quali rappresentano un ventaglio di *trends* estremamente vario, per quanto riguarda la disciplina delle *hearsay evidences*), e, di conseguenza, sia stato forzato alla scelta di una via di mezzo tra le sistemazioni più liberali e quelle più tradizionali. Nel panorama non certo uniforme della legislazione statale, esempi di *policies* differenti nei confronti della prova *hearsay*, possono considerarsi – per non fare che qualche esempio – il *California Evidence Code* e la *New York Civil Practice*. Mentre la prima delle due leggi non è che la riedizione delle *Uniform Rules*, e, dunque, in essa trova pieno accoglimento la struttura tradizionale della regola d'esclusione e il relativo, vasto numero di eccezioni (cfr. *State of California Evidence Code with Official Comments*, Stanford 1965, 1216); la *Rule 4517* della *New York Civil Practice* (cfr. J.B. WEINSTEIN, H.L. KORN, A.R.M. MILLER, *New York Civile Practice*, New York 1964, V, 242), invece assoggetta l'ammissione di ogni *prior testimony of unavailable witnesses* «to any objection of admissibility Other than hearsay» sbarazzandosi dunque completamente di ogni residuo di *hearsay rule*.

² Bisogna fare risalire al 1961 la data di un «*formal interest*» per la realizzazione di una codificazione in materia di *evidence* a livello federale. In quell'anno, la *Judicial Conference of the United States* autorizza il *Chief Justice Warren* a nominare un *Advisory committee* allo scopo di verificare la possibilità di realizzazione di un corpo di norme in materia probatoria, da utilizzare presso le corti federali. Già nel dicembre di quello stesso anno, viene presentato un *preliminary report*; è a seguito dei risultati favorevoli della ricerca attuata da questo primo *Committee*, che, nel 1965, si giunge alla nomina di un *Advisory committee on Rules Of Evidence* di carattere ufficiale. Cinque anni più tardi viene pubblicato un *draft* commentato, il quale, ottenuta l'approvazione della Corte Suprema, dopo un esame durato più di due anni, nel febbraio del 1973 viene presentato al Congresso per l'approvazione definitiva (cfr. *Federal Rules of Evidence*, New York 1975, 7; cfr. *Foreword in Symposium on the Federal Rules of Evidence*, in 49 *Tem. L. Q.* 1976, 860).

prevede la coesistenza di *hearsay rule* e di *class exceptions* alla regola d'esclusione³. Seguendo questa linea, la regolamentazione delle prove *hearsay* si fonda su due categorie di norme; nella prima, che comprende le *Rules* 801 e 802, sono definiti i caratteri propri dell'*hearsay evidence* e i suoi confini, e viene enunciata la *general rule of exclusion*; nella seconda – con una soluzione che rappresenta l'unica novità della normativa – le eccezioni tradizionali sono raggruppate sotto due *Rules*, la 803 e la 804.

L'adozione di questo schema non presuppone tuttavia un accoglimento acritico dell'approccio tradizionale; pur restando all'interno di una tipica soluzione di *common law*, si realizza infatti il tentativo di introdurre alcuni elementi di riforma, come dimostrano alcune significative disposizioni contenute nella *Rule* 801 e, soprattutto, nelle *Rule* 803 e 804⁴.

La presenza di questo elemento è particolarmente riscontrabile nel *draft* presentato all'*Advisory committee*, come risulta, ad esempio, dalla sottosezione d (I) (A) della *Rule* 801, in materia di *prior inconsistent statements*. L'area di applicazione delle cautele che circondano l'ammissione degli *hearsay statements* appare ivi notevolmente ristretta, poiché vengono escluse dalla categoria dell'*hearsay evidences* tutte quelle dichiarazioni rilasciate precedentemente, che presentino una versione dei fatti in contrasto con quella risultante dalla testimonianza resa in giudizio. L'apertura attuata in questo modo nei confronti dell'ammissione di mezzi di prova che pure, in un'ottica tradizionalistica, rientrerebbero nella categoria delle *hearsay evidences* (di grande rilievo pratico per la possibilità di servirsi di questi mezzi di prova non più solo come strumento di contestazione di altre *evidences*, ma come prove autonome dei fatti) non viene tuttavia conservata nella sua integrità in quella che è la versione definitiva della *Rule* 801⁵.

Gli emendamenti di origine parlamentare – introducendo una distinzione tra quei *prior inconsistent statements*, che, in quanto resi sotto giuramento, sono ammissibili come *substantive evidence* e quelli che, in mancanza di questa caratteristica, possono essere utilizzati solo allo scopo di *impeach* – in realtà introducono un condizionamento tale da ridurre quanto meno, se non snaturare, la portata dell'apertura realizzata dalla sottosezione d (I) (A) del *draft*⁶.

³ Cfr. l'esposizione della *policy* della legge, nel commento al *draft* dell'*Advisory committee* in *Rules of Evidence for United States Court and Magistrates*, in 56 *F.R.D.* 1973, 290.

⁴ Cfr. *Federal Rules of Evidence Annotated by the Federal Judicial Center*, New York 1975, 3; lo schema proposto, che prevede la distinzione in due gruppi delle *hearsay exceptions*, sulla base del criterio dell'*unavailability*, certamente originale, non manca di suscitare qualche perplessità a livello interpretativo e di pratica utilizzazione cfr. L. WEINBERG, *Choice of Law and the Proposed Federal Rules of Evidence: New York Perspectives*, in 12 *U. Pens. L. Rev.* 1974, 623.

⁵ Cfr. J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *United States Rules*, New York 1975, IV, 800-813.

⁶ Rispetto all'edizione proposta dall'*Advisory committee*, gli emendamenti proposti dalla Camera dei Rappresentanti prevedono una formulazione molto più circostanziata, la quale, richiedendo che la dichiarazione venga resa sotto giuramento e sia sottoponibile a *cross-examination*, risulta inevitabilmente più restrittiva rispetto all'edizione originale della norma (cfr. J. MOORE, H. BENDIX, *Congress, Evidence and Rulemaking*, in 84 *Yale L. J.* 1974, 31 ss.; E.J. SILBERT, *Federal Rules of Evidence*, (d) (I) (A), in 49 *Temp. L.Q.* 1976. La versione definitiva, della norma non conserva questi caratteri, grazie all'intervento degli emendamenti senatoriali; essa risulta tuttavia una soluzione di compromesso tra la completa apertura attuata dalla proposta di legge ed il carattere conservatore degli emendamenti proposti dall'*House Committee* (cfr. J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *op. cit.*, IV, 801-824, 825).

Ancora più rilevante è la trasformazione in senso restrittivo subita dalle disposizioni delle *Subsections* 24 e (b) 5 rispettivamente delle *rules* 803 e 804, attraverso le quali viene operato l'unico tentativo concreto di superamento dei limiti strutturali all'espansione dell'ammissibilità dei mezzi di prova *hearsay*. Poste a conclusione della elencazione delle *class exceptions* all'*hearsay rule* contenuta nelle *Rules* 803 e 804, le due disposizioni – come risulta dal progetto – svolgono la funzione di una sorta di eccezione residuale valida incondizionatamente per tutti i casi in cui *statements* di tipo *hearsay*, non specificamente compresi in nessuna eccezione particolare, forniscano tuttavia garanzie circostanziate di affidabilità⁷. L'ampiezza di questa apertura subisce però una riduzione drastica in fase di approvazione della legge; nel testo definitivo delle *Rule* 803 e 804, la verifica della *circumstantial guarantee of trustworthiness* da parte del giudice risulta vincolata ad ulteriori condizioni di ammissibilità, cui si aggiunge la disposizione che fa obbligo alla parte che desideri valersi del mezzo di prova di darne notizia alla controparte – pena l'inammissibilità dello stesso – prima dell'inizio del *trial*⁸. Quello che risulta dal testo delle *Subsections* 24 e b (5) delle *Federal Rules of Evidence* può essere definito un potere condizionato; pare dunque difficile parlare di un effettivo potere discrezionale del giudice di valutare l'affidabilità e, quindi, l'ammissibilità in giudizio di *hearsay statements* pur non compresi tra quelli ammissibili in via di eccezione. Tale ridimensionamento si caratterizza inevitabilmente come una battuta d'arresto anche alla luce della previsione di un ampio potere discrezionale del giudice, da parte di altre norme, come la *general provision* della *Rule* 102 che apre ad una concezione di *law of evidence* strumentale rispetto alla realizzazione di una *fairness* effettiva del procedimento, e, in maniera più specifica, le *Rules* 105 e 403, le quali (ricalcando gli schemi di norma quali la *Rule* 303 del *Model Code* e la *Rule* 405 delle *Uniform Rules*) consentono al giudice di esercitare un potere ampiamente discrezionale in ordine all'esclusione di mezzi di prova ammissibili, nei casi in cui rischi di essere violato

⁷ Il carattere di *open provisions* garantisce alle *Subsections* 24 e (b) 5 un rilievo particolare nell'ambito della disciplina dell'*hearsay* prevista dalle *Federal Rules*; pur funzionando come valvola di sicurezza delle carenze del sistema tradizionale, accolto dalle *Rules*, esse contraddicono «fisiologicamente» la tendenza a risolvere questo problema ancora attraverso il ricorso a *hearsay rule* o *class exceptions*; e, dal momento che fanno invece perno quasi esclusivamente sul potere discrezionale del giudice, oltre che un'anomalia all'interno dello schema adottato dalla legge federale, rappresentano una soluzione di per sé riconducibile ad un approccio liberale al problema dell'*hearsay*.

⁸ Come risulta dalla proposta di legge, le disposizioni – del tutto identiche – delle *Subsections* 24 e (b) 5 prevedono l'ammissibilità dello *statement*, solo che il giudice consideri presente «*comparable circumstantial guarantee of trustworthiness*», quando lo *statement* non rientri tra i casi di ammissibilità eccezionale previsti dalle *class exceptions* elencate nelle *Rules* 803 e 804. Nel commento al *draft* la *philosophy* che fa da sfondo all'adozione di questa disposizione è così illustrata: «*It would be presumptions to assume that all possible desirable exceptions to the hearsay rule have been catalogued and to pass the hearsay rule to oncoming generations as a closed system. Exception 24 and its companion provision do provide for treating new and presently unanticipated situation which demonstrated a trustworthiness within the spirit of the development of the law of evidence in the hearsay area*» (cfr. J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *op. cit.*, 803-855). Fra le due posizioni opposte dell'*House Committee* e del *Senate Committee* l'una favorevole alla soppressione dal testo della legge di tali disposizioni (in quanto «*injecting too much uncertainty into the law, of evidence*»), l'altra favorevole ad un loro accoglimento entro certi limiti di ammissibilità, la versione finale delle *Rules* 803-804 rispecchia nettamente l'emendamento senatoriale (cfr. J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *op. cit.*, 803-240, 803-241).

il principio di *fairness*⁹. Di conseguenza, la rinuncia a condurre su questa linea anche il discorso riguardante l'area dell'*hearsay* qualifica la soluzione proposta dalle *Federal Rules* come interlocutoria su questo punto, in quanto troppo legata a uno schema tradizionale di *hearsay law*, per concedere lo spazio necessario agli elementi di rinnovamento presenti.

3. Il *Civil Evidence Act* inglese del 1968

A differenza di quanto avviene per la legge federale statunitense, nel *Civil Evidence Act* inglese del 1968 gli spunti di riforma più radicale si riscontrano proprio nelle norme sull'*hearsay evidence*. Senza introdurre soluzioni di continuità rispetto all'*Act* del 1938, la normativa più recente compie ulteriori passi avanti verso una maggiore e decisiva liberalizzazione della *law of hearsay*. Sulla base delle raccomandazioni espresse dal *Law Reform Committee* nel suo *report*, la nuova legge propone una soluzione ampiamente liberale alle due fondamentali questioni dell'esistenza di una *general rule of exclusion* e della limitazione dell'ammissibilità alle sole *hearsay evidences in writings*, lasciate aperte dall'*act* del '38¹⁰. In effetti, con il *Civil Evidence Act* del 1968, si assiste alla abolizione sia della *hearsay rule of exclusion* come norma fondamentale, sia della discriminazione contro gli *oral statements* di tipo *hearsay*.

In sostituzione dello schema tradizionale, viene proposta una sistemazione fondata – oltre che sull'introduzione di un principio generale di ammissibilità – sulla distinzione tra *first-hand hearsays* e *second-hand hearsays*, con la predisposizione di una diversa disciplina per l'ammissione dei mezzi di prova a seconda dell'appartenenza all'una o all'altra categoria¹¹.

Come dimostra l'espresso richiamo contenuto nella *general provision* enunciata dalla *Section I (I)*, il principio di generale ammissibilità trova diretta applicazione riguardo alla categoria delle *hearsay evidence* prima mano¹². Mancando altri limiti, a disciplina dell'ammissione di tali mezzi di prova è imperniata esclusivamente sull'esercizio di un vastissimo

⁹ È da notare che, nonostante l'ampio dibattito che ha preceduto l'approvazione anche di queste norme, grazie alla mancanza di emendamenti, il carattere delle *Rules*, quale risultava dal *draft*, è stato conservato nella versione definitiva (cfr. J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *op. cit.*, I, 102-10, 105-4, 403-12); cfr. nello stesso senso, *op. cit.*, 13-14).

¹⁰ In linea generale la *philosophy* che ispira gli autori del *report* del 1966 si caratterizza per una netta tendenza alla riforma della *law of evidence* per quanto riguarda l'aria dell'*hearsay*, come risulta dal giudizio fortemente negativo formulato nei confronti della *law of hearsay* vigente (cfr. *Law Reform Committee Thirteenth Report. Hearsay Evidence in Civil Proceedings*, London 1966, 4). A livello di proposte, nel *report* viene suggerita l'introduzione di radicali operino nel senso di una sostanziale abolizione dell'*hearsay rule*, trasformazioni, la cui esistenza che è considerata del tutto inutile, e, anzi, dannosa, in quanto causa di eccessivi costi e di prolungamenti dei tempi del processo. La norma regolatrice dell'ammissione degli *hearsay statements*, dovrebbe, pertanto, essere concepita in questi termini: «*All statements, whether written or oral, which tends to establish a fact of which direct oral evidence would be admissible, would reasonably be supposed to have personal knowledge of the matters dealt with in the statement*» (cfr., ancora, *Law Reform Committee Thirteenth Report*, cit., 9).

¹¹ Cfr. R.J. WALKER, M.G. WALKER, *The English Legal System*, London 1970, 499; nello stesso senso cfr. anche R. CROSS, *On Evidence*, cit., 421.

¹² Per il testo delle prime *Sections* del *Civil Evidence Act* del '68, cfr. G.D. NOKES, *Cockle's, Cases and Statutes on Evidence*, London 1970, 498 ss.

potere di valutazione discrezionale, da parte del giudice, circa l'opportunità di acquisire l'*evidence* nel caso specifico. Così, secondo quanto dispone la *Section 2 (2)*, risulta, ad esempio, necessario il *leave of the court* perché possa essere presentata in giudizio una dichiarazione attraverso la testimonianza dell'autore della dichiarazione; il parere favorevole della corte può pure consentire che il *declarant* non venga sottoposto ad *examination in chief* (e che, quindi, la dichiarazione venga resa da persona diversa dal dichiarante); la corte ha infine il potere di autorizzare la prestazione, in qualsiasi forma diversa dalla testimonianza resa oralmente in giudizio, di dichiarazioni già rese nel corso di procedimenti precedenti.

È ispirata a un diverso criterio – cioè ad una minore fiducia nei confronti dell'affidabilità di questa categoria di *evidences* – la disciplina delle *second-hand hearsays*. Il potere discrezionale del giudice in ordine alla valutazione dell'ammissibilità del mezzo di prova, in questo caso, risulta soppiantato dalla previsione di condizioni di ammissibilità rigide, che ovviamente lasciano ben poco spazio ad un autonomo intervento del giudice. Un esempio di questo approccio è costituito dalla *provision* della *Section 4 (1)*, la quale dispone l'ammissione in giudizio delle dichiarazioni contenute in documenti, a condizione che esse siano state raccolte da persone che agiscono nell'esercizio di funzioni d'ufficio e provengano da chi possieda probabile conoscenza diretta dei fatti.

L'adozione di una doppia disciplina di ammissibilità costituisce la caratteristica certo meno felice della soluzione del problema-*hearsay* fornita dall'*Evidence Act* del 1968; essa denuncia un notevole impaccio a staccarsi dal modello proposto dalla legge precedente. Nelle cautele che circondano l'ammissione delle *second-hand hearsay* sono infatti facilmente individuabili i residui dell'impostazione dell'*act* del '38; la rigida chiusura nei confronti degli *oral hearsay statements* (ammissibili solo in via di eccezione), qui superata, si trasforma in diffidenza verso le dichiarazioni non fondate sulla conoscenza diretta dei fatti riportati, e porta alla predisposizione di forti limiti alla ammissibilità degli *hearsay statements* di secondo grado.

Al di là di questa complessa e non del tutto soddisfacente soluzione, il dato comunque notevole della sistemazione fornita dal *Civil Evidence Act* del 1968, è rappresentato dall'adozione di un sistema normativo in cui non compare più alcun accenno alla *hearsay rule*, e nel quale, almeno per una categoria di *hearsay evidences*, l'ammissione, oltre che garantita in linea di principio, risulta in pratica condizionata dalla sola valutazione del giudice. Sono certamente ancora realizzabili ulteriori progressi, che eliminino la dicotomia rappresentata dalla distinzione tra *first-hand* e *second-hand hearsays*; ciò anche alla luce della presenza nell'*act* di una *residual provision* – quella della *Section 8 (3) (a)* – che garantisce al giudice un potere discrezionale di ammissione anche di quegli *statements* per i quali non è prevista l'assunzione in giudizio da parte di norme della legge¹³.

¹³ Cfr. il testo della *Section 8 (3) (a)* in G.D. NOKES, *op. cit.*, 504; per un commento su quella che viene definita una «*overriding discretion*» esercitabile da parte del giudice, cfr. *Annual Survey of Commonwealth Law*, London 1970, 539, 669; in proposito cfr. anche, M. NOWARK, A. SAMUELS, *Civil Evidence Act*, 1968, in 31 *Mod. L Rev.* 1969, 669, dove è sostenuta l'opportunità di un ulteriore incremento dei poteri del giudice: «*better would have been to vest a general discretion in the judges. subject to certain statutory guidance, e.g. exclusion if in all the circumstances it seems likely to prove particularly unreliable*».

4. La recente evoluzione della *rule of hearsay* nel processo penale

A margine del discorso sull'evoluzione della *hearsay*-rule nel processo civile, è opportuno un cenno ad alcune delle principali questioni in materia di *criminal hearsay*, allo scopo di sottolineare – nonostante i limiti del presente lavoro – le implicazioni esistenti tra la *law of hearsay* civile e penale. Nella tradizione del sistema di *common law*, la distinzione tra *law of evidence* civile e penale è del tutto assente; essa emerge solo, di tempo in tempo, nel corso dell'evoluzione delle singole regole probatorie, in quanto la loro funzione generalmente garantistica si ricolleggi a esigenze proprie di un procedimento piuttosto che dell'altro; è solo nell'ambito delle riforme ottocentesche, che, in Inghilterra, sul piano normativo, inizia una separazione della *law of evidence* nei due campi, che peraltro rimangono collegati.

Tale collegamento risulta poi ancora strettissimo negli Stati Uniti, dove la tendenza costante è ancora nel senso di una disciplina comune, a livello normativo, di tutte le categorie di *hearsay statements*, indipendentemente dalla loro utilizzazione (o destinazione) in *civil* o *criminal proceedings*¹⁴. Bisogna però subito precisare come sia impossibile parlare di completa omogeneità tra i problemi che fanno da sfondo all'ammissione (o all'esclusione) dell'*hearsay* nel processo civile e in quello penale. Per quanto riguarda il secondo, è infatti essenziale il ruolo svolto dall'assunzione, a livello di garanzia costituzionale, del diritto dell'imputato al confronto con i testimoni a carico. Attraverso la *confrontation clause* del 6° Emendamento risulta infatti costituzionalizzato il diritto alla *cross-examination* su ogni testimonianza resa nel corso del processo penale.

Si tratta, dato l'accennato strettissimo rapporto esistente tra *cross examination* e *hearsay rule of exclusion*, di un fattore che condiziona l'evoluzione della *rule* nei *criminal proceedings*, e che conduce a un'implicita, ma sostanziale, costituzionalizzazione di essa¹⁵.

La tendenza a considerare *constitutional hearsay* la regola in esame, nell'ambito del processo penale, ha conosciuto solo di recente qualche rilevante incrinatura. All'inizio degli anni '70, la Corte Suprema – operando, con le decisioni sui casi *California v. Green* e *Dutton v. Evans* – un mutamento di giurisprudenza di grande rilievo, separa il problema dell'ammissione in giudizio di *hearsay statements*, da quello della loro congruenza con la *confrontation clause*; inoltre, consentendo, una utilizzazione più liberale di due eccezioni fondamentali in materia di *criminal hearsay* (quella relativa ai *prior inconsistent statements* e la c.d. *co-conspirator exception*), realizza una significativa attenuazione della regola d'esclusione anche nel processo penale¹⁶.

Con la decisione del caso *Green* – considerato che, in mancanza di una completa sovrapposizione tra *confrontation clause* e *hearsay rule*, non risulta violata la garanzia all'e-

¹⁴ Cfr. R. URICH, *Reform of the Law of Evidence*, in 3 *Anglo Am. L. Rev.* 1974, 227 ss.; R. CROSS, *An Attempt to Update the Law of Evidence*, in 9 *Israel L. Rev.* 1974, 19.

¹⁵ La formula adottata dall'*Amendment VI* risulta la seguente: «*in all criminal prosecution, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him*»; quanto al rapporto venutosi a stabilire tra la *confrontation clause* e il diritto alla *cross-examination*, cfr. D.S. DAVENPORT, *The Confrontation Clause and the Co-Conspirator Exception in Criminal Prosecutions. A Functional Analysis*, in 25 *Harv. L. Rev.* 1972, 1378 ss.

¹⁶ Cfr. D.E. SEIDELSON, *Hearsay Exceptions and the Sixth Amendment*, in 40 *Geo. Wash. L. Rev.* 1971, 84; J. GEORGE, *Constitutional Limitations on Evidence in Criminal Cases*, New York 1973, 455.

same incrociato delle testimonianze, nel caso in cui l'opportunità di essa si realizzi effettivamente almeno nel *trial* – viene infatti consentita l'ammissione di dichiarazioni rese prima dell'udienza e in contrasto con la successiva testimonianza della medesima persona¹⁷. Ispirandosi alla stessa *ratio* la corte si spinge poi più oltre, e, nella decisione del caso *Dutton*, giunge ad ammettere le dichiarazioni di un complice dell'imputato, ben oltre gli stretti limiti della eccezione tradizionale, nei casi in cui il giudice ritenga discrezionalmente affidabile il contenuto dello *statement*¹⁸.

A livello di legislazione federale, quest'approccio riceve un'accoglienza da cui è possibile desumere, una volta di più, il carattere complessivamente conservatore della recente normativa.

Nelle *Federal Rules of Evidence*, mentre trova accoglimento la regola introdotta con la decisione del caso *Green*, non altrettanto avviene per quella del caso *Dutton*; secondo la disciplina prevista dalla *Subsection* (2) (e) della *Rule* 801, l'ammissione in giudizio di dichiarazioni provenienti dal complice dell'imputato, risulta infatti sottoposta ancora a specifiche condizioni di ammissibilità (come il fatto di aver reso la dichiarazione nel corso della *conspiracy*), che invece la sentenza della Corte aveva ampiamente superato¹⁹. È significativo che questa chiusura si realizzi nei confronti di quella che si può considerare la prima, timida apertura, nell'ambito del processo penale, alla tendenza a far dipendere dal potere discrezionale del giudice, piuttosto che dalla conformità con la rigida casistica delle eccezioni tradizionali, l'ammissione in giudizio di *hearsay statements*. Si tratta di una conferma dell'assenza, nelle *Federal Rules*, di un'effettiva prospettiva di riforma della *law of evidence*, ma anche una dimostrazione dell'obiettivo difficoltà, a livello di legislazione federale, di realizzare una normativa in tema di *hearsay*, che, dovendo contemperare esigenze di garanzia di *fair trial* nel procedimento penale (e quindi di esclusione di quelle categorie di mezzi di prova non considerati del tutto affidabili) ed esigenze di liberalizzazione nel procedimento civile (e quindi di ammissione di gran parte di quei mezzi di prova), rappresenta una decisa innovazione rispetto al sistema tradizionale. Peraltro, la mancata ricezione, in tutta la loro ampiezza, delle recenti aperture di origine giurispru-

¹⁷ Cfr. *California v. Green*, in *United States Supreme Court Reports*, 1971, XXVI, 495, 497.

¹⁸ Nel caso *Dutton v. Evans*, il dato più rilevante è che l'ammissione di *statements* provenienti da *co-conspirators* non è sottoposta a nessuna delle condizioni di ammissibilità previste dalla *co-conspirator exception* tradizionale (sulla quale, cfr. J.H. LEVIE, *Hearsay and Conspiracy: A Reexamination of the Co-Conspirator's Exception to the Hearsay Rule*, in 52 *Mich. L. Rev.* 1954, 1152), ma rimane condizionata solo al verificarsi della concreta possibilità di sottoporre, se non l'autore di quel particolare *statement*, almeno un numero sufficientemente vasto di testimoni del medesimo avvenimento al vaglio della *cross-examination* (cfr. *Dutton v. Evans*, in *United States Supreme Court Reports* 1971, XXVII, 226); in senso contrario al ruling del caso *Dutton*, cfr. *Davenport, op. cit.*, 1381.

¹⁹ In fase di approvazione della *Subsection* 801 (d) (l) (a), in materia di *prior inconsistent statements*, risultano infatti frequenti i riferimenti al caso *Green*, considerato come un precedente a cui occorre uniformarsi (cfr. J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *op. cit.*, IV, 801-80, 81 ss.). Per contro, nella *Subsection* 801 (d) (2) (e), la presenza di condizioni di ammissibilità tradizionali, come la necessità che lo *statement* sia stato reso «*during the course and in furtherance of the conspiracy*» – condizioni la cui presenza non è, peraltro, più richiesta, né nella *Rule* 508 del *Model Code* né nella *Rule* 63 (9) (b) delle *Uniform Rules* (cfr. *Developments of Law: Criminal Conspiracy*, in 72 *Harv. L. Rev.* 1958, 984) – dimostra il mancato accoglimento dello spirito della posizione assunta dalla Corte Suprema nel caso *Dutton* (cfr. J.B. WEINSTEIN, M.A. BERGER, *op. cit.*, IV, 801 ss.).

denziale, è sintomo di un'altra fondamentale caratteristica della normativa statunitense in materia, presente anche nelle *Federal Rules*; ovvero il maggior rilievo inevitabilmente assunto, nell'ambito di una normativa comune per *criminal* e *civil hearsay*, delle esigenze di garanzia di *fair trial*, soprattutto nei confronti dell'imputato, indipendentemente dal loro essere sanzionati a livello costituzionale. È probabile che anche in questo contesto possa spiegarsi la ritrosia a sbarazzarsi completamente di una regola come la *hearsay rule*, la cui abolizione, nonostante tutto, viene vista come la caduta di un *safeguard* indispensabile nel processo penale. La fondamentale conseguenza di una simile impostazione è, a causa del carattere frenante delle cautele che circondano la *criminal hearsay*, la generale, minore evoluzione anche della normativa che rimane comune al processo civile.

Questi problemi risultano invece estranei al panorama della *hearsay law* inglese, in ragione della netta separazione esistente, a livello di una disciplina normativa già consolidata con il *Criminal Evidence Act* del 1898, tra *civil* e *criminal hearsay*²⁰.

Questa distinzione, tuttavia, non esclude in assoluto il collegamento tra i due aspetti della *law of evidence*; è anzi possibile rilevare come, almeno nell'ambito dell'*hearsay law*, i caratteri delle riforme adottate con i due ultimi *Civil Evidence Acts* non siano rimasti senza influenza nei confronti della regolamentazione delle *hearsay evidences* nei processi penali. Nel corso degli ultimi decenni si assiste, infatti, a un fenomeno di progressivo adeguamento della disciplina della *criminal hearsay* alle tendenze verso una più ampia ammissione di tali mezzi di prova, che, per quanto riguarda l'ambito della *civil hearsay law*, si riflettono nelle leggi del '38 e del '68.

Rispetto al *Criminal Evidence Act* del 1965, il *Civil Evidence Act* del 1938 rappresenta un precedente immediato (nel quale, d'altronde, la tendenza alla liberalizzazione della *hearsay law*, aveva trovato manifestazioni significative, proprio in ragione del fatto che si trattava di disciplinare la materia solo per il processo civile); l'influenza della disciplina proposta dall'*act* del '38, è infatti nettissima, come dimostra la quasi completa identità delle prime *Sections* delle due leggi²¹.

Il carattere di apertura molto circoscritta della normativa precedente risulta accentuato nella legge del '65, poiché le disposizioni in materia di *hearsay* vengono limitate alle prove documentali. Nonostante la presenza nell'*act* di alcune disposizioni più liberali rispetto a quelle della legge del '38 (come l'accoglimento di una definizione più ampia della nozione di *document*), è chiara l'intenzione del legislatore del '65 di non allontanarsi dal modello già esistente e, quindi, di introdurre aperture solo parziali, tali da non intaccare la permanenza di un principio generale di esclusione degli *hearsay statements* nel procedimento penale²².

²⁰ Cfr. R. CROSS, *On Evidence*, 2ª ed., London 1963, 334 ss.

²¹ Cfr. R. URICH, *op. cit.*, 196-197; R. CROSS, *On Evidence*, 30ª ed., cit., 498-499.

²² La definizione di *document* fornita dalla *Section I (4)* della legge del '65, risulta molto ampia, in quanto comprensiva di *any device by means of which information is recorded or stored*, quindi ogni tipo di registrazione meccanica di un certo fatto; anche per altri versi la disciplina proposta dal *Criminal Evidence Act* del '65 si rivela più liberale di quella contenuta nel *Civil Evidence Act* del 1938: non v'è riferimento al fatto che, autore materiale del documento e intermediari debbano aver agito nell'espletamento di un dovere d'ufficio; manca pure, nella codificazione più recente, il requisito della previa notifica del documento, allo scopo di renderlo ammissibile in giudizio (cfr. R. CROSS, *op. ult. cit.*). La limitazione della regolamentazione alla sola categoria dei *documents*, e, più precisamente, dei *trade e business records*, costituisce tuttavia caratteristica di fondo della

La questione viene invece affrontata decisamente con la proposta di legge contenuta nel II° Report del *Criminal Revision Committee* del 1972.

Pur tenendo presente la maggior affidabilità necessaria per la prova penale – e, quindi, la necessità di una normativa strutturata in una maniera più rigida rispetto a quella del procedimento civile – il principio ispiratore del *draft* è quello della ammissibilità, in via generale, delle *hearsay evidences*, e di una regolamentazione della loro concreta ammissione in giudizio secondo specifiche modalità²³.

Una simile impostazione risente chiaramente dell'esempio rappresentato dal *Civil Evidence Act* del 1968; tuttavia, rispetto al *Criminal Evidence Act* del '65, nel *draft* del '72, sono presenti elementi di maggiore autonomia dal modello fornito dal *Civil Evidence Act* precedente. L'accoglimento del principio per cui l'adozione di mezzi di prova *hearsay* nel procedimento penale non potrebbe comportare rischi maggiori di errori giudiziari, qualora fossero apprestate garanzie sufficienti, fa sì che, nella proposta del '72, siano presenti, accanto a disposizioni in linea con la riforma attuata dal *Civil Evidence Act* del '68 (come, ad es., la possibilità che, su accordo delle parti, venga ammessa in giudizio una prova *hearsay* altrimenti esclusa), disposizioni (che, ad es., prevedono la necessità che, in alcuni casi, l'autore della dichiarazione sia presente in giudizio in qualità di *witness*) nelle quali è evidente il carattere di rigida garanzia del contraddittorio²⁴.

Come risulta anche solo da queste brevissime indicazioni, la situazione inglese si caratterizza dunque come estremamente differente da quella americana. In quest'ultima, la preponderanza dei problemi riguardanti l'ammissione dell'*hearsay* nel processo penale, si rivela, nell'ambito della normativa, un elemento che fondamentalmente frena l'evoluzione verso un rilassamento della *hearsay rule*; in Inghilterra, invece, la separazione delle normative ha consentito una notevole evoluzione in senso liberale della disciplina delle *hearsay evidences* nel processo civile, e ciò ha influenzato un'analoga evoluzione del problema sul piano del processo penale. Dato il carattere liberale del *draft* del '72, l'adozione di esso consentirebbe, in effetti, di abolire ogni differenza sostanziale tra le due normative.

5. Conclusioni

Le differenze di fondo esistenti tra le due ultime soluzioni normative, apprestate in Inghilterra e negli Stati Uniti per disciplinare l'ammissione in giudizio delle *hearsay evidences*, indicano come il processo di riforma della *law of hearsay* – il cui svolgimento lungo e tortuoso si è tentato di illustrare nel corso del presente lavoro – non sia ancora giunto a risultati omogenei (quindi, in certa misura, definitivi) e, come, in quei paesi, il progresso verso una liberalizzazione di tipo benthamiano di questo settore della *law of evidence* non abbia raggiunto lo stesso livello.

legge, destinata a rappresentare, più che un rilevante passo verso l'estensione dell'area delle *hearsay evidences* ammissibili, in attesa di più incisive riforme (cfr., in questo senso, R. CROSS, *Criminal Evidence Act* 1965, in 28 *Mod. L. Rev.* 1965, 571 ss.)

²³ Cfr. *Annual Survey of Commonwealth Law*, London 1972, 185 ss.; R. CROSS, *On Evidence*, 30ª ed., cit., 499 ss.

²⁴ Cfr. R. URICH, *op. cit.*, 210 ss.; R. CROSS, *An Attempt to Update the Law of Evidence*, cit., 18, 22-23.

Il divario fra le due legislazioni, in effetti, appare netto nei confronti della regola d'esclusione dei mezzi di prova *hearsay*: rispetto alla soluzione statunitense, il cui schema normativo risulta condizionato dal mantenimento di una *general rule of exclusion*, la sistemazione realizzata con l'*act* inglese del '68 si rivela strutturalmente più avanzata, in ragione della scomparsa di ogni riferimento a *hearsay rule* e *class exceptions*, utilizzate in stretto collegamento reciproco²⁵. Anche a un esame più ravvicinato, questo elemento della fondamentale diversità di impostazione tra le soluzioni previste per quanto riguarda l'*hearsay* dalle *Federal Rules* e dal *Civil Evidence Act*, gioca un ruolo preminente, modificando in senso divergente il reale significato di norme che pure appaiono analoghe. Un esempio è fornito dalle disposizioni, formalmente non dissimili, previste a garanzia del contraddittorio tra le parti, i cui obiettivi risultano però sostanzialmente divergenti, a seguito del loro inserimento nell'una o nell'altra delle due normative: così, mentre le disposizioni contenute nelle *Subsections* 803 (24) e 804 (b) (5) delle *Federal Rules* rappresentano in concreto un ulteriore condizionamento alla limitata apertura verso l'ammissione di dichiarazione *hearsay*, attraverso le disposizioni della *Section* 8 del *Civil Evidence Act* inglese, che favoriscono la realizzazione tra le parti di un accordo preliminare al riguardo, l'ammissione di mezzi di prova *hearsay* documentali risulta facilitata²⁶.

Sotto questo profilo, non può che risultare limitato anche il valore del mancato accoglimento della versione originale dell'*open provision* (o *general exception*) collocata nella parte iniziale delle *Subsections* 803 (24) e 804 (b) (5); e ciò in ragione del carattere in ogni caso meramente accessorio dell'elemento della discrezionalità del giudice in ordine all'ammissione dei mezzi di prova *hearsay*. Questo elemento è, infatti, inevitabilmente situato ai margini del sistema, poiché il suo esercizio trova spazio solo nei casi in cui si riveli impossibile l'utilizzazione delle numerose eccezioni specifiche. Un ulteriore elemento che consente di constatare la diversità dei livelli di assestamento dei due sistemi di norme, è quello rappresentato dalla non completa coincidenza dei campi entro i quali la legge americana e quella inglese si trovano ad operare; rispetto al *Civil Evidence Act* del '68, che risulta limitato al procedimento civile, l'approccio adottato dalle *Federal Rules* si caratterizza per la maggiore ampiezza, in quanto (secondo uno schema normativo comune

²⁵ Anche nel *Civil Evidence Act* del '68 non mancano del tutto le formule tradizionali delle *class exceptions*; tuttavia in questo caso esse non funzionano in collegamento con la *rule of exclusion* (che è stata soppressa), ma rappresentano uno strumento per garantire l'immediata ammissibilità di quelle dichiarazioni che, non rientrando nella categoria delle *first-hand hearsays*, non potrebbero essere assunte nel caso in cui tutte le condizioni di ammissibilità previste dalle *Sections* 4 e ss. risultassero presenti (cfr. il testo della *Section* 9 in G.D. NOKES, *Cockle's Cases and Statutes on Evidence*, cit., 506; cfr. anche R. URICH, *op. cit.*, 205 ss.).

²⁶ L'inserimento nel testo della *Subsection* 803 (24) e 804 (b) (5) della *provision* in materia di *notice*, avviene ad opera del *Conference Committee*, nel corso dell'ultima revisione subita dal testo delle *Rules*. Nel *Report del Committee*, si assiste all'accoglimento dell'edizione della norma proposta dall'*Advisory committee*, sulla linea dell'opinione espressa dalla commissione senatoriale, e in contrasto con il trend, meno liberale, risultante dal rapporto dell'*House Committee*; sembra possibile ritenere che, con quest'ultima aggiunta, si sia inteso controbilanciare l'apertura rappresentata dalla *general residual exception* prevista nella prima parte della norma (cfr. il testo del *Conference Report in Federal Rules Annotated by the Federal Judicial Center*, New York 1975, 171). Per quanto riguarda il *Civil Evidence Act* del '68, la disposizione in materia, è contenuta nella *Subsection* (2) (a) della *Section* 8, la quale risulta collegata alle disposizioni contenute nelle *Sections* 20 *ess. dell'Order* 38 (cfr. G.D. NOKES, *Cockle's Cases and Statutes*, cit., 504-535).

anche alle altre leggi e progetti americani già considerati) comprende la *law of evidence* utilizzabile nei *civil* come nei *criminal proceedings*.

Questa maggiore estensione, se da un lato denuncia la tendenza – su un piano strettamente teorico, anche preferibile – a risolvere in maniera complessiva i problemi di un riassetto del sistema probatorio, dall'altro – al pari del carattere federale delle *Rules* –, contribuisce probabilmente a circoscrivere il tipo di riforma introdotto dalla legge statunitense a un semplice assettamento, a livello federale e all'interno di un'unica struttura normativa, della *law of evidence* vigente²⁷. La natura non propriamente liberale di questa normativa, almeno per quanto riguarda l'atteggiamento adottato nei confronti delle *rules of exclusion*, risulta comunque evidente, anche qualora si tenga conto del rilievo di fenomeni, quali soprattutto la crescente importanza assunta dai procedimenti speciali di giustizia amministrativa e dalla fase di *pre-trial*, che – rispettivamente dall'esterno e dall'interno – hanno, ormai da tempo, investito la struttura del processo di *common law*, introducendo modalità di ammissione dei mezzi di prova più aperti e sostanzialmente alternativi al modello tradizionale.

Caratteristica comune di questi due fenomeni è infatti l'aver superato – anche se in diverse prospettive – le limitazioni poste all'ammissibilità di molti mezzi di prova. Per quanto riguarda i procedimenti presso gli organi di giustizia amministrativa, l'elaborazione di una *law of evidence* autonoma rispetto a quella utilizzata nei *common law trials* rappresenta, da sempre, una conseguenza immediata del loro carattere di sistema di giustizia parallela rispetto delle corti tradizionali²⁸. In quest'ambito, l'assenza della giuria come *trier of fact*, è l'elemento che, facendo venire meno la giustificazione fondamentale alla creazione e mantenimento di specifiche *rules of evidence*, consente l'instaurazione di un sistema probatorio del tutto informale²⁹. In esso, in particolare – come risulta dalla *provision* contenuta nella *Section 7 (c)* dello *Administrative Procedure Act* – risultano implicitamente abolite le regole d'esclusione come l'*hearsay rule*, dal momento che si accoglie il principio dell'ammissibilità di ogni genere di *evidence* che possa considerarsi rilevante della causa, sulla base di un giudizio lasciato alla valutazione discrezionale dei funzionari della singola *agency*³⁰. Una situazione simile si verifica anche per quanto riguarda la *discovery* nella fase di *pre-trial*; in essa, infatti, non esiste una discriminazione preventiva nei confronti dei mezzi di prova *hearsay*, ed unico criterio per l'ammissione dell'*evidence* risulta, ancora, una volta, quello della sua *relevancy* nel caso specifico³¹. La possibilità di assumere, in fase di *pre-trial*, mezzi di prova che nel *trial* possono essere sottoposti a regole

²⁷ Cfr. R. URICH, *op. cit.*, 227.

²⁸ Cfr. K.C. DAVIS, *Evidence Reform: the Administrative Process Leads the Way*, in 34 *Minn. L. Rev.* 1950, 587 ss.; E. GELLHORN, *Administrative Process*, St. Paul Minn. 1972, 177 ss.

²⁹ Cfr. K.C. DAVIS, *Hearsay in Administrative Proceedings*, in 32 *Geo. Wash. L. Rev.* 1964, 689 ss.; ID., *Hearsay in Non-Jury Cases*, in 83 *Harv. L. Rev.* 1970, 1362 ss.

³⁰ Cfr. K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, cit., 273 ss.; nello stesso senso, cfr. B. SWARTZ, H.W.R. WADE, *Legal Control of Government (Administrative Law in Britain and United States)*, Oxford 1972, 129-130, 154-155.

³¹ Cfr. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, III ss.; cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLAR, *Federal Practice and Procedure*, St. Paul Minn. 1970, VIII, 49 ss.; C.A. WRIGHT, *Law of Federal Courts*, St. Paul Minn. 1970, 358 ss.; J.C. LOVE, *Pre-trial Exclusionary Evidence Ruling*, in *Wis. L. Rev.* 1967, 738; circa i riflessi sul sistema probatorio tradizionale dei metodi di assunzione

d'esclusione come l'*hearsay rule*, porta evidentemente, oltre a una mancanza di simmetria tra le due fasi del processo, a una sostanziale diversità tra le prove che le parti possono 'scoprire' nella fase preliminare e le prove che a causa di questa strozzatura possono essere prodotte nel *trial*.

In questa prospettiva – più che per non aver tenuto conto dell'esempio fornito dai procedimenti di carattere amministrativo – il mantenimento, nelle *Federal Rules*, di un sistema basato (come per quanto riguarda l'*hearsay*) sull'esclusione di quei mezzi di prova che risultino non completamente affidabili, sulla base di criteri di valutazione predeterminati, conferma il carattere conservatore della codificazione americana.

L'esistenza anche in Inghilterra – oltre che di un sistema di giustizia amministrativa simile a quello statunitense sul piano dell'adozione di una *law of evidence* molto aperta – di una fase di *pre-trial* nella quale gran parte dell'*evidence* viene presentata sotto forma di *affidavit* (ossia di dichiarazione scritta e giurata, quindi con caratteristiche di *hearsay statement*) non crea tuttavia un divario tra le due fasi del processo, dal punto di vista del criterio di assunzione dei mezzi di prova, dato il carattere delle riforme introdotte nel *law of evidence* con l'*act* del '68³². Il panorama inglese, in effetti, si caratterizza, come si è già detto, per la migliore omogeneità e per un costante progresso verso una liberalizzazione del sistema probatorio, che trova realizzazione in altre riforme settoriali, quali quella rappresentata dal *Criminal Evidence Act* del 1965, per quanto riguarda il processo penale. Anche l'ultimo *Civil Evidence Act* rientra tra queste riforme parziali del sistema³³; tuttavia, nonostante i limiti e l'eccessiva della doppia disciplina adottata per *first hand* e *second hand hearsays*, va ribadito che la soluzione adottata con la legge del '68 rappresenta il punto di arrivo più soddisfacente finora conseguito, nonché l'unico in grado di consentire ulteriori miglioramenti per quanto riguarda l'*hearsay law*.

Ciò che conferisce alla codificazione inglese del 1968 il carattere di effettiva riforma di questo settore della *law of evidence* – differenziandola nettamente dalla legge statunitense – è la realizzazione di un sistema basato sul conferimento al giudice di poteri discrezionali molto estesi circa l'ammissione in giudizio delle *hearsay evidences*, e sulla rivalutazione del mezzo di prova *hearsay* di tipo documentale. Come indica anche la frequenza con la quale se ne è fatto cenno, questi due elementi rappresentano la chiave, o lo sbocco naturale, di ogni proposta alternativa al sistema tradizionale. Inevitabilmente, infatti, la progressiva scomparsa della giuria nei procedimenti civili, facendo venire meno la giustificazione di fondo al mantenimento di un sistema di sbarramento nei confronti dell'acquisizione in giudizio di ogni mezzo di prova comunque utile alla decisione, non può che avere

delle prove in fase di *discovery*, cfr. J.B. WEINSTEIN, *Some Difficulties Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials*, in 66 *Columb. L. Rev.* 1966, 224-226.

³² Per quanto riguarda le caratteristiche della *law of evidence* applicata nei tribunali inglesi, cfr. B. SWARTZ, H.W.R. WADE, *op. cit.*, 244; cfr. pure il *Frank's Committee Report on Administrative Tribunals and Enquiries*, London 1957, 20, note 90-91. Quanto alla natura dei rapporti fra *trial* e *pre-trial*, sotto l'aspetto della *law of evidence*, cfr. J. JACOB, *Aspects of the English Civil Trial*, in *Anglo-American Legal Exchange* 1973, 89 ss.; ID., *Pre-trial Remedies in English Civil Procedure (Basic Requirements and Procedural Formalities)*, in *British-German Jurists Association*, Bonn 1976, 10 ss.

³³ Il *Civil Evidence Act* del 1972 non introduce alcuna sostanziale modificazione rispetto alla legge del '68. La sua più significativa disposizione riguarda l'estensione della disciplina prevista dall'*act* precedente in materia di *notice*, agli *hearsay statements of opinion* (cfr. M. NEWARK, A. SAMUELS, *Civil Evidence Act 1972*, in *New L. J.* 1972, 849).

ripercussione sul piano dei poteri del giudice come ormai quasi esclusivo *trier of fact*, e su quello della libera utilizzazione di mezzi di prova – come, specialmente, quelli di tipo documentale – verso i quali non avrebbero più ragione di permanere la sfiducia caratteristica del *common law of evidence*.

L'esperienza inglese dimostra come la riforma della *law of evidence* abbia ormai chiaramente imboccato queste due vie; oltre all'attribuzione al giudice di un vasto potere discrezionale, è infatti chiara – già dalla legge del '38 – la tendenza a considerare di per sé pienamente affidabili alcune categorie di prove documentali. Come dimostrano anche le imperfezioni della legge del '68, risulta tuttavia chiaro che la strada della completa abolizione di regole d'esclusione come l'*hearsay rule* non è ancora stata percorsa fino in fondo, per quanto riguarda il *trial* di *common law*. D'altronde, è facile immaginare che la prospettiva di un completo scardinamento del sistema (inevitabile conseguenza dell'abolizione di cautele come quelle rappresentate dalle *rules of exclusion*) abbia giocato in questo ambito un ruolo di freno, di natura culturale, estremamente importante. A questa sorta di *horror vacui*, si oppongono però esigenze, come l'abbreviazione dei tempi del processo e la riduzione dei suoi costi, che presuppongono quanto meno la semplificazione del sistema probatorio e, quindi, l'eliminazione degli impacci di ordine tecnico che lo rendono difficilmente utilizzabile. Il peso di simili istanze – che hanno trovato accoglimento, oltre che, come si è visto in Inghilterra, anche presso gran parte della dottrina statunitense³⁴ – si potrà rilevare determinante nel confronto, ancora aperto, tra la tendenza alla conservazione del sistema (o a aggiustamenti limitati) e quella favorevole a radicali trasformazioni di struttura.

³⁴ Cfr., ad es., J.B. WEINSTEIN, *Probative Force of Hearsay*, in 46 *Iowa L. Rev.* 1961, 331 ss., che propone l'estensione del sistema di ammissione vigente in fase di *pre-trial*, con l'esercizio di un più ampio potere discrezionale di ammissione da parte del giudice, anche al *trial*; suggerendo, per quanto riguarda la *hearsay rule*, la sua trasformazione da *rule of exclusion* a una *rule of discretion*, «*hedged with protections designed to balance more adequately need for hearsay and its possible abuse*». Sempre nel senso di una riforma radicale del sistema probatorio, cfr. H.B. MILLER, *Beyond the Law of Evidence*, in 40 *South Cal. L. Rev.* 1966, 1 ss.; J. BRYSH, *Abolish the Rule Against Hearsay*, in 35 *U. Pitts. L. Rev.* 1974, 609 ss.; parzialmente, anche L.H. TRIBE, *Triangulating Hearsay*, in 87 *Harv. L. Rev.* 1973, 957 ss.; di recente, R.B. STEWART, *Vermont Yankee and the evolution of Administrative Procedure*, in 91 *Harv. L. Rev.* 1978, 1813; F. HOCHMAN, *The Residual Exceptions to the Hearsay Rule in the Federal Rules of Evidence: A critical Examination*, in 31 *Rutgers L. Rev.* 1978, 687 ss.

31. L'ASTREINTE ENDOPROCESSUALE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'origine delle *astreintes* e il rapporto con i *dommages-intérêts*. – 3. L'*astreinte* come mezzo di esecuzione indiretta. – 4. Diffusione e crisi delle *astreintes*. – 5. L'*astreinte* come mezzo di esecuzione dei provvedimenti istruttori. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La disciplina delle prove contenuta nel progetto Liebman¹ prevede una serie di norme intese a innovare radicalmente il diritto delle prove: viene infatti integralmente attuato il principio del libero convincimento del giudice, si generalizza il potere del giudice di disporre d'ufficio l'acquisizione dei mezzi di prova, e viene eliminata la tradizionale ripartizione delle norme sulle prove tra codice civile e codice di procedura civile².

Nel contesto di questo completo rinnovamento della disciplina delle prove, speciale importanza rivestono alcune norme dirette ad assicurare l'attuazione dei provvedimenti con cui il giudice dispone l'acquisizione di determinati mezzi di prova. Si tratta in particolare dell'esibizione di documenti e dell'ispezione, ove si inseriscono misure specifiche di reazione all'inerzia dei soggetti, parti e terzi, a cui è diretto il relativo ordine del giudice.

Sembra opportuno, in ragione della sostanziale identità della disciplina dell'ispezione e dell'esibizione per quanto qui interessa³, limitare l'esame all'esibizione, la cui disciplina viene radicalmente modificata col conferimento al giudice del potere di ordinarla anche d'ufficio⁴.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1981, 524-547.

¹ Per il testo del progetto e la relazione di Liebman, cfr. *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 1977, 452 ss. In proposito v. anche Aa.Vv., *Incontro sulla riforma del processo civile, il progetto Liebman sul processo di cognizione (Milano 20-21 maggio 1978)*, Milano 1979.

² Cfr. E.T. LIEBMAN, *Relazione*, cit., 45-57.

³ Per il testo dell'art. 223 del progetto, cfr. E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, 476; in esso è in particolare previsto che «se la parte rifiuta, senza giustificato e comprovato motivo, di esibire la cosa o di sottostare all'ispezione corporale, il giudice può ordinare la ricerca e l'accompagnamento coattivo. Ove gli stessi rimangano senza esito, può ritenere ammessi, valutata ogni altra circostanza, i fatti cui l'ispezione si riferisce. Se il terzo rifiuta, [...] il giudice può ordinare la ricerca o l'accompagnamento coattivo. Ove gli stessi rimangano senza esito, il giudice condanna il terzo ad una pena pecuniaria adeguata alle circostanze».

⁴ Per il testo degli artt. 193 e 196 cfr. E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, 470. Il testo dell'art. 196, rubricato «Effetti della mancata esibizione», è come segue: «se la parte cui è ordinata l'esibizione rifiuta di eseguirla senza giustificato e comprovato motivo, il giudice può, valutata ogni altra circostanza, ritenere per ammessi i fatti cui l'esibizione si riferisce. Se il terzo cui è stata ordinata l'esibizione rifiuta di eseguirla [...] il giudice può disporre la ricerca e l'acquisizione coattiva del documento o della cosa a mezzo della polizia giudiziaria. In caso di mancato rinvenimento [...] condanna il terzo ad una sanzione pecuniaria adeguata alle circostanze e comunque non inferiore a lire 100.000».

Per quanto riguarda la mancata esecuzione dell'ordine di esibizione, sono previste conseguenze diverse a seconda che inadempiente sia la parte oppure il terzo. Come conseguenza dell'inerzia della parte, è consentito al giudice, con una valutazione discrezionale delle circostanze relative e in mancanza di una valida giustificazione, di ritenere provati i fatti che si volevano provare con il documento, in senso sfavorevole alla parte cui l'ordine era stato rivolto.

Di natura diversa sono le conseguenze previste per il rifiuto opposto dal terzo: esse consistono in varie possibilità di reazione rimesse alla discrezionalità del giudice e graduabili secondo la persistenza nel rifiuto ingiustificato. Il giudice ha il potere di disporre indagini di polizia circa l'esistenza e l'ubicazione della cosa o documento oggetto dell'esibizione rifiutata dal terzo. A rinvenimento avvenuto potrà seguire l'esecuzione in forma specifica dell'ordine, con l'«acquisizione coattiva» del mezzo di prova. In alternativa rispetto a questa possibilità, il giudice ha il potere di colpire con una sanzione pecuniaria la mancata esibizione. Salva la previsione di un'ipotesi specifica di applicazione automatica della sanzione pecuniaria per il caso di mancato rinvenimento del mezzo di prova, il giudice potrà fare uso di tale potere in tutti i casi in cui, a fronte del rifiuto del terzo, reputi inutile ordinare ulteriori indagini.

Oltre che per la scelta fra le due misure in funzione coercitiva del comportamento del terzo, è da rilevare come al giudice venga attribuito un ulteriore spazio di discrezionalità per la quantificazione della «pena pecuniaria». La norma, ispirandosi al modello dell'*astreinte* francese, consente infatti al giudice di proporzionare l'entità della sanzione alle circostanze specifiche del caso prevedendo solo il limite quantitativo minimo della pena.

Con la previsione di sanzioni pecuniarie «adeguate alle circostanze», il progetto si richiama palesemente alla tendenza, ormai pienamente affermata in Francia, verso il ricorso alle *astreintes* in fase endoprocessuale⁵. Non toglie rilievo al richiamo il fatto che nel progetto la proposta di strumenti analoghi appaia abbastanza approssimativa, e la stessa definizione di «sanzione adeguata alle circostanze» non equivalga precisamente al concetto di pena pecuniaria commisurata al ritardo nell'adempimento. Dalle norme del progetto al riguardo emerge comunque una tendenza favorevole all'utilizzazione della sanzione pecuniaria in funzione coercitiva, che, proprio in quanto non ancora compiutamente espressa, suggerisce una verifica delle soluzioni adottate nell'ordinamento francese, ove la sanzione pecuniaria in funzione coercitiva rappresenta da tempo (almeno per quanto riguarda l'esecuzione delle sentenze) un dato largamente acquisito.

Nella soluzione adottata dal legislatore francese, l'elemento essenziale è rappresentato dal fatto che l'*astreinte* è lo strumento esclusivo di coercizione nei confronti della parte e del terzo che non ottemperino ai provvedimenti del giudice in materia di prove. Tale

⁵ Il ricorso all'*astreinte* endoprocessuale viene inizialmente previsto nell'art. 5 ss. della legge del 5 luglio 1972 (cfr., per tutti, F. CHABAS, *La réforme de l'astreinte (Loi du 5 juillet 1972)*, in *D.S. Chr. XLIII*, 271 ss.; v. anche A. DE VITA, *Il nuovo codice di procedura civile francese: prima tappa della riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1973, 1415 ss.; sinteticamente A. FRIGNANI, *Le penalità di mora nel diritto comunitario francese e italiano*, in *Riv. dir. int.* 1974, 257 ss.) e nei decreti del 9 settembre 1971 (cfr. gli artt. 11, 40 ss., in *J.C.P.* 1971, III, 38207), del 20 luglio 1972 (artt. 69 e 77, in *J.C.P.* 1972, III, 39368-bis), e del 28 agosto 1972 (in *J.C.P.* 1973, III, 39468-bis). In proposito, cfr. anche C. MARRAUD, *Le droit à la preuve, la production des preuves en justice (décrets n. 71-740 du 9 septembre 1971, n. 72-684 du 20 juillet 1972 et n. 72-788 du 28 août 1972)*, in *J.C.P.* 1973, *doct.* 2572; per un'analisi di questa legislazione e ulteriori indicazioni bibliografiche, v. *infra*.

soluzione, introdotta con i primi decreti di riforma all'inizio degli anni '70, è attualmente consacrata nel nuovo codice di procedura civile.

Il nucleo centrale di tale normativa è contenuto nel comma 2° dell'art. 11, ove si dispone che la mancata ottemperanza della parte o del terzo all'ordine del giudice di presentare mezzi di prova potrà avere come conseguenza, su istanza della controparte, la comminazione di un'*astreinte*, ossia una condanna al pagamento di una somma commisurata ad ogni giorno di ritardo nell'esecuzione, e spettante alla stessa controparte⁶.

A dimostrazione di una decisa scelta a favore dell'*astreinte* come strumento per garantire l'esecuzione dei provvedimenti del giudice nell'istruzione probatoria, il legislatore francese ha individuato anche ipotesi specifiche di impiego dell'*astreinte* in tale direzione: è il caso del ritardo nella comunicazione e produzione delle *pièces* processuali e nella presentazione di scritture di comparazione⁷.

Ciò che tuttavia appare di maggior rilievo è l'inserimento di questa disciplina delle *astreintes* nel contesto di una concezione nuova dei rapporti fra giudice e parti, e dei doveri spettanti a queste ultime nell'ambito dell'istruzione probatoria.

Il legislatore francese, dopo aver enunciato il principio dell'onere della prova, prevede all'art. 10 del *Nouveau code* un potere generale del giudice di ordinare d'ufficio «*toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*», che comporta un sostanziale mutamento della posizione delle parti e dei terzi per quanto riguarda la raccolta del materiale probatorio. Nel 1° comma dell'art. 11 si introduce inoltre un principio di collaborazione alle attività istruttorie che, in tale rigorosa formulazione, non trova riscontro nella precedente disciplina del processo⁸.

Alla previsione, nel 1° comma della norma, di un dovere delle parti di concorrere alla formazione del materiale probatorio, si aggiunge il potere del giudice di trarre ogni tipo di conseguenza dalla mancata collaborazione della parte. Questo potere si combina con la disposizione del 2° comma in una struttura normativa nella quale all'affermazione del principio generale di collaborazione fa séguito l'individuazione e la graduazione degli strumenti per la sua attuazione pratica⁹.

Pare infatti evidente che, nell'intenzione del legislatore, il dovere di collaborazione previsto per le parti sia connesso anzitutto al potere del giudice di trarre «*toute conséq-*

⁶ In materia cfr. G. COUCHEZ, *Production forcée des preuves en justice*, in *J.C.P.C.* 1976, fasc. 623, e 3 e C. PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile*, Paris 1976, 51 ss.

⁷ Il riferimento è alla disciplina prevista all'art. 132 ss. in materia di *communication des pièces entre les parties*; agli artt. 134, 136 e 139 in materia di *obtention des pièces détenues par les tiers*; e, infine, all'art. 142 in materia di *production des pièces détenues par une partie*.

⁸ In effetti, già nel precedente *Code de procédure civile* era prevista la possibilità che la prova testimoniale fosse disposta d'ufficio (art. 254 c.p.c.); non è improbabile che il procedimento di *enquête*, consentendo al giudice, pur in un ambito limitato, poteri ufficiosi, abbia costituito una sorta di precedente per le riforme attuate con il *Nouveau code*, cfr. G.L.J. CARRÉ, *Les lois de la procédure civile*, Paris 1829, I, 630; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris 1932, 525 ss.

⁹ Per quanto riguarda l'Italia sul discusso problema della collaborazione, cfr., ad es., E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1966, 580 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, I, 377, 389 ss.; S. SATTA, Art. 88, in *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1959-1971, 289 ss.; P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, Napoli 1965, I, 535 ss.

uences» dalla sua inosservanza. Questo potere, che in concreto si risolve nella possibilità per il giudice di attribuire al comportamento della parte il valore di «argomento di prova» o di vera e propria prova contraria, ha carattere generale e opera in tutte le ipotesi in cui si verifichi la possibilità di trarre elementi di convincimento dal comportamento processuale delle parti. Rispetto a questo potere di valutazione del comportamento della parte, che teoricamente potrebbe rappresentare un efficace strumento di pressione, ma non necessariamente si risolve in un risultato sfavorevole per la parte inadempiente, il ricorso all'*astreinte* ha carattere residuale. Esso appare infatti possibile nelle ipotesi in cui risulti in concreto necessaria l'esibizione dei mezzi di prova che si trovino in possesso di una parte, o di un terzo, e tale necessità sia ritenuta effettiva dal giudice, a séguito di un'istanza in tal senso presentata da una delle parti. In ragione di ciò il 2° comma dell'art. 11 risulta essenzialmente concepito come una norma di chiusura del sistema, all'interno del quale costituisce il *climax* della disciplina prevista al legislatore francese.

La previsione, anche come ultima *ratio*, di uno strumento di esecuzione indiretta dell'ordine del giudice, combinando coazione e sanzione per la mancata esecuzione, integra la disposizione del 1° comma, attribuendo un significato particolarmente concreto al principio di collaborazione all'attività istruttoria ivi enunciato. Peraltro, la subordinazione all'istanza della parte della possibilità per il giudice di ricorrere all'*astreinte* indica come la scelta operata in materia si collochi – come si vedrà anche più oltre – in una posizione intermedia fra la concezione tradizionale della disponibilità dei mezzi di prova e il conferimento al giudice di poteri effettivi di acquisizione delle prove.

Può apparire ovvio che, in Francia, un tale spostamento degli equilibri interni del processo (attraverso la previsione di poteri coercitivi spettanti al giudice in fase istruttoria) trovi attuazione attraverso l'*astreinte*. Ricorrendo all'*astreinte* il legislatore si sarebbe in sostanza limitato a trasportare all'interno del processo una tecnica ormai ampiamente sperimentata in sede di esecuzione della sentenza.

Questa operazione non ha tuttavia un rilievo meramente tecnico. Essa appare il risultato di una lenta evoluzione che, se da un lato, come è facile intuire, ha un presupposto essenziale nel mutamento delle concezioni generali relative alla struttura del procedimento, è stata concretamente resa possibile dall'evoluzione a sua volta subita dall'*astreinte* e in particolare dalla progressiva precisazione del suo carattere comminatorio e coercitivo.

2. L'origine delle *astreintes* e il rapporto con i *dommages-intérêts*

L'evoluzione della concezione dell'*astreinte* coincide fondamentalmente con l'affermazione del suo carattere autonomo rispetto ad altri istituti disciplinati nei codici napoleonici, e si svolge in fasi diverse, in un lungo arco di tempo e non senza contrasti.

La prima di queste fasi è anche quella più difficilmente inquadrabile, e corrisponde alle prime utilizzazioni di tale strumento in alcune decisioni giurisprudenziali della prima metà del secolo scorso. Mentre è ormai pacifico che all'origine dell'*astreinte* vi sia la necessità di garantire l'esecuzione di alcune specie di obbligazioni accertate giudizialmente – soprattutto, anche se non solo, quelle di fare e non fare –, risulta particolarmente dif-

ficile ricostruire come si sia pervenuti alla creazione di tale strumento, non previsto dalla legislazione positiva¹⁰.

Un precedente di essa è stato individuato nella presenza, in alcune decisioni molto risalenti nel tempo, di soluzioni con le quali l'obiettivo dell'esecuzione viene perseguito attraverso un espediente parzialmente simile all'*astreinte*: si tratta, ad esempio, della dilazione del termine per l'adempimento, o della possibilità concessa all'obbligato di eseguire alternativamente in forma specifica o attraverso la prestazione di un equivalente in danaro¹¹.

Non sembra tuttavia che questi siano veri e propri precedenti dell'*astreinte*, poiché quasi contemporaneamente appaiono decisioni nelle quali si adottano misure definibili come vere e proprie *astreintes*, cioè condanne in futuro à *tant par jour de retard*.

La struttura di questi provvedimenti presenta un elemento comune molto evidente, costituito dal prevalente rinvio al concetto di *dommages-intérêts* come categoria di riferimento per definire la sanzione pecuniaria comminata nei confronti del debitore. Nell'evoluzione della pratica delle *astreintes* il ricorso a questa definizione assume un rilievo centrale, per il ruolo frenante che essa gioca riguardo all'affermazione del carattere comminatorio di tali misure.

La disciplina dei *dommages-intérêts* contenuta nell'art. 1142 del *Code civil*, che prevede come unica conseguenza della mancata esecuzione delle obbligazioni di fare o non fare la prestazione di un equivalente in danaro, ha costituito la giustificazione di fondo per i tentativi – operati di tempo in tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza della *Cour de Cassation*, e coronati da notevole successo per lunghi periodi – di ricondurre l'*astreinte* all'interno di una logica puramente risarcitoria¹². In effetti, la contrapposizione fra la

¹⁰ Per quanto riguarda la natura e le origini dell'*astreinte* cfr. anzitutto A. ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Rév. trim. dr. civ* 1903, 5 ss. (in particolare, circa le motivazioni di tale scelta da parte della giurisprudenza, v. 9 ss.); anche nella dottrina italiana la giustificazione è unanimemente vista nella necessità di sopperire alla mancanza di adeguate misure esecutive; cfr. L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli 1915, 77 ss. (in part., 82 ss.); e, nella dottrina più recente, N. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma 1948, 10 ss.; G. BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli 1966, 21 ss.; A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano 1974, 560 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Milano 1978, 52 ss.; da ultimo, cfr. S. CHIARLONI, *Misure esecutive a tutela dei diritti*, Milano 1980, 86 ss.; v. anche, ampiamente, R. GOLDSCHMIDT, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Padova 1953, I, 63 ss.

¹¹ Il richiamo è a quelle che, collocate nel primo decennio del secolo, tradizionalmente vengono indicate come le decisioni in cui il fenomeno fa la sua prima apparizione (v. l'*arrêt* del 9 gennaio 1809, in *Sir.* 1810, II, 532; soprattutto la famosa sentenza del Tribunale di Gray del 25 marzo 1811 e la decisione della *Cassation* del 21 giugno 1809 e del 22 gennaio 1812 (in *Dalloz Jurisprudence générale, Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et jurisprudence...*, Paris 1896, voce *Chose jugée*, n. 386). Per una qualificazione di tali decisioni come esempi di *astreintes*, ancorché molto rozzi nella struttura, cfr. L. FERRARA, *op. cit.*, 80-81; si tratta peraltro della tendenza più diffusa e generalmente accolta dalla dottrina francese: cfr., per tutti, M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris 1954, VII, 97.

¹² Tale logica è invece propria della disciplina dei *dommages intérêts* prevista nell'art. 1142 del *Code Napoléon*, come dimostra, nonostante che la poderosa opera di elaborazione cui il concetto è stato sottoposto non consenta di darne una astratta e valida definizione in assoluto, il costante

tendenza ad inglobare tale misura all'interno del sistema del *Code* e la caratterizzazione di essa, in una parte della giurisprudenza, come strumento di coercizione della volontà del debitore inadempiente, ha rappresentato per oltre un secolo il *leitmotiv* del processo attraverso il quale si è faticosamente affermata la funzione essenzialmente comminatoria dell'*astreinte*.

Nelle prime decisioni in materia, il richiamo ai *dommages-intérêts* serve ad operare un collegamento con le norme del *Code civil*. Tuttavia, in questo contesto, i *dommages-intérêts* vengono ad assumere una funzione diversa da quella meramente risarcitoria del danno causato dal mancato adempimento, che trova il suo *pendant* in forme di esecuzione come quelle previste negli artt. 1143 e 1144, le quali non implicano alcuna pressione sulla volontà dell'obbligato¹³. È infatti con la periodizzazione nel tempo, e, soprattutto, con il superamento del vincolo (tipico dei *dommages-intérêts*¹⁴) della esatta proporzionalità tra il danno economico effettivamente subito e il risarcimento, che si realizza la funzione di *contrainte* di tali provvedimenti. In effetti, agli esordi della prassi delle *astreintes*, l'esatta individuazione del collegamento tra funzione coercitiva e utilizzazione della sanzione pecuniaria emerge solo eccezionalmente. Spesso la condanna al pagamento di *dommages-intérêts* per il periodo della mancata esecuzione viene ricondotta alla sola esigenza di

riferimento al principio del risarcimento per equivalente in danaro operato dalla dottrina fin dai primi anni del secolo scorso. Cfr. ad es. K.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese* (trad. it. V. DE MATTEIS), Napoli 1862, III, 256; R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore* (trad. it. F. FORAMITI), Venezia 1833, I, 151 ss. (v. in nota riportate le ragioni fornite, al momento della compilazione del *Code*, come base della scelta di tale disciplina da parte del *Conseil d'Etat*: ovvero, soprattutto, «che niuno può essere costretto personalmente a fare una cosa, il che sarebbe una violenza la quale non può mai diventare un vincolo legittimo per ottenere l'adempimento delle obbligazioni»); C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du code*, Bruxelles 1830, II, 401 ss.; V.N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon. Contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 6^a ed., Paris 1866, IV, 29 ss.; e, anche per indicazioni bibliografiche, E. FUZIER-HERMAN, *Code civil*, in *Recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais*, Paris 1891-1898, II, 1078 ss.; v. inoltre, *infra*, nota 10. Per quanto riguarda la tendenza ad inglobare l'*astreinte* all'interno della struttura logica del *code*, essa si manifesta, più che nel primo periodo di apparizione di tali misure (ove invece la tendenza è o all'accoglimento o ad un netto rigetto, sulla base della disciplina dell'art. 1142), specialmente a partire dal secondo decennio di questo secolo.

¹³ Sulle caratteristiche dei due articoli citati cfr. A. ESMEIN, *op. cit.*, 10; v. anche G. BAUDRY LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 5^a ed., Paris 1900, I, 41 ss.

¹⁴ Il riferimento normativo è rappresentato dall'art. 1149 del *code*; in materia, e, più in generale riguardo al concetto di *dommages-intérêts*, cfr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil (conforme au programme officiel de la Faculté de droit)*, 9^a ed., Paris 1923, II, 75, nota 3; A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris 1928, II, 33 ss.; v., per una distinzione delle funzioni della condanna all'*astreinte* e di quella al pagamento di *dommages-intérêts*, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, 2^a ed., Paris 1933, II, 327; G.P. LABORDE, M. LACOSTE, *Exposé méthodique de droit civil*, Paris 1949, I, 288 ss.; F. DERRIDA, voce *Dommages et intérêts*, in *Dalloz Encycl. Jurid. Rép. Dr. Civil*, Paris 1952, 293 ss.; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, Paris 1962, II, 1, 551; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris 1962, II, 507; H.L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5^a ed., Paris 1960, III, 453; L. JUILLOT DE LA MORANDIÈRE, *Droit civil*, Paris 1965, I, 44 ss.; H. e L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 5^a ed., Paris 1972, I, 371 ss.

garantire il risarcimento del creditore. Si tratta di una soluzione aderente alla concezione espressa nella normativa del *Code*, che tuttavia, sotto la definizione di *dommages-intérêts moratoires*, sarà alla base di un filone giurisprudenziale autonomo e parallelo a quello delle *astreintes*, e ad esso alternativo, caratterizzandosi per un più armonico inserimento nel sistema del *Code*¹⁵.

In altri casi la giustificazione di tecniche coercitive come strumenti a garanzia della continuazione dell'obbligazione originaria o che consentono al giudice di valutare discrezionalmente il *quantum* del risarcimento, indica un affrancamento ancora incompleto dalla normativa del *Code*, incentrata sulla logica del risarcimento e tendente a restringere nell'ambito sostanziale il problema dell'esecuzione dell'obbligazione¹⁶.

Rispetto a queste decisioni, pure indicative di una fase iniziale del fenomeno delle *astreintes*, risultano più significative le sentenze nelle quali il ricorso a tali misure è chiaramente motivato, e comunque è precisamente individuata la loro funzione di coercizione all'adempimento specifico.

Ciò che caratterizza queste decisioni e consente di ravvisarvi una tendenza unitaria, è la giustificazione che esse danno del ricorso alle misure in questione. È anzitutto notevole l'assenza, e a volte l'esplicita esclusione, del riferimento al pregiudizio derivante dal ritardo o dal mancato adempimento¹⁷. Quando se ne tenta una definizione; questa consiste nell'individuazione dello scopo principale della condanna all'*astreinte* nella coercizione della volontà dell'obbligato all'adempimento¹⁸, anche in funzione del suo carattere esclusivamente provvisorio. La provvisorietà della condanna rappresenta, nei primi esempi di *astreinte*, un dato quasi costante, indicato come un carattere indispensabile di tali provvedimenti¹⁹. Questa impostazione si giustifica, specie per questo primo periodo, con l'e-

¹⁵ Così, ad es., *Cass.*, 9 agosto 1849, in *Dalloz périodique* 1849, I, 208; e *Cass.*, 13 gennaio 1852, in *Dalloz périodique* 1852, I, 54. In materia, cfr. M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, Paris 1931, VII, 97 ss. (ove si cita la giurisprudenza belga, presso la quale questa soluzione ha trovato accoglimento pressoché generale. In proposito, e per un'analisi comparatistica della giurisprudenza francese e belga, v. P.J. DURAND, *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Paris 1933, 71); cfr. anche, M. FRÉJAVILLE, *La valeur pratique de l'astreinte*, in *J.C.P.* 1951, I, 910; come pure P. KAYSER, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, in *Rév. trim. dr. civ.* 1953, 210 ss.

¹⁶ Cfr., ad es., *Cass.*, 26 luglio 1854, in *Dalloz périodique* 1854, I, 297; *Cass.*, 25 marzo 1857, in *Dalloz périodique* 1857, I, 213; *Cass.*, 16 febbraio 1859, in *Jour. Pal.* 1859, 218; per ulteriori indicazioni di giurisprudenza e un inquadramento di queste decisioni come categoria autonoma, intermedia fra le primissime configurazioni di tale misura e le decisioni in cui essa è compiutamente caratterizzata, cfr. A. ESMEIN, *op. cit.*, 13 ss.

¹⁷ Così, ad es., *Cass.*, 29 gennaio 1834, *Dalloz périodique* 1834, I, 81 (in proposito v. anche H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris 1950, 261); in senso analogo, cfr. *Cass.*, 19 luglio 1832, in *Journ. Pal.* 1831-32, 1247; e, ancora precedente, *Cass.*, 28 dicembre 1824, in *Journ. Pal.* 1824, 1269.

¹⁸ Oltre alle decisioni citate nella nota precedente, cfr. *Trib. Douai*, 5 dicembre 1849, in *Dalloz périodique* 1850, II, 65 (ove il mancato formarsi del giudicato su questa specifica condanna viene giustificato per il suo essere stata pronunciata «comme sanction éventuelle de l'exécution du jugement»); cfr. *Cass.*, 25 marzo 1857, in *Journ. Pal.* 1857, 879; *Trib. Montpellier*, 1° aprile 1862, in *Dalloz périodique* 1862, voce *Dommages intérêts*.

¹⁹ Cfr. *Cass.*, 22 novembre 1841, in *Journ. Pal.* 1841; in materia e circa il carattere provvisorio di tali provvedimenti, cfr. ancora A. ESMEIN, *op. cit.*, 25 ss.; v. anche, sul punto, E. MEYNIAL, *De la*

signa di rendere ‘accettabile’ l’impiego di tali provvedimenti, in base alla possibilità che l’entità della condanna sia aumentata, ma anche diminuita e annullata, in relazione al comportamento del soggetto obbligato²⁰. Essa tuttavia ha un rilievo fondamentale sul piano tecnico, poiché consente di collegare il carattere periodico della sanzione pecuniaria con la funzione propriamente comminatoria della condanna. In effetti, per il suo carattere provvisorio, la condanna al pagamento di sanzioni pecuniarie *à tant par jour de retard* è finalizzata in via principale ad ottenere l’esecuzione indiretta dell’obbligazione tramite la pressione esercitata sulla volontà dell’obbligato, per trasformarsi solo in caso di mancata ottemperanza, e una volta avvenuta la liquidazione, in una forma (definitiva) di indennizzo a favore del creditore.

La struttura essenzialmente coercitiva dei provvedimenti in esame è infine confermata anche dalla presenza di una ulteriore caratteristica fondamentale, per cui l’entità della sanzione viene commisurata alla consistenza patrimoniale del soggetto obbligato²¹. Questo elemento, che deriva dal mancato riferimento ad un effettivo danno economico, dà luogo ad un congegno compiutamente finalizzato a comprimere la libertà di azione dell’obbligato inadempiente. Del rilievo assunto dalla estensione dei poteri del giudice ai fini dell’esecuzione dei suoi provvedimenti fa fede il dibattito dottrinale immediatamente successivo all’apparizione delle prime forme di *astreinte*.

3. L’*astreinte* come mezzo di esecuzione indiretta

Nella seconda metà dell’800 le prese di posizione della dottrina nei confronti dell’*astreinte* sono frequenti e decisamente caratterizzate in senso favorevole o sfavorevole. La tendenza sfavorevole è nettamente prevalente nel periodo che coincide con le prime apparizioni del fenomeno, mentre il panorama della dottrina diventa più complesso solo intorno agli ultimi anni del secolo, nel momento in cui la prassi delle *astreintes* appare ormai consolidata sul piano giurisprudenziale.

In effetti, è essenzialmente come fenomeno giurisprudenziale che l’evoluzione delle *astreintes* ha in quegli anni la sua fase più importante. Rispetto a tale evoluzione l’apporto dottrinale appare limitato ad una operazione, pure assai notevole, di inquadramento teorico successivo²². L’atteggiamento negativo della dottrina rappresenta peraltro un dato di notevole interesse, che consente di cogliere le difficoltà attinenti all’inquadramento delle *astreintes* a livello sistematico. Ciò che infatti viene immediatamente messo in luce è la loro incompatibilità con le norme positive e, di conseguenza, la loro illegittimità.

sanction des obligations de faire ou de ne pas faire, in *Rév. pratique de droit français* 1884, LVI, 385, spec. 455-456; per una panoramica della giurisprudenza e per un approccio nettamente contrario all’introduzione di tale pratica proprio per via del carattere provvisorio di tali condanne, cfr. anche C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris 1868, I, 487 ss., spec. 492.

²⁰ V. ancora la già citata decisione della *Cassation* del 28 dicembre del 1824; cfr. anche *Cass.*, 20 giugno 1866, in *Dalloz périodique* 1869, I, 39; in proposito, cfr. M. LABBÉ, *Encore sur l’affaire Bauffremont*, in *Rév. prat. dr. civ. franc.* 1881, L, 81-83.

²¹ Cfr. L. FERRARA, *op. cit.*, 133 e le decisioni ivi citate.

²² V. *infra*, note 28 e 29.

Su questa linea si registra un'unanimità non incrinata dalle differenze d'acconto rilevabili nelle prese di posizione dei vari autori. Così il non completo sfavore con cui, talvolta, viene vista la dilazione nel tempo del momento dell'adempimento non comporta la modificazione dell'atteggiamento di rifiuto nei confronti della caratteristica di fondo di tali misure, ossia la coercizione della volontà dell'obbligato all'adempimento specifico²³. Viene infatti costantemente sottolineato il contrasto esistente tra l'adozione di simili provvedimenti e l'adesione, operata dal legislatore, al principio espresso nella formula *nemo ad factum praecise cogi potest*²⁴. Alla base di questo approccio si pone un assoluto rispetto della sfera di libertà del singolo, nel senso di escludere la realizzazione (o il costringere alla realizzazione) di uno specifico comportamento dovuto, concezione della quale la disciplina codicistica appare solo il coerente riflesso normativo²⁵. Rientra in questa visione anche il frequente riferimento al principio *nulla poena sine lege*, la cui utilizzazione serve a restringere nell'ambito delle previsioni della legge il potere del giudice di condannare a sanzioni pecuniarie periodiche, ma anche di apprestare strumenti per costringere la parte obbligata ad un *facere* specifico²⁶.

La netta opposizione alle *astreintes* sembra derivare anche dalla tendenza, che si manifesta in quegli anni, ad eliminare gli strumenti di coercizione già presenti, in favore del ricorso alla sola logica del risarcimento del danno; tale tendenza si concretizza nella legge del 22 luglio 1867 con la quale vengono abrogate le norme del codice in materia di *contrainte par corps*²⁷. Il rifiuto delle *astreintes* si spiega ampiamente nell'ambito di una concezione astrattamente garantistica dei rapporti obbligatori e della funzione del processo (e quindi dei poteri del giudice all'interno di esso). La funzione coercitiva necessariamente connessa a tali misure risulta infatti incompatibile con l'interpretazione restrittiva che la dottrina dell'epoca fornisce delle norme del *Code*, attraverso la rigida assunzione dell'art. 1142 come schema normativo dominante.

È tuttavia proprio in questo periodo che, in funzione alternativa a questa concezione, si precisano le caratteristiche peculiari delle *astreintes*, come dimostra anche la sostituzione del termine «*astreinte*» alle varie definizioni – inevitabilmente implicanti il riferimento al concetto di *dommages-intérêts* – fino ad allora utilizzate per indicare il ricorso a tali misure²⁸. Alle rare decisioni nelle quali le *astreintes* fanno la loro prima apparizione, fa seguito

²³ Cfr., in questo senso. C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4ª ed., Paris 1871, IV, 41 ss.

²⁴ Cfr. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, 491-492; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Paris 1867, XVI, 359-360; C. AUBRY, C. RAU, *op. loc. cit.*; E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, 2ª ed., Paris 1909, IV, 63 ss.

²⁵ Sul punto, per tutti, G. BORRÉ, *op. cit.*, 20 ss.; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 40 ss. e gli aa. ivi citati.

²⁶ Così G. BAUDRY LACANTINERIE, L. BARDE, *op. cit.*, I, 424-425; E. GARSONNET, *op. cit.*, IV, 68. Per quanto riguarda più in generale le motivazioni addotte dalla dottrina ottocentesca per giustificare il rigetto dell'*astreinte*, cfr. ancora diffusamente L. FERRARA, *op. cit.* 206-246; più recentemente, in una prospettiva nettamente processualistica, A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Liège-Le Hague 1971, 41 ss.

²⁷ Sulla *loi 22 juillet 1867*, v. E. GARSONNET, *op. cit.*, 596 ss.

²⁸ Fra i primi esempi. cfr. *Cour Cass.*, 20 marzo 1889, in *Dalloz périodique* 1889, I, 382; *Cour Cass.* 1º dicembre 1897, in *Dalloz périodique* 1898, I, 289. In materia, anche per una panoramica delle diverse definizioni utilizzate, cfr. A. ESMEIN, *op. cit.*, 8, note 1-2.

una vera e propria corrente giurisprudenziale nella quale l'*astreinte* raggiunge una sorta di istituzionalizzazione. La diffusione delle *astreintes* coincide infatti con la progressiva unificazione delle motivazioni che ne vengono fomite, e con la sostanziale affermazione della tendenza a individuare il loro scopo principale nella funzione di *contrainte*²⁹.

Questo fenomeno di assestamento della giurisprudenza porta, tra la fine dell'800 e primi del '900, ad una parziale modificazione dell'atteggiamento dottrinale. Fra gli interventi che indicano l'adeguamento di parte della dottrina alle posizioni ormai saldamente acquisite in giurisprudenza³⁰, si segnala per originalità, e per l'incidenza che avrà in séguito, la presa di posizione di Esmein. Nella sua analisi il problema della legittimità delle *astreintes* viene risolto superando ogni questione di compatibilità con l'art. 1142, sulla base del solo riferimento al potere di *injunction* attribuito al giudice dall'art. 1036 del codice di procedura civile³¹. Affermando l'esistenza di una base normativa dell'*astreinte* attraverso il richiamo ad una disposizione che conferisce al giudice un potere ordinatorio di carattere generale, Esmein mostra di tenere conto principalmente della sua funzione coercitiva, ed infatti questa funzione dell'*astreinte* costituisce il presupposto fondamentale della ricostruzione di Esmein. Essa si pone come il primo esempio di un mutamento di prospettiva sulla base del quale è possibile individuare, già all'inizio di questo secolo, una parziale coincidenza delle posizioni di dottrina e giurisprudenza nel senso di riconoscere legittimo il ricorso a misure come le *astreintes*, se non altro perché di fatto necessarie per colmare il vuoto legislativo esistente nel campo delle misure di esecuzione.

A completamento del panorama appare comunque rilevante anche il richiamo all'art. 191 del *Code de procédure civile*. Tale norma, disponendo la condanna della parte al pagamento di *dommages-intérêts* aumentabili in ragione del ritardo nella restituzione all'avversario delle *pièces* processuali, mostra di fare uso di un congegno simile all'*astreinte*, anche per l'indubbia funzione coercitiva della sanzione comminata³². Per la sua collocazione all'interno del processo l'art. 191 assume rilievo come precedente storico dell'introduzione dell'*astreinte* nell'istruzione probatoria recentemente effettuata dal legislatore francese. Tuttavia, la scarsità dei riferimenti e la sostanziale assenza di dibattito circa l'incidenza di tale norma sul mantenimento rigido del principio *nemo tenetur*, indicano come diversa – e collegata al progressivo affermarsi dell'*astreinte* come misura generale di coercizione – la via attraverso la quale si è pervenuti ad elaborare la normativa attuale.

²⁹ Come esempi di questa tendenza, cfr. le sentenze relative al caso *Bauffremont* (v., ad es., in *Dalloz périodique* 1882, II, 81, la sentenza della Cassazione belga e il relativo commento in materia di M. LABBÉ, *op. loc. cit.*) nelle quali si realizza una precisazione del concetto di *astreinte*; cfr. anche in *Dalloz périodique* 1889, I, 261; ivi, 1891, IV, voce *Obblig.* 13; e la famosa sentenza del caso *Coquelin*, ivi, 1897, II, 177.

³⁰ Così, ad es., E. MEYNIAL, *op. loc. cit.*; come pure M. LABBÉ, *op. loc. cit.*

³¹ Cfr. ancora A. ESMEIN, *op. cit.*, 33 ss., spec. 50; circa il richiamo all'art. 1036, v. E. GARSONNET, *op. cit.*, 73.

³² In materia cfr., ad es., G.L.J. CARRÉ, *Les lois de la procédure civile*, 2ª ed., Paris 1829, I, 498-499; M. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, 3ª ed., Bruxelles 1840, II, 120-121; E. GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Paris 1908, 728 ss.

4. Diffusione e crisi delle *astreintes*

Nel primo cinquantennio di questo secolo, il processo di affermazione delle *astreintes* come misure coercitive subisce una battuta di arresto. Alla diffusione di un sostanziale favore verso la loro adozione, non corrisponde infatti l'elaborazione di concezioni adeguate a sottolinearne l'autonomia e a precisarne ulteriormente le caratteristiche di fondo. Si verifica in questo periodo un fenomeno di inglobamento delle *astreintes* nel sistema, che si risolve nel tentativo di ridimensionarne il significato e la portata. Per quanto siano ormai eccezionali in dottrina le prese di posizione del tutto sfavorevoli all'*astreinte*³³, la tendenza prevalente considera l'*astreinte* legittima sulla base di un rinnovato collegamento con i *dommages-intérêts*, attribuendole quindi una funzione fondamentalmente risarcitoria³⁴. Anche quando viene nettamente operata la distinzione fra *astreinte* e *dommages-intérêts*, l'individuazione della funzione di *contrainte* come propria dell'*astreinte* solo occasionalmente serve a porre il problema di valutare il funzionamento e l'efficacia coercitiva di questo strumento³⁵.

In realtà l'accoglimento riservato alle *astreintes* si rivela funzionale alla visione di esse esclusivamente come minacce. Esaurendosi la funzione delle *astreintes* nella fase 'statica' della *menace*, viene lasciato spazio – nella fase 'mobile' della liquidazione e, ancor prima, dell'individuazione del *quantum* della condanna periodica – al recupero della concezione dei *dommages-intérêts*. Questa visione trova soprattutto riflesso in alcune decisioni della *Cour de Cassation*: in quella che è stata definita la «*jurisprudence classique*» in materia viene infatti introdotto il principio secondo cui, al momento della liquidazione definitiva, la entità della condanna a titolo di *astreinte* debba essere rivista e rapportata, anziché alla capacità economica del soggetto condannato, al danno effettivamente prodotto dall'inaidempimento o dal ritardo nell'adempimento³⁶.

In netta contrapposizione con tale tendenza è l'impostazione del problema che si manifesta intorno agli anni '40 nelle decisioni di alcune corti di merito, con la modificazione della tradizionale concezione di tali provvedimenti come misure a carattere meramente provvisorio, e la previsione di forme definitive di *astreinte*³⁷. L'impossibilità di modificare

³³ Cfr., tra gli esempi fra i più noti, G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *op. cit.*, I, 450.

³⁴ Così, ad es. A. COLIN, H. CAPITANT, *op. loc. cit.*; R. DEMOGUE, *Traité des obligation en général*, Paris 1932, II, 6, 557 ss.

³⁵ Cfr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9ª ed., cit., 75 ss.; A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire*, cit., 33 ss.; L. JOSSEAND, *Cours de droit positif*, cit., 326 ss. Per quanto riguarda l'attribuzione di grande rilievo alla natura *comminatoire* di tali misure M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris 1931, VII, 74 ss.; E. GARSONNET, C. CÉZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, 9ª ed., Paris 1923, 90.

³⁶ Cfr. J. BORÉ, *La liquidation de l'astreinte comminatoire*, in *D.S. 1966 chr.*, 161; sul punto, v. anche M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESBEIN, *op. cit.*, VII, 106 ss.; P. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, III, 636 ss.; H. STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, in *Int. Enc. of Comparat. L.*, XVI, 8, III; per quanto riguarda la dottrina italiana, v. qualche cenno in S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 55.

³⁷ Il riferimento d'obbligo è alla famosa sentenza emessa dal *Trib. di Pont l'Evêque* il 10 dicembre 1942, nella quale si parla di potere del giudice di stabilire che l'*astreinte* «*n'est pas comminatoire mais qu'elle constitue une peine pécuniaire dont le bénéfice sera acquis au créancier faute de la partie condamnée d'exécuter la sentence dans le délai fixé*» (cfr. *Réc. Dall.* 1943, *crit.*, 119). In verità, già in precedenza le carenze della concezione tradizionale erano state criticate (v., ad es., le osservazioni

o annullare l'entità delle sanzioni pecuniarie funziona in queste decisioni come strumento per superare l'*impasse* teorica occasionata dalla definizione tradizionale delle *astreintes provisoires*^{38-36-bis} e, soprattutto, per riaffermare il carattere effettivamente coercitivo di tali provvedimenti. La creazione delle *astreintes définitives* ripropone il problema dell'efficacia di queste misure; ciò che infatti con esse si intende evitare è che, avendo come prospettiva reale il solo risarcimento dei danni, l'obbligato non venga efficacemente dissuaso dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento, e indotto all'esecuzione³⁹. Questa tendenza ottiene l'appoggio della dottrina⁴⁰, e appare destinata ad imporsi nonostante un iniziale insuccesso decretato, alla fine degli anni '40, da un provvedimento legislativo e da alcune decisioni successive della *Cour de Cassation*. Le ultime manifestazioni di quella che è stata definita come una «*crise des astreintes*» in ragione della mancata evoluzione delle concezioni teoriche in materia sono, in effetti, rappresentate dall'art. 2 della legge del 21 luglio 1949, che proibisce l'utilizzazione delle *astreintes définitives* per l'esecuzione di sfratti (materia nella quale non è trascurabile, specie per l'epoca in cui la legge si colloca, il peso avuto da considerazioni di ordine politico-sociale) e dalle sentenze della Cassazione nelle quali viene ribadita l'illegittimità di tali *astreintes*⁴¹.

alla sentenza riportata in *Dalloz périodique* 1889, I, 261). In generale, sul problema delle *astreintes définitives*, v. M.L. RASSAT, *L'astreinte définitive*, in *J.C.P.* 1967, *doctr.* 2069.

³⁸ Le espressioni *astreintes provisoires* e *astreintes définitives* vengono qui utilizzate per designare quelle che, all'epoca, venivano denominate – e in alcuni casi la dottrina continua a chiamare – come *astreintes comminatoires* o *non comminatoires*. In effetti, la definizione utilizzata fa la sua apparizione ufficiale con la legge del 5 luglio 1972 (v. *infra* nel testo); l'adozione di un'unica terminologia si è ritenuta preferibile per garantire una più agevole lettura del testo, data anche la completa coincidenza delle due definizioni (cfr. in proposito, nota in *J.C.P.* 1977, II, 18561).

³⁹ Cfr. P. ESMEIN, *Les astreintes et leur nouvelles applications*, in *Gaz. Pal.* 1941, I, 83 ss.; R. MEURISSE, *L'astreinte non comminatoire*, in *Gaz. Pal.* 1948, II, 4423 ss.

⁴⁰ Così, ad es., P. MAZEAUD, *Observations*, in *Rév. trim. dr. civ.* 1951, 256; R. SAVATIER, *L'exécution des condamnations au paiement d'une astreinte*, in *Réc. Dall.* 1951, *chr.*, 37; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité*, cit., 112 ss.; H. LALOU, *Traité de la responsabilité civile*, 5^a ed., Paris 1955, 98 ss. Per un'analisi complessiva del fenomeno e un'attenta rassegna dell'approccio a esso riservato dalla dottrina, cfr. M.L. RASSAT, *op. loc. cit.* È interessante notare come, anche autori critici nei confronti di tale soluzione, non osino riproporre *tout court* un ritorno alla tendenza tradizionale, come nel caso di Fréjaville, il quale, pur considerando l'*astreinte* in stretto rapporto con i *dommages-intérêts*, parla comunque di «*menace chiffrée d'appréciation rigoureuse des dommages-intérêts*»; cfr. M. FRÉJAVILLE, *L'astreinte*, in *D.S.* 1949, *chr.*, 1 ss.; Id., *La valeur pratique de l'astreinte*, in *J.C.P.* 1951, I, 910; Id., voce *Astreintes*, in *Enc. Jur. Rép. Dr. civ. Dall.*, Paris 1951.

⁴¹ Per quanto riguarda le sentenze con le quali la *Cassation* appoggia, all'inizio degli anni '50, questa soluzione, v. ancora M.L. RASSAT, *op. cit.*, nota 13. Della vasta letteratura in materia cfr., inoltre, M. FRÉJAVILLE, *La loi du 21 juillet 1949*, in *J.C.P.* 1949, I, 792; H. VIZIOZ, *Le règlement du litige*, in *Etudes de procédure*, Bordeaux 1956, 370 ss.; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris 1962, II, 802 ss.; A. TUNC, *Le renouveau de l'astreinte en droit français*, in *Fest. Riese*, Karlsruhe 1964, 400 ss.; J.P. DAWSON, *Specific Performance and Germany*, in 57 *Mich. L. Rev.* 1959, 524.

In effetti, nel decennio successivo, nonostante alcune oscillazioni nella giurisprudenza e nella legislazione⁴² le *astreintes définitives* si affermano come autonome⁴³. Tale affermazione rivela un significativo mutamento di indirizzo in materia, dal momento che il ricorso a queste forme di *astreintes* rappresenta un riconoscimento della pienezza della funzione coercitiva propria di tali provvedimenti, che si realizza attraverso il recupero del loro carattere sanzionatorio. L'inevitabilità delle multe comminate in forma di *astreintes définitives*, mentre consente a una parte della dottrina di catalogare le *astreintes* come *peines privées*⁴⁴ chiude infatti definitivamente la dibattuta questione circa la loro natura di misure di esecuzione indiretta, relegando in posizione meramente eventuale il loro carattere risarcitorio. In tal modo – come dimostra l'estensione a tutti i giudici del potere di irrogare *astreintes*⁴⁵ e le aperture che al riguardo si manifestano anche presso gli organi di giustizia amministrativa, contrari per giurisprudenza costante alla loro utilizzazione⁴⁶

⁴² Si veda la serie di decisioni emesse dalla *Cassation* nei primi anni '60, riportate in M.L. RASSAT, *op. cit.*, nota 18 e, nello stesso periodo, la legge del 2 luglio 1963 in materia di concorrenza sleale, nella quale viene fatto un esplicito riferimento alla soluzione della legge del 1949; v. riferimenti in S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 53.

⁴³ L'avvio di questa nuova tendenza viene unanimemente fatto risalire all'*arrêt* del 20 ottobre 1959 nel quale anche l'*astreinte provisoire* viene definita come «*mesure de contrainte entièrement distincte des dommages intérêts qui n'est qu'un moyen pour vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage et est normalement liquidé en fonction de la gravité de la faute du débiteur*». Cfr. in materia le *Observations* di D. HOLLEAUX, in *D.S.* 1959, *jur.*, 537 ss.; P. MAZEAUD, in *J.C.P.* 1960, II, 11449; HÉBRAUD, in *Rév. trim. dir. civ.* 1959, 778. Si vedano inoltre R. CATALA, *Astreintes in French Law*, in *Jurid. Rev.* 1959, 163; ID., *Astreintes in French Law. The Conclusive Case*, in 6 *Jurid. Rev.* 1961, 53; M.L. RASSAT, *op. cit.*; J. BORÉ, *op. cit.*, 160; H. STOLL, *op. loc. cit.*; P. RAYNAUD, *La distinction de l'astreinte et des dommages intérêts, dans la jurisprudence française récente*, in *Mél. Secrétan*, Montreux 1964, 257; A. TUNC, *op. loc. cit.*, III, 634 ss.; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, Paris 1962, I, 2, 698 ss.; L. JUILLOT DE LA MORANDIÈRE, *Droit civil*, 4^a ed., Paris 1966, II, 262 ss.; A. JOLY, *Procédure civile et voies d'exécution*, Paris 1969, II, 262 ss.; P. CUCHE, J. VINCENT, *Voies d'exécution*, 2^a ed., Paris 1970, 12 ss.; P.E. HERZOG, *Civil Procedure en France*, Le Hague 1967, 560 ss.; di recente, in materia, cfr. SANTA CROCE, *Le prononcé de l'astreinte définitive et le principe de contradiction*, in *D.S.* 1979, *jur.*, 443.

⁴⁴ Cfr. P. ESMEIN, *Peine ou réparation*, in *Mél. Roubier*, Paris 1961, II, 37 ss.; L. HUGUENEY, *Le sort de la peine privé en France dans la première moitié du XXe siècle*, in *Et. Ripert*, Paris 1950, 25 ss.; nella dottrina italiana, per un'adesione a questa concezione, cfr. V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953, 56 ss.

⁴⁵ È il caso dell'estensione del potere di pronunciare e liquidare *astreintes* in sede di *référé*, per cui creava problemi la previsione dell'art. 809 del *Code de procédure civile*, che escludeva la possibilità che il *référé* decidesse il merito della controversia (e, quindi, anche di liquidare una condanna ad *astreinte*); in materia, fra gli altri, v. H. VIZIOZ, *Les pouvoirs du juge de référés en matière d'astreintes*, in *J.C.P.* 1948, I, 689; TOULEMAN, *L'astreinte en référés*, in *Gaz. pal.* 1948, XI, *doctr.* 11; più di recente, Y. SAINT JOURS, *Le juge de référé en droit de travail*, in *J.C.P.* 1974, I, 2648, nota 20; per un esempio di decisione che realizza un'apertura sul punto, v. l'*arrêt* del 17 aprile 1956 in *J.C.P.* 1956, II, 9334. In materia cfr. anche, P. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, 646; G. MARTY, P. RAYNAUD, *op. cit.*, 696; F. CHABAS, *op. cit.*, 275.

⁴⁶ Per un esempio della giurisprudenza tradizionale in materia, cfr. *Cons. d'Et.* 27 gennaio 1933, in *Dalloz périodique* 1934, III, 68. Con la decisione del 13 luglio 1956 (cfr. *Gaz. Pal.* 1956, II, 148) l'*astreinte* viene sostanzialmente introdotta nei procedimenti davanti al *Conseil d'Etat*; in materia, cfr. M. WALINE, *Manuel de droit administratif*, Paris 1959, 238 ss.; J.M. AUBY, R. DRAGO, *Traité*

– si può dire realizzato il processo di ‘autonomizzazione’ delle *astreintes* quali misure atte specialmente a garantire l’efficacia dei provvedimenti del giudice. Il che costituisce il presupposto degli sviluppi che hanno trovato realizzazione in questa materia negli ultimi anni. Se anche, infatti, da parte della giurisprudenza della *Cour de Cassation* si è tentato in séguito di catalogare la sanzione pecuniaria contenuta nelle *astreintes définitives* come una forma di riparazione del danno non dissimile dai *dommages-intérêts*⁴⁷, la direzione presa dalle recenti riforme conferma come il ricorso a questo tipo di *astreintes* abbia favorito il passaggio dalla concezione delle *astreintes* come «*astreintes-dommages intérêts*» a quella delle «*astreintes-sanction*»⁴⁸.

5. L'*astreinte* come mezzo di esecuzione dei provvedimenti istruttori

In quest’ultimo decennio il dato di fondo dell’evoluzione delle *astreintes* come misure coercitive è rappresentato dalla loro utilizzazione – oltre che, in senso tradizionale, come strumenti di esecuzione delle sentenze – anche come strumenti di esecuzione indiretta dei provvedimenti istruttori.

Questo fenomeno si presenta solo parzialmente come una evoluzione ‘interna’ alla pratica delle *astreintes*. Rispetto ad esso assume particolare rilievo la trasformazione di concezioni teoriche generali realizzatesi nel segno dell’attribuzione al procedimento civile di uno spiccato carattere di inquisitorialità, estraneo alla struttura del codice napoleonico.

L’affermazione di un diverso rapporto fra poteri delle parti e poteri del giudice all’interno del processo, che trova realizzazione negli ultimi anni, è il risultato di una lunga elaborazione intesa a modificare il modello di processo previsto nel codice. In effetti, l’esigenza di un aumento dei poteri di iniziativa istruttoria del giudice, e della collaterale attenuazione dell’efficacia del principio *nemo tenetur* si fa strada in Francia già nei primi decenni del secolo, in maniera sommesssa, ma sostanzialmente meno contrastata di quanto non avvenga in Italia.

In mancanza di una letteratura specifica in materia⁴⁹, anche intorno alla questione del recupero di istituti come l’*actio ad exhibendum* non si apre un dibattito simile a quello che, pur con forti limitazioni di ordine teorico e culturale, ha contemporaneamente luogo nel nostro paese⁵⁰.

de contentieux administratif, Paris 1962, III, 216; ODENT, *Contentieux administratif*, Paris 1965-1966, II, 848; A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1963, I, 302.

⁴⁷ Così, ad es., F. CHABAS, *op. loc. cit.*; J. BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l’astreinte judiciaire*, in *Et. Ancel*, Paris 1975, 277.

⁴⁸ Cfr., ad es., M.L. RASSAT, *op. loc. cit.*

⁴⁹ Fra le rare eccezioni al riguardo cfr. E. DEMONTES, *L’action ad exhibendum en droit modern, Essay sur le droit à la preuve (thèse)*, Paris 1922; sul punto v. anche C. AUBRY, C. RAU. *op. cit.*, Paris 1922, XII, 95 nota 24, e F. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris 1911, II, 97 ss.; di recente J.J. DAIFRE, *La production forcée des pièces dans le procès civil*, Paris 1979, 34 ss.

⁵⁰ In materia, cfr. ad es., M. DI LORENZO, *Appunti per la ricostruzione giuridica dell’actio ad exhibendum*, in *Rass. bibl. scienze giur.* 1934, 432 ss.; C. SEGA, *Cenni intorno all’azione esibitoria nel diritto processuale italiano*, Torino 1933, 37 ss.; L. FERRARA, *In materia editionis*, in *Foro it.* 1938, 1635 ss.; P. CALAMANDREI, *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1930, II, 291 ss.; F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1935, 66 ss.; F. LANCELLOTTI, *Esibizione di prove e sequestri*, in *Studi Redenti*, Milano 1951, 555 ss.;

La percezione della limitatezza dei poteri del giudice e dell'assenza di adeguati strumenti per la ricerca della verità nella fase istruttoria appare tuttavia progressivamente diffusa in dottrina⁵¹. Per quanto da queste constatazioni non derivino concrete indicazioni di riforma, il carattere dei rilievi formulati dalla dottrina assume notevole importanza per l'influenza esercitata sulle scelte dettate dal legislatore, a partire dalla metà degli anni '30, nell'ambito di una serie di riforme parziali del processo.

La tendenza a risolvere il problema della trasformazione del ruolo del giudice essenzialmente in termini di aumento del potere di direzione dello svolgimento della fase istruttoria (quindi, soprattutto, in funzione dell'economia processuale⁵²), trova infatti riflesso già nel decreto del 30 ottobre 1935 con il quale viene istituita la figura del *juge chargé de suivre la procédure*⁵³. In questo contesto, il conferimento al giudice del potere di ordinare, su istanza di parte⁵⁴, la presentazione di *pièces* e di *toute mesure d'information* realizza un passo importante nella direzione dell'abbandono del principio dell'esclusiva disponibilità delle parti sui mezzi di prova. Tuttavia, la mancata previsione di misure coercitive a garanzia dell'efficacia di tali provvedimenti indica i limiti di tale operazione.

Come per la dottrina, così nella visione del legislatore la prospettiva di riforma non va oltre il riequilibrio formale dei poteri delle parti e del giudice per quanto riguarda la raccolta del materiale probatorio. A questa concezione rimane estranea (in quanto attribuirebbe al giudice un ruolo di eccessiva preminenza in questa fase del procedimento) la previsione di effettivi poteri di coercizione della volontà delle parti all'adempimento specifico degli ordini del giudice in materia di prove.

Si collocano all'interno di questa visione riduttiva del problema (riduttiva pure in quanto non si percepisce che, in realtà, il problema si ripropone anche nell'ipotesi in cui la richiesta di produzione dei mezzi di prova provenga dalle parti) anche le successive riforme. Costituiscono infatti solo ritocchi alla normativa del decreto del 1935 le disposizioni contenute nei decreti del 22 dicembre 1958⁵⁵, e, in diversa misura, del 13 ottobre 1965.

S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile italiano*, Milano 1960, 257 ss.; V. SPARANO, *L'esibizione di prove nel processo civile*, Napoli 1961; B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Riv. dir. proc.* 1970, 156 ss.; ID., *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.* 1976, 678 ss.

⁵¹ Cfr., ad es., R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris 1923, III, 344 ss.; R. MOREL, *op. cit.*, 505; M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, Paris 1954, VII, 833 ss.; R. PERROT, voce *Preuve*, in *Enc. Jur. Dall. Rép. civ.*, Paris 1954, 113 ss.; per una panoramica dell'evoluzione degli approcci in materia v. A. KOHL, *op. cit.*, 41 ss., spec. 98 ss.

⁵² Oltre agli aa. cit. al n. precedente, v. J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris 1975, 473 ss.; H. SOLUS, *Rôle du juge dans l'administration de la preuve*, in *Trav. Ass. H. Capitaine* 1949, Paris 1950, 131 ss.; H. MOTULSKY, *La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, in *Études et notes de procédure civile*, Paris 1973, 130 ss.

⁵³ Cfr. R. MOREL, *op. cit.*, *Supplément (Décret-loi du 30 octobre 1935)*, Paris 1936, 9 ss.; H. SOLUS, *op. cit.*, 129; ID., *Les réformes de procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir*, in *Et. Ripert*, cit., 199.

⁵⁴ Per quanto riguarda i rapporti fra il decreto del '35 e la legge del 15 luglio 1944 con la quale viene consentita l'emanazione d'ufficio dei provvedimenti in esame, cfr. E. DÉSIRY, *Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile*, in *D.S.* 1956, *chr.*, 141 ss.

⁵⁵ Cfr. J. NORMAND, *op. cit.*, 402 ss., spec. 481; H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Paris 1961, I, 51 ss.

Le disposizioni previste in quest'ultimo rendono particolarmente evidenti i limiti di un simile approccio⁵⁶. All'ulteriore estensione dei poteri del giudice istruttore (qui denominato *juge de la mise en état*) non fa infatti riscontro la predisposizione di strumenti atti a garantire l'effettiva incidenza delle sue iniziative istruttorie. A fronte del potere del *juge de la mise en état* di ordinare d'ufficio la produzione di tutti i documenti ritenuti necessari, l'unica misura coercitiva è infatti costituita dalla possibilità che, nella successiva fase di decisione, il tribunale tragga *toute conséquence* dalla mancata collaborazione della parte.

Questa soluzione – condizionata dalla tendenza a vedere il mutamento del ruolo del giudice istruttore come limitato alla direzione il più possibile rapida delle attività istruttorie (come dimostra il rilievo attribuito alla gestione dai termini) – subisce una progressiva trasformazione nel corso del decennio successivo, fino ad essere abbandonato del tutto.

In effetti, gli anni '70 vedono il susseguirsi di varie riforme nelle quali si precisa una concezione diversa del problema dei rapporti fra parti e giudice istruttore, e trova anche soluzione la questione dell'efficacia dei provvedimenti del giudice in materia di prove.

Alla base di tale rinnovamento si pone il concetto di *droit à la preuve* come principio guida per una riforma della fase istruttoria. Questa impostazione, per quanto qui interessa, porta a consentire l'attribuzione al giudice, accanto al potere di direzione formale dell'istruzione e ai poteri di iniziativa probatoria, di poteri di controllo dell'effettivo rispetto del diritto alla prova, fra le parti e nell'interesse di uno svolgimento proficuo dell'istruzione.

Per quanto riguarda il modo in cui queste finalità si realizzano, gioca un ruolo determinante il valore attribuito in Francia all'espressione «diritto alla prova». Rappresentativa di una concezione che conserva al processo la struttura dispositiva tradizionale (diritto della parte ad ottenere dalla controparte la collaborazione nella raccolta del materiale probatorio), essa comporta però anche una sostanziale modifica del ruolo del giudice istruttore. Questi assume cioè una funzione di garante del rispetto di un *droit à la preuve* «oggettivo» (inteso nell'interesse del processo), e questa funzione giustifica l'attribuzione allo stesso giudice, accanto ai poteri autonomi di iniziativa istruttoria, di poteri di coercizione della volontà delle parti – e dei terzi – per un'effettiva collaborazione all'acquisizione delle prove⁵⁷.

Priva di una precedente elaborazione dottrinale, questa concezione trova immediatamente riscontro in una serie di norme che entrano in vigore nel corso dei primi anni '70 a partire dal decreto del 9 settembre 1971 relativo alle *dispositions liminaires* da porre alla base di una riforma del codice di procedura civile⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. Décr. n. 65-872 du 13 oct. 1965 modifiant certaines dispositions du code de procédure civile et relatif à la mise en état des causes, in D. S. 1965, leg., 319-320; H. MOTULSKY, *op. loc. cit.*; Y. LOBIN, *Quelques réflexions sur le décret du 13 octobre 1965 relatif à la mise en état des causes*, in D. S. 1966, chr., 15 ss.; J.D. BREDIN, *Commentaire du décret du 13 octobre 1965*, *ivi*, 195 ss.; v. anche A. DE VITA, *op. cit.*, 1429-1430.

⁵⁷ Cfr. ad es. C. MARRAUD, *op. loc. cit.*; M. BELLAMY, *Le pouvoir de commandement du juge et le nouvel esprit du procès*, in J.C.P. 1973, I, 17 ss.; J. GHESTIN, G. GOULEAUX, *Traité de droit civil*, Paris 1977, I, 462 ss.

⁵⁸ Al riguardo H. MOTULSKY, *op. loc. cit.*; E. BLANC, *La nouvelle procédure civile 1973*, Paris 1973, 19 ss.; ID., *Principes généraux de la nouvelle procédure civile (Étude analytique des «dispositions liminaires» du décret du 9 septembre 1971)*, in J.C.P. 1973, I, 2559.

In questo decreto è già pienamente contenuta la soluzione caratteristica dell'attuale processo civile francese in materia di misure coercitive endoprocessuali. All'art. 11, comma 2°, è infatti previsto il ricorso all'*astreinte* quale misura di esecuzione indiretta dei provvedimenti del *juge de la mise en état* per quanto riguarda l'acquisizione dei mezzi di prova al processo⁵⁹. Inserita in una serie di disposizioni di grande rilievo innovatore⁶⁰, questa soluzione non rappresenta un mero espediente di tecnica processuale, ma l'adozione di uno strumento che consente di attuare una decisiva modificazione dei tradizionali equilibri interni del processo.

Nel contesto di una normativa che attribuisce al giudice il potere di ordinare *toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*, prevedendo inoltre per le parti un dovere di collaborazione a tali attività, la presenza di un'*astreinte* in funzione coercitiva del dovere delle parti e dei terzi⁶¹, di presentare in giudizio i documenti richiesti, segna il passaggio da un regime di «libertà di produzione» a un sistema caratterizzato invece dall'«obbligo di produzione» dei mezzi di prova necessari⁶².

In effetti, nei decreti degli anni '70 – e quindi nel *Nouveau code* – con l'inserimento dell'*astreinte* fra le disposizioni in materia di prove, l'azione esibitoria trova per la prima volta riconoscimento ufficiale in Francia⁶³.

Dal punto di vista dello strumento utilizzato, la funzione dell'*astreinte* di garanzia dell'ordine di esibizione emanato dal giudice su istanza di parte, indica che ormai è stato riconosciuto il carattere prettamente coercitivo di tali misure. Conferma questa linea di tendenza la sistemazione che la materia riceve con la legge del 5 luglio 1972⁶⁴.

Pur non modificando nella sostanza la struttura dell'*astreinte* – che conserva il carattere tipico di pena privata, nonostante che soluzioni diverse fossero state prospettate nel corso dell'iter di formazione della legge⁶⁵ – l'assetto che questa normativa fornisce alle *astreintes* ne giustifica ampiamente l'utilizzazione anche in funzione di strumenti coercitivi endoprocessuali. A questo proposito, appare significativo che la legalizzazione delle *astreintes* si realizzi nel segno della loro generale 'processualizzazione'. Con lo sganciamento definitivo dai *dommages-intérêts*, le *astreintes* vengono a perdere ogni funzione di tutela di cui il giudice dispone al fine di realizzare l'attuazione della sentenza, quando l'*astreinte*, intesa in senso tradizionale, opera come misura di esecuzione indiretta delle decisioni di merito, e in sede di controllo attivo dello svolgimento dell'istruzione probatoria, quando opera

⁵⁹ Per il testo del decreto, cfr. *Décret n. 71-740 du 9 septembre 1971*, in *J.C.P.* 1971, III, 38207.

⁶⁰ Cfr. art. 10 del decreto, v. nota precedente.

⁶¹ L'estensione di tale dovere ai terzi avviene con il *décret* del 20 luglio 1972; cfr. *Décret n. 72-684 du 20 juillet 1972*, in *J.C.P.*, 1972, III, 39368-bis; in materia v. E. BLANC, *op. loc. cit.*

⁶² In questo senso cfr. G. COUCHEZ, *Production forcée des pièces*, in *Jur. Class. Proc.* 3, 1976, 2.

⁶³ Così, ad es., R. PERROT, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 228 ss.; ID., *Il nuovo codice di procedura civile francese (continuazione in attesa della fine)*, in *Riv. dir. proc.* 1976, 294.

⁶⁴ Cfr., per il testo della *loi* n. 72-626, *D.S.* 1972, 361 ss.

⁶⁵ Circa la natura delle proposte presentate agli organi legislativi e i lavori preparatori della legge (nell'ambito dei quali cade la proposta di eliminare il carattere di pena privata dell'*astreinte* e trasformarla in una sanzione per metà spettante allo Stato e per metà alla parte): F. CHABAS, *op. loc. cit.*; v. J. DREYFUS, *Nouvelles orientations de la procédure civile*, in *Gaz. Pal.* 1973, I, chr., 221; J. VIATTE, *Communication et production des pièces en justice*, in *Gaz. Pal.* 1973, I, 406.

come misura di esecuzione indiretta dei provvedimenti del giudice in materia di esibizione dei mezzi di prova⁶⁶. In questa chiave si spiega la generale semplificazione introdotta dalla legge del '72, con il chiarimento dei ruoli rispettivi delle *astreintes provisoires e définitives*, e la dettagliata precisazione delle modalità di liquidazione della relativa condanna⁶⁷.

Risulta tuttavia di maggior rilievo il fatto che, in questo modo, l'*astreinte* come misura di esecuzione endoprocessuale venga introdotta nel *corpus* della codificazione. È quanto avviene sulla base dell'art. 12 della legge, che prevede l'inserimento nell'art. 10 del *Code civil* di una norma nella quale l'obbligo di collaborazione delle parti e dei terzi «à a justice en vue de la manifestation de la vérité» è garantito dalla presenza dell'*astreinte*⁶⁸. Anche in ragione della collocazione nell'ambito del *Code civil*, questa normativa assume un carattere preliminare rispetto alla sistemazione che l'esecuzione dei provvedimenti del giudice in materia di prove troverà, pochi anni dopo, nel *Nouveau code de procédure civile*.

Quello che, nella formulazione dell'art. 10 del *Code civil*, è un generico obbligo di collaborazione all'amministrazione della giustizia, in base all'art. 11 del codice di procedura civile diventa uno specifico dovere di concorrere nel corso dell'istruzione alla formazione del materiale probatorio: tale dovere spetta alle parti, ma è esteso anche ai terzi, secondo la previsione del comma 2° dello stesso articolo, nel quale è appunto prevista l'*astreinte* come misura di coercizione per quanto riguarda la produzione dei documenti posseduti da parti e terzi⁶⁹.

6. Conclusioni

L'utilizzazione dell'*astreinte* sul piano endoprocessuale mostra come, in relazione al problema dell'efficacia dei provvedimenti del giudice in materia di prove, la scelta del legislatore francese si ponga decisamente nel segno della loro esecuzione indiretta. Questa soluzione si configura come omogenea allo sviluppo subito in Francia dalla teoria generale del processo civile, e all'evoluzione specifica realizzatasi nell'ambito delle *astreintes*. Solo in quanto si tenga conto della parallela trasformazione verificatasi su questi due piani, è possibile considerare la presenza dell'*astreinte* in qualità di strumento di coercizione endoprocessuale come la soluzione più prevedibile, all'interno di una normativa che mira ad estendere i poteri del giudice istruttore, senza tuttavia giungere a una radicale modificazione del carattere dispositivo del procedimento. In effetti, in ragione dello stadio di evoluzione attualmente raggiunto, l'*astreinte* appare il punto di riferimento ovvio per l'operazione compiuta dal legislatore con le norme in materia di prove inserite nel *Nouveau code* del '76, e ciò anche in ragione dell'ampia penetrazione della pratica delle *astreintes* nell'uso giudiziario, dopo oltre un secolo di sperimentazione.

In questa prospettiva non hanno rilievo le riserve, più volte espresse anche dalla dottrina francese, sul carattere di pena privata (spettante cioè all'avversario) di tali misure, e sulla loro mancata trasformazione in sanzioni pecuniarie sul modello tedesco-austriaco o

⁶⁶ Cfr. ancora F. CHABAS, *op. cit.*, 272; v. anche J.J. DAIGRE, *op. cit.*, 215 ss.

⁶⁷ In proposito, cfr. J. BORÉ, *La collaboration du juge du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Réc. M. Ancel*, Paris 1975, 273 ss.

⁶⁸ In materia cfr. G. WIEDERKEHER, *Jouissance des droits civils (Limitations)*, in 11 *Jur. Class. Civ.*, 1973.

⁶⁹ Per indicazioni bibliografiche al riguardo v. *supra*, nota 6.

del *contempt of court* angloamericano⁷⁰. Anche il fatto che, per il momento, non sia possibile una verifica dell'utilizzazione da parte dei giudici di tali poteri coercitivi⁷¹, non toglie nulla all'innovazione introdotta dal legislatore francese.

Appare significativo che in Francia la via della soluzione del problema dell'efficacia dei provvedimenti del giudice in materia di prove sia stata imboccata – anche con la utilizzazione di uno strumento già presente nel sistema – senza difficoltà e polemiche di rilievo. È probabile peraltro che la soluzione di questo problema in termini di esecuzione processuale indiretta non rappresenti un traguardo definitivo dell'evoluzione in atto in questo campo. La tendenza emergente a livello di normativa speciale è anzi nel senso di ricorrere a forme di esecuzione specifica, e sembra dunque indicare nuove prospettive di evoluzione futura⁷².

Allo stadio attuale, in ogni caso, le scelte effettuate dal legislatore francese consentono di apprezzare il progresso nella direzione di un diverso approccio al problema di fornire al giudice, accanto a poteri autonomi di iniziativa istruttoria, la possibilità di impiegare misure coercitive al fine di garantire l'acquisizione delle prove al giudizio.

Queste scelte attribuiscono d'altronde particolare rilievo a un elemento che è opportuno sottolineare. Con l'attribuzione al giudice di poteri di coercizione in ordine alla presentazione dei mezzi di prova, risulta sostanzialmente modificato l'approccio tradizionale alla questione dell'effettiva realizzazione degli scopi dell'istruttoria. Alla concezione che vede come meramente eventuale, in quanto lasciata alla buona volontà delle parti, la raccolta di tutto il materiale probatorio necessario (con la conseguente adozione del criterio di trarre valutazioni negative dalla mancata collaborazione delle parti), si sostituisce la logica dell'effettiva acquisizione dell'intero materiale probatorio. In sostanza, con l'adozione di misure di coercizione come l'*astreinte* in fase endoprocedurale, risulta aumentata la possibilità che la decisione si basi sui mezzi di prova effettivamente esistenti, escludendo – o riducendo drasticamente – il ricorso da parte del giudice ad argomentazioni fondate sul comportamento omissivo delle parti, spesso non idonee a sostituire la prova ai fini dell'accertamento dei fatti.

⁷⁰ Per quanto riguarda un giudizio negativo circa il carattere di pena privata dell'*astreinte*, cfr., per tutti, A. PEKELIS, *Legal Techniques and Political Ideologies*, in 41 *Mich. L. Rev.* 1943, 665 ss.; per la dottrina francese P. KAYSER, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, in *Rév. trim. dr. civ.* 1953, 209 ss.; C. MARAUD, *op. cit.*; G. COUCHEZ, *op. loc. cit.*; F. CHABAS, *op. loc. cit.*

⁷¹ In linea generale sembra che siano ormai superati i problemi di adattamento al nuovo sistema che, nei primi anni '70 avevano visto spesso il giudice inattivo a fronte della possibilità di fare uso di tali poteri: cfr. ad es. *Trib. gr. inst. Châlons-sur-Marne, ord. Juge mise en état 16 nov. 1972*, in *Gaz. Pal.* 1973, I, 162, e le relative osservazioni di P. RAYNAUD, in *Rév. trim. dr. civ.* 1973, 394. Circa la favorevole accoglienza ormai riservata alla normativa in esame, si vedano le opinioni espresse da Perrot (cfr. R. PERROT, *Production des pièces et documents*, in *Rév. trim. dr. civ.* 1975, 595; v. anche, dello stesso autore, *op. cit.* alla nota 59).

⁷² Cfr., ad es., *Loi n. 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services*, in *J.C.P.* 1979, III, 46698; nella quale, all'art. 40, il rifiuto di presentare documenti utili alla decisione di cause in materia di pubblicità scorretta, può avere come conseguenza sia l'esecuzione forzata dell'ordine di presentazione, sia un'*astreinte*. Per quanto riguarda questa nuova tendenza, v. W. JEANDIDIER, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, in *Rév. trim. dr. civ.* 1976, 700 ss.

Una prima conseguenza di ciò è rappresentata dall'aumento della possibilità globale del sistema di accertare la verità reale dei fatti controversi. Un'ulteriore conseguenza è costituita dalla predisposizione di un nuovo assetto interno al procedimento: si elimina infatti il monopolio delle parti sui mezzi di prova, equilibrandolo con l'attribuzione al giudice di poteri autonomi di iniziativa istruttoria e di poteri coercitivi di notevole efficacia. Ciò che risulta fondamentale all'interno del nuovo sistema istruttorio nel procedimento civile francese è che, per la parte, la produzione delle prove non è più solo una facoltà o un diritto, ma, in conseguenza soprattutto dei poteri coercitivi conferiti al giudice istruttore, un dovere di produrre tutte le prove necessarie⁷³. E l'applicazione anche ai terzi di tale disciplina indica come generale la tendenza all'accertamento della verità dei fatti all'interno dell'ordinamento francese.

Le scelte contenute nel progetto Liebman sono indicative di un approccio in parte simile e in parte dissimile rispetto alle soluzioni apprestate nell'attuale legislazione francese.

La normativa del progetto si allinea con la tendenza, che si registra appunto in Francia, ad affrontare in maniera dichiarata il problema dell'efficacia dei provvedimenti del giudice in materia di prove.

Sul piano delle soluzioni, tuttavia, non esiste una completa corrispondenza fra le scelte del legislatore francese e quelle contenute nella proposta italiana. Quest'ultima è infatti caratterizzata dall'adozione di una soluzione non univoca del problema in esame, che – come si è visto all'inizio del presente lavoro – passa attraverso la predisposizione di misure di esecuzione sia indiretta sia diretta dei provvedimenti del giudice in materia di prove.

Dal carattere fortemente differenziato della normativa del progetto Liebman deriva uno scarto fra la chiarezza delle scelte di fondo che ispirano il progetto (nel senso di garantire una soluzione positiva al problema dell'efficacia dei provvedimenti del giudice in questa materia) e la sua attuazione tecnica. Questo scarto non riguarda l'utilizzazione di due forme di esecuzione, il ricorso alle quali si giustifica in quanto compatibili e sostituibili l'un l'altra. Esso ha origine, piuttosto, dalla non completa chiarezza con la quale si prevede l'introduzione della misura di esecuzione indiretta.

Sulla definizione di «sanzione adeguata alle circostanze» sembra possibile avanzare alcune riserve circa la sua perfetta corrispondenza con la sanzione *à tant par jour de retard* cui fa riferimento il concetto dell'*astreinte* francese. In effetti, se raffrontata a quest'ultima, la pena pecuniaria prevista nel progetto Liebman si caratterizza come una forma di *astreinte* molto rozza, comunque non ancora sufficientemente elaborata. Il che sembra in gran parte giustificabile anche data l'assenza per l'Italia di una nozione tecnicamente precisa di *astreinte*.

La formulazione della normativa proposta si presta tuttavia anche ad un'altra interpretazione. Non è improbabile che il mancato riferimento ad una nozione precisamente determinata di *astreinte* risponda alla esigenza di lasciare al giudice un ampio spazio di discrezionalità nella utilizzazione della misura prevista. Caratterizza come prevedibilmente corretta questa interpretazione il fatto che l'elemento della discrezionalità costituisce in effetti il dato di fondo dell'intera disciplina proposta.

È sotto questo profilo della previsione di misure a garanzia dei provvedimenti del giudice in materia di prove, e del contemporaneo conferimento al giudice di ampi spazi di

⁷³ Cfr., per tutti, A. KOHL, *op. cit.*, 98 ss.; J.J. DAIGRE, *op. cit.*, 15, 123 ss.

discrezionalità nella loro utilizzazione, che la disciplina della proposta Liebman si rivela originale.

Al momento, appare impossibile integrare questo dato con un giudizio di valore complessivo sulla disciplina proposta. All'interno di essa è solo possibile rilevare come costituisca un elemento di oggettiva disarmonia la previsione della misura di esecuzione processuale indiretta esclusivamente nei confronti dei terzi. L'adozione di un trattamento differenziato della mancata collaborazione di parti e terzi – per quanto trovi riscontro in altri ordinamenti, come quelli di *common law* – appare ingiustificata in una normativa nella quale proprio l'esigenza di modificare ed equilibrare i rapporti fra parti e giudice nell'istruzione avrebbe dovuto suggerire il conferimento al giudice della più vasta gamma di poteri di coercizione della volontà delle parti, e quindi anche di misure di esecuzione processuale indiretta.

In ogni caso, se si raffrontano le norme contenute nel progetto Liebman con l'attuale situazione *de iure condito*, appare netto il salto di qualità che tali norme comportano quanto all'eventualità che i mezzi di prova vengano effettivamente acquisiti al giudizio, e che quindi la decisione si fondi sulla reale conoscenza dei fatti controversi. La possibilità, prevista dall'art. 118, comma 2°, c.p.c., che il giudice tragga argomento di prova dal comportamento della parte che rifiuta l'ispezione o l'esibizione è infatti di efficacia pressoché nulla come strumento di coercizione indiretta sulla parte, ed è altrettanto discutibile come mezzo per accertare la verità dei fatti nel caso in cui ne venga a mancare la prova. Quanto al comportamento del terzo, la pena pecuniaria prevista dall'art. 118 c.p.c. è ugualmente del tutto inefficace come strumento di coercizione, ed ovviamente lascia scoperto il problema dell'accertamento dei fatti nel caso in cui il terzo rifiuti comunque l'ispezione o la esibizione. Rispetto a questa situazione, nella quale l'inerzia della parte o del terzo sono sostanzialmente sufficienti a precludere l'acquisizione della prova, il progetto Liebman propone una netta inversione di rotta, prevedendo che il giudice disponga di efficaci strumenti diretti ad assicurare che le prove vengano effettivamente acquisite. Ciò comporta il venir meno del potere delle parti di sottrarre le prove al giudizio, e la possibilità che il giudice pervenga ad accertare i fatti sulla base delle prove; ossia, in sostanza, un chiaro orientamento del processo verso la più ampia ricerca della verità sui fatti controversi.

Su questo orientamento di fondo si può senz'altro concordare; appare invece utile un'ulteriore elaborazione della specifica disciplina degli strumenti coercitivi dei provvedimenti istruttori del giudice, e a tale scopo proprio l'esperienza francese fornisce elementi di indubbio interesse.

32. IL RUOLO DEL GIUDICE E IL *DISCOVERY* NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO STATUNITENSE*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La fase iniziale del processo amministrativo. – 3. I poteri coercitivi dell'*administrative judge* nella fase iniziale del processo. – 4. L'incidenza del *Freedom of Information Act*. – 5. L'introduzione di *rules of discovery*. – 6. '*Informal rulemaking*', '*management approach*' e poteri del giudice.

1. Considerazioni preliminari

I problemi posti dal funzionamento della fase iniziale dei procedimenti presso le agenzie amministrative rappresentano un punto di vista particolarmente interessante per l'analisi del ruolo dell'*administrative judge* statunitense. L'analisi di questi problemi sembra consentire una verifica in prospettiva ravvicinata di quello che costituisce ormai un assunto anche per la cultura giuridica europea, oltre che anglo-americana: ovvero, che il giudice amministrativo statunitense disponga di poteri di direzione del processo largamente più ampi e incisivi di quelli spettanti al giudice ordinario, federale o statale. A fondamento di questa concezione si pone essenzialmente la supposta scarsa formalizzazione dei procedimenti presso le *administrative agencies*. Dalla conseguente attenuazione, in questi procedimenti, delle limitazioni derivanti alla funzione del giudice dalla struttura *adversarial* del processo ordinario di *common law* si desume la presenza in capo all'*administrative judge* di incisivi poteri di direzione del processo, fino dalla sua fase iniziale¹.

Occorre subito dire che tale concezione appare fondamentalmente corretta, per quanto riguarda la situazione attuale. Essa, tuttavia, sembra 'assolutizzare' un simile ruolo del giudice amministrativo statunitense. A quest'ultimo viene, infatti, attribuita – come conseguenza in certo senso scontata dalla struttura complessiva dell'*administrative process* – un'ampiezza di poteri ordinatori e probatori non da sempre pacificamente riconosciutagli sul piano teorico dalla dottrina statunitense, né da questi effettivamente esercitabili sul piano pratico.

Inoltre, una simile concezione – fornendo una visione sostanzialmente 'stereotipata' del ruolo dell'*administrative judge* – sembra implicitamente escludere l'esistenza per tale ruolo di un'evoluzione caratterizzata dal progressivo, ma faticoso e molto contrastato, ampliamento dei poteri del giudice nella fase iniziale degli *administrative proceedings*. Tale evoluzione è invece notevolmente interessante, e merita di essere analizzata.

A questo proposito, è opportuno focalizzare ulteriormente l'oggetto dell'indagine, in quanto l'evoluzione del ruolo del giudice nella fase iniziale dell'*administrative process* assume maggiore rilievo principalmente nell'ottica dei problemi relativi al funzionamento del

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. dir. proc.* 1984, 775-818. Le indicazioni bibliografiche sono aggiornate al febbraio 1984, data d'invio del lavoro alla Rivista di diritto processuale per la pubblicazione.

¹ Cfr., ad es., M. TARUFFO, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova 1979, 206 ss.

meccanismo per la raccolta del materiale probatorio, denominato *discovery*². In particolare, fra questi problemi, è significativo quello che attiene all'efficacia dei provvedimenti dell'*administrative judge* in ordine all'acquisizione delle prove.

Il problema dell'*enforcement* di tali provvedimenti nel *discovery* sembra, infatti, costituire il punto di emersione delle progressive trasformazioni concernenti il ruolo e i poteri del giudice nell'*administrative process*. In esso, simili questioni si intersecano costantemente con il problema dell'efficace funzionamento – o anche solo dell'esistenza, per il processo amministrativo statunitense – di meccanismi di *discovery* sul modello di quelli presenti nel processo ordinario. Come si vedrà nel corso del presente lavoro, la disponibilità di tali meccanismi, e, soprattutto, la possibilità di garantire l'efficacia attraverso l'esecuzione diretta o indiretta degli *orders of discovery* del giudice, condiziona fortemente, a vari livelli, il ruolo di quest'ultimo negli *administrative proceedings*.

I rapporti con la giurisdizione ordinaria costituiscono il dato che influenza maggiormente tale ruolo: sia per l'incidenza del controllo di legittimità (*judicial review*) tradizionalmente spettante al giudice ordinario riguardo all'*enforcement* dei provvedimenti del giudice amministrativo, sia per il condizionamento culturale esercitato, sulla creazione di meccanismi di *discovery* per le singole *administrative agencies*, dal più rilevante anche perché il più sperimentato modello di normativa in materia, ovvero dalle *rules of discovery* contenute nelle *Federal Rules of Civil Procedure*³.

Nel modello delle *rules of discovery* adottato dal legislatore federale nel 1938 assume un ruolo preponderante la *Rule 37*, norma nella quale sono previste le conseguenze della mancata collaborazione alle richieste di *disclosure* provenienti da una parte e rivolte alla parte avversaria (oltre a una limitata possibilità di ricorso al *contempt of court*, per i casi di mancata ottemperanza a richieste formalizzatesi in *orders of disclosure* del giudice, sono previste quattro forme di *sanctions*: l'impedimento a produrre in giudizio specifici mezzi di prova, la «*poena confessi*», l'arresto, il rigetto dell'azione o la pronuncia di una sentenza *by default*)⁴. L'importanza di questa norma è data dal suo carattere di 'norma di chiusura' del sistema di norme – dalla *federal rule 26* alla *37* – che compongono la disciplina del *discovery* nelle *Federal Rules of Civil Procedure*. È, infatti, costante il richiamo alle *sanctions* da essa previste a garanzia del funzionamento dei vari strumenti di *disclosure* (*discovery devices*) descritti nelle disposizioni che la precedono.

L'esistenza di un simile meccanismo costituisce un referente di grande rilievo per quanto riguarda il problema che si intende esaminare. Il mancato riconoscimento al giudice amministrativo degli stessi poteri spettanti al giudice ordinario per garantire l'efficace funzionamento della *machinery of discovery* e, per altro verso, la tendenza a introdurre nel processo amministrativo meccanismi di *discovery* del tutto analoghi a quello previsto nelle *Federal Rules* sono, infatti, le tappe centrali dell'evoluzione che si intende illustrare. Solo negli ultimi anni sembra manifestarsi la tendenza al completo affrancamento da un simile modello di *enforcement* delle attività di *discovery*.

² Nella dottrina italiana, per un'analisi di questo meccanismo, cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, 15 ss.

³ Cfr. C.A.J.S. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure. Federal of Civil Procedure Rules 26 to 37*, St. Paul Minn. 1970, VIII, 8 ss.

⁴ Per il testo della *Rule 37*, cfr. ancora C.A.J.S. WRIGHT, A.R. MILLER, *op. cit.*, 749 ss.; per l'edizione aggiornata della stessa, v. *Federal Rules of Civil Procedure, as Amended Through August 1, 1980*, Mineola 1980, 63 ss.

Altri due dati richiedono qualche precisazione in via preliminare.

Il primo di essi è rappresentato dalla collocazione del meccanismo di *discovery* nell'ambito della struttura del processo amministrativo statunitense, in rapporto con la sua collocazione e funzione nel processo ordinario di *common law*.

Si tratta, in sostanza di puntualizzare che, mentre nel processo ordinario il *discovery* ha luogo nella fase di *pre-trial*, nettamente distinta dal trial e finalizzata essenzialmente a consentire alle parti la preparazione di un'adeguata difesa in vista del dibattimento, nel processo amministrativo non esiste tale distinzione fra fase preliminare e dibattimento, non trattandosi di un processo *trial-type*. Di conseguenza, non esiste una netta separazione fra la raccolta e lo scambio del materiale probatorio fra le parti, e la trattazione e decisione della controversia, e si può porre solo una distinzione cronologica, secondo la quale il *discovery* delle prove si colloca nella fase iniziale del procedimento, e la trattazione avviene in seguito, ciò implica anche l'assenza, nel processo amministrativo, della distinzione, presente nel processo ordinario, per cui nella fase di *pre-trial* non operano le regole di esclusione dei mezzi di prova, sicché il *discovery* può riguardare qualunque tipo di prova, mentre nel trial sono ammissibili solo le prove che, oltre ad essere rilevanti, non siano escluse per effetto di tali regole⁵.

Per tali ragioni essenzialmente, mentre nel processo ordinario il *discovery* si inserisce all'interno di una fase preliminare del processo (formalmente distinta da quella di decisione, e da essa anche sostanzialmente autonoma, dal momento che – come è noto – gran parte delle controversie non raggiunge il trial, come trovando soluzione nello stesso *pre-trial*), nel processo amministrativo il *discovery* si colloca all'interno di un unico procedimento del quale costituisce in senso proprio la fase iniziale, di istruzione probatoria.

Il secondo dato che sembra opportuno chiarire fin d'ora riguarda un aspetto dei poteri dell'*administrative judge* fondamentale per definirne il ruolo nella fase iniziale degli *administrative proceedings*, ossia il potere di *investigation*⁶.

Una definizione di *investigation* può consistere nella possibilità per l'*administrative judge* di svolgere, in astratto, un ruolo attivo nella raccolta del materiale probatorio. Il riconoscimento agli organi giudicanti presso le agenzie amministrative di questo potere si è realizzato – come si vedrà – con l'automatica estensione, riguardo alla fase contenziosa, di una caratteristica-tipo del modo di operare dell'*administrative power*. In effetti, l'esercizio del potere amministrativo, condizionato e principalmente finalizzato all'acquisizione di informazioni relative alla funzione propriamente amministrativa delle *administrative agencies*, si svolge attraverso una costante attività di indagine da parte delle *agencies*⁷.

Una simile attribuzione per 'estensione automatica' del potere di *investigation* al giudice amministrativo ne ha notevolmente condizionato l'incidenza sulla fase iniziale degli *administrative proceedings*. In effetti nonostante l'attribuzione all'*administrative judge* del potere di *investigation*, mancando, a livello generale, una precisa regolamentazione del potere di *investigation* delle *administrative agencies*, è mancata anche l'individuazione delle modalità di esercizio di tale potere da parte dell'*administrative judge*, e delle misure

⁵ Nella dottrina italiana, cfr. ad es., A. DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civile angloamericano II*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 236-237.

⁶ Cfr. ancora M. TARUFFO, *op. cit.*, 212 ss.

⁷ Cfr., ad es., G. ROBINSON, E. GELLHORN e H. BRUFF, *The Administrative process*, 2ª ed., St. Paul Minn. 1980, 485 ss.

a garanzia della sua efficacia. Ciò non ha consentito di caratterizzare quello del giudice amministrativo statunitense come un ruolo di direzione effettivamente attivo di questa fase del processo.

L'assenza di una specifica disciplina ha costantemente giocato un ruolo riduttivo per quanto riguarda l'estensione e la funzione del potere di *investigation* nella fase iniziale del processo amministrativo. Questo potere non è stato inteso come lo strumento attraverso il quale il giudice potesse operare autonomamente alla raccolta del materiale probatorio, né obbligare tutte le parti (anche le parti private) in un *administrative proceeding* a collaborare effettivamente all'istruzione probatoria. Tale potere ha, in realtà, coinciso unicamente con la possibilità per l'*administrative judge* di rivolgersi alla *agency* di cui è un organo, per ottenere le informazioni necessarie per la definizione della controversia.

Questi rilievi sottolineano ulteriormente l'importanza del *discovery* nel processo amministrativo e del ruolo svolto dall'*administrative judge*. Dal richiamo alla presenza, per un verso, in capo a quest'ultimo di un potere di *investigation* (che tuttavia non ha sostanzialmente consentito al giudice di svolgere un ruolo di direzione attiva della fase iniziale del processo), e, per altro verso, all'immediata incidenza delle attività di *discovery* sulla definizione delle controversie presso gli organi di giustizia delle *administrative agencies*, è, infatti, possibile avere una pur sommaria misura delle complessità – e ambiguità – che accompagnano l'evoluzione del problema del *discovery* negli *administrative proceedings*. Analogamente, il richiamo a questi dati indica nel *discovery* il settore nel quale viene evidenziata maggiormente l'evoluzione del ruolo del giudice nell'*administrative process*.

2. La fase iniziale del processo amministrativo

Nei procedimenti presso le *administrative agencies*, il problema dell'efficacia dei provvedimenti del giudice nel corso del *discovery* assume, in realtà, rilievo soprattutto nei due ultimi decenni. L'analisi dello stato del problema in precedenza è, tuttavia, indispensabile per dare conto delle caratteristiche del tutto particolari della questione nel processo amministrativo.

Il dato di fondo da puntualizzare a questo proposito è l'originaria assenza di un procedimento di *discovery*. Un'assenza ampiamente giustificata in quanto si tenga conto del fatto che, negli Stati Uniti, la formazione di un sistema di diritto e di giustizia amministrativi è precedente alla previsione del meccanismo di *discovery* contenuta nella normativa federale del 1938⁸. Essa però risulta comprensibile soprattutto facendo riferimento alle concezioni teoriche generali che sono alla base dell'*administrative law*.

In particolare, l'incidenza del principio di separazione dei poteri sull'origine e (nelle varie forme assunte successivamente dalla relativa dottrina) sull'evoluzione del diritto amministrativo statunitense, ha notevole riflesso sulla struttura interna del processo amministrativo⁹. Quanto ad esso si può, anzi, parlare di influenza diretta del principio, se

⁸ Cfr. ad es., E.R. WILLIAMS, *American Procedures and Their Efficacy*, in H.W. JONES (ed.), *Legal Institutions Today: English and American Approaches Compared*, Chicago 1977, 320 ss., e relativa bibliografia.

⁹ Cfr., per tutti, K. C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, St. Paul Minn. 1958, I, 64 ss.; più di recente, nella vasta manualistica, v. sul punto G. ROBINSON, E. GELLHORN, H. BRUFF, *The Administrative Process*, 2ª ed., St. Paul Minn. 1980, 43 ss.; E.H. LEVI, *Some Aspects of Separation of*

si considera l'equivalenza praticamente completa delle definizioni di *administrative law* e di *administrative process*, inteso come modo di operare della pubblica amministrazione. Le forme di questa attività, oltre all'esercizio della funzione di amministrazione in senso proprio, sono due: il potere regolamentare generale (*rulemaking power*), spettante a un ristretto numero di *agencies*, e il potere di definire le singole controversie fra i privati e gli organi del potere amministrativo (*adjudicative power*)¹⁰.

Il principio di separazione dei poteri condiziona la struttura e le caratteristiche via via assunte dal processo amministrativo a due livelli principalmente. Da un punto di vista 'esterno', esso rappresenta il presupposto teorico di fondo per negare – con motivazioni varie, che, in parte, si vedranno in seguito – il carattere *judicial* dei procedimenti presso le *administrative agencies*. Da un punto di vista 'interno', sulla base di esso si giustifica la mancata aderenza dei procedimenti amministrativi alle caratteristiche strutturali del *judicial process*.

Non è questo il luogo per un'analisi specifica dell'evoluzione di questi aspetti del fenomeno. Mette conto, tuttavia, rilevare alcune delle caratteristiche da esso assunte nel periodo di formazione dell'*administrative law* statunitense.

Nel primo quarantennio di questo secolo, la diffusione della prima delle tendenze sopra indicate si caratterizza nettamente come il tentativo di opporsi alla presenza nel sistema di modelli di processo diversi da quello *adversary*¹¹. Un obiettivo non trascurabile, in quanto collegato al tentativo – dichiarato dalla dottrina statunitense – di conservare al sistema dei rapporti economici una struttura liberale classica, rispetto alla quale il carattere «tirannico» dell'*administrative process* viene percepito come un'inequivocabile minaccia¹².

Questo obiettivo viene perseguito attraverso la negazione dei presupposti costituzionali per il conferimento alle *administrative agencies* del *rulemaking power* e, soprattutto, dell'*adjudicative power*, il cui esercizio appare in contrasto insanabile con la garanzia costituzionale – espressa in termini di *due process clause* – dell'attribuzione solo alle *courts*

Powers, in 76 *Colum. L. Rev.* 1976, 379 ss.; R. PARKER, *Separation of Powers Revisited: Its Meaning to Administrative Law*, in 49 *Mich. L. Rev.* 1951, 1037.

¹⁰ Per una distinzione fra *regulatory* e *non-regulatory agencies*, cfr., ad es., V. VIGORITI, *Costituzione e giustizia amministrativa negli Stati Uniti d'America*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1970, 1202 ss. Per una definizione di *administrative process*, cfr. ancora G. ROBINSON, E. GELLHORN, H. BRUFF, *op. cit.*, 3; GARDNER, *The Administrative Process*, in *Legal Institutions Today and Tomorrow*, Chicago 1959, 115; in materia, per una definizione in prospettiva storica del termine, cfr. anche J.O. FREEDMAN, *Crisis and Legitimacy, Administrative Process and American Government*, New York 1978, 4 ss. Sul complesso problema del significato di *rulemaking* e *adjudication*, v. infra nel testo e nelle note corrispondenti.

¹¹ Per un esame dell'evoluzione storica dell'*administrative process*, cfr., soprattutto P.R. VERKUIL, *The Emerging Concept of Administrative Law*, in 78 *Colum. L. Rev.* 1978, 258 ss.; R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in 88 *Harv. L. Rev.* 1976, II, 1667 ss.; v. anche P.L. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and The Fourth Branch*, in 84 *Colum. L. Rev.* 1984, 584, 625.

¹² Cfr., oltre agli autori richiamati nelle note precedenti, K. C. DAVIS, *Discretionary Justice, A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge 1969, 30 ss.; anche E.R. WILLIAMS, *op. loc. cit.*; J.L. MCCONN, *Discovery in The Federal Administrative Process*, in 5 *Litigation* 1979, 28.

del potere giurisdizionale¹³. Nonostante il successivo attenuarsi delle riserve di ordine costituzionale, questa rimane largamente maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza fino a tutti gli anni '30, e oltre. L'affermarsi del ruolo delle *agencies* con il *New Deal* accentua, anzi, – come dimostrano le prese di posizione di un autore come Pound – lo sfavore per l'*administrative process*, e in particolare per le caratteristiche da esso assunte¹⁴.

Da un simile atteggiamento di rifiuto derivano due conseguenze di segno diverso ma di pari rilievo. Questa situazione, se da un lato consente all'*administrative process* una notevole autonomia strutturale, dall'altro si risolve nella tendenza a porre costanti limiti ai poteri dell'*administrative judge*, con rilevanti conseguenze per quanto riguarda in particolare la fase iniziale di raccolta delle prove.

Il primo dei due fenomeni indicati corrisponde a una delle manifestazioni del principio di separazione dei poteri di cui si è detto sopra, e consiste nel fatto che la scarsa attenzione per le strutture interne della giustizia amministrativa facilita oggettivamente l'assunzione di un carattere non *adversary* dei procedimenti presso le *administrative agencies*. Il compimento sostanzialmente incontrastato di questo processo intorno agli anni '40 ne è la dimostrazione. In effetti, sotto la copertura ideologica della dottrina della *delegation* (ovvero, del trasferimento al potere amministrativo di parte del potere legislativo

¹³ Per la letteratura dell'epoca, cfr., ad es., W.H. PILLSBURY, *Administrative Tribunals*, II, in 36 *Harv. L. Rev.* 1923, 587-590; D.E. LILIENTHAL, *Power of Governmental Agencies to Compel Testimony*, in 39 *Harv. L. Rev.* 1926, 70; F. FRANKFURTER, *The Task of Administrative Law*, in 75 *U. Pa. L. Rev.* 1927, 614 ss.; ID., *Foreword*, in 47 *Yale L. J.* 1938, 515 ss.; R.F. FUCHS, *Concepts and Policies in Anglo-American Administrative Law Theory*, *ibidem*, 538 ss.; R.E. CUSHMAN, *The Constitutional Status of The Independent Regulatory Commission*, in 24 *Corn. L. Rev.* 1939, 37 ss. Per quanto isolata, soprattutto agli inizi del secolo, è da segnalare la proposta di istituire un *separate body of law* amministrativo, per superare l'impasse delle obiezioni di ordine costituzionale di cui nel testo, attraverso la parziale transmission agli organi del potere amministrativo del potere spettante all'esecutivo, cfr. A.A. BERLE, *The Expansion of Administrative Law*, in 30 *Harv. L. Rev.* 1917, 430 ss., 447. Nella vasta manualistica e saggistica attuale, in proposito, cfr. K.C. DAVIS, *op. cit.*, 24 ss.; L.L. JAFFE, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto 1965, 87 ss.; ID., *Administrative Law, Cases and Materials*, 3ª ed., Boston 1968, 28 ss.; W. GELLHORN, C. BYSE, *Administrative Law, Cases and Comments*, 6ª ed., St. Paul Minn. 1972, 52 ss.; P. WOLL, *Administrative law, The Informal Process*, Berkeley 1963, 8-11; J.O. FREEDMAN, *op. cit.*, 47 ss.; per la letteratura italiana, cfr. V. VIGORITI, *op. cit.*, 1201 ss., spec. 1203-1205.

¹⁴ Sul tipo di reazione suscitato dalla affermazione delle *administrative agencies* nel periodo di *New Deal* e dal diffondersi dei relativi procedimenti, presso soprattutto la dottrina e, tramite l'A.B.A., la professione legale, cfr. P.R. VERKUIL, *op. cit.*, 269 ss.; J.O. FREEDMAN, *op. loc. ult. cit.* L'atteggiamento di Roscoe Pound appare esemplificativo dei limiti culturali che, anche la migliore dottrina, più aperta a radicali riforme nell'ambito del processo, mostra di fronte al problema dell'affermarsi dell'*administrative process* come giurisdizione autonoma. Significative le prese di posizione di questo autore; cfr. R. POUND, *Justice According to Law*, in 14 *Colum. L. Rev.* 1914, II, 22, ove la soluzione dei problemi della giustizia amministrativa viene individuata *tout court* nel miglioramento della «*judicial administration of justice*»; ma particolarmente, e in maniera assai più critica, v. R. POUND, *Fifty Years of Jurisprudence*, in 51 *Harv. L. Rev.* 1938, 777 ss. (in contrasto con le posizioni più concilianti espresse in quel periodo da autori come J.M. LANDIS e L.L. JAFFE, cfr. J.M. LANDIS, *Business Policy and The Court*, in 27 *Yale L. Rev.* 1938, 519 ss.; L.L. JAFFE, *Investive and Investigation in Administrative Law*, in 52 *Harv. L. Rev.* 1939, 1201, cfr., anche K.C. DAVIS, *Dean Pound and The Administrative Law*, in 42 *Colum. L. Rev.* 1942, 89 ss.

vo), in quegli anni si consolida definitivamente nelle normative interne alle varie *agencies* federali¹⁵ la previsione di procedimenti a carattere fortemente inquisitorio¹⁶.

La tendenza – che si manifesta quasi contemporaneamente con l'*Administrative procedure Act* del 1946 – a frenare tale processo, e quantomeno a delimitarne la portata, rappresenta l'altro dato che condiziona l'assetto del problema in esame nell'ambito dell'*administrative process*¹⁷.

L'influenza di questi fattori, pur rimanendo costante per tutta l'evoluzione successiva, non si caratterizza tuttavia come la contrapposizione di tendenze nettamente definite e con obiettivi del tutto divergenti. Per quanto qui interessa, l'intrecciarsi di spinte evolutive 'interne' e tentativi di inquadramento 'esterni' ha, infatti, un risultato comune: l'accantonamento del problema di garantire al giudice un ruolo di direzione attiva della fase iniziale dei procedimenti presso le *administrative agencies* e, conseguentemente, della presenza di misure endoprocessuali negli *administrative proceedings*. Il significato di ciò, in altri termini, è il mancato conferimento agli organi di giustizia amministrativa di poteri 'sanzionatori' in ordine alla raccolta del materiale probatorio.

All'interno dei procedimenti presso le *administrative agencies*, questo fenomeno si giustifica, paradossalmente, con il modello di processo adottato da tali organi. In effetti, la struttura-tipo di processo, prevedendo la piena attribuzione all'organo giudicante della funzione di *judge investigator*, non favorisce l'adozione di misure coercitive analoghe a quelle predisposte nella *Rule 37* delle *Federal Rules*¹⁸.

¹⁵ A queste si limiterà la presente indagine. Una limitazione che si giustifica con l'enorme estensione del numero delle *agencies* federali, che, rendendo decisamente arduo 'muoversi' all'interno di questa categoria di organi del potere amministrativo, impone l'esclusione di prospettive più specifiche – come appunto quelle statali – all'interno di un'indagine settoriale, quale la presente. Sul problema a livello statale, cfr., ad es., *Comment: Discovery in State Administrative Adjudication*, in 56 *Cal. L. Rev.*, 1968, 756 ss.; *Comment: Discovery Prior to Administrative Adjudication*, in 52 *Cal. L. Rev.*, 1964, 823 ss.

¹⁶ Oltre a P.R. VERKUIL, *op. loc. cit.*, sul complesso fenomeno della *delegation*, fra gli altri, v. soprattutto L.L. JAFFE, *Judicial Control of Administrative Action*, cit., 62 ss.; ID., *An Essay on Delegation of Legislative Power*, in 47 *Colum. L. Rev.* 1947, 359 ss., 561 ss.; S.B. JACOBY, *Delegation of Powers and Judicial Review*, in 36 *Colum. L. Rev.* 1936, 871 ss.; anche K.C. DAVIS, *A New Approach to Delegation*, in 36 *U. Chi. L. Rev.* 1969, 713 ss. Più di recente, in favore di un riesame del problema, E. GELLHORN, *Robinson, Perspectives in Administrative Law*, in 75 *Colum. L. Rev.* 1975, 773-797; cenni in ID., *Rulemaking «Due Process»: An Inconclusive Dialogues*, in 48 *U. Chi. L. Rev.* 1981, 202; v. anche L.L. JAFFE, *The Illusion of Ideal Administration*, in 86 *Harv. L. Rev.* 1973, 1189. Per quanto riguarda il problema della 'inquisitorialità' del procedimento presso le *administrative agencies*, si rinvia alle note successive; fra gli autori già citati, sul punto cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, 216 ss.

¹⁷ Per un'analisi dell'A.P.A. praticamente contemporanea alla sua apparizione, cfr. N.L. NATHANSON, *Some Comments on The Administrative Procedure-Act*, in 41 *Harv. L. Rev.* 1946, 368 ss.; P. McCARRAN, *Three Years of The Federal Administrative Procedure Act. A Study in Legislation*, 38 *Geo. L.L.* 1950, 574 ss.; R. PARKER, *The Administrative procedure Act: A Study in Overestimation*, in 60 *Yale L. J.* 1951, 581-582 ss.; si veda anche la sentenza del caso *Wong Yang Sung v. McGorath*, 339 U.S. 1950, 622 ss.

¹⁸ Cfr., ad es., K.C. DAVIS, *The Administrative power of Investigation*, in 56 *Yale L. J.* 1947, 113-115 ss.; F.E. COOPER, *Federal Agency Investigations: Requirements Of The Production of Documents*, in 60 *Mich. L. Rev.* 1961, 187 ss.; F.C. NEWMAN, *Federal Agency Investigations: Procedural Rights of The Subpoenaed Witness*, 169 ss.; per un'analisi molto approfondita del problema, cfr., O.J. ROGGE,

Ostacolano l'introduzione di tali misure, almeno parzialmente possibile sul piano strettamente tecnico, ragioni di ordine culturale. A questo proposito gioca un ruolo di grande rilievo la tendenza a sottovalutare il carattere particolare delle controversie amministrative. Con essa, mentre si escludono i raffronti con il processo ordinario – e le soluzioni in esso presenti –, si considera il potere investigativo attribuito agli *administrative judges* di per sé sufficiente garanzia di efficacia nella raccolta del materiale probatorio¹⁹.

In proposito è, tuttavia, opportuno rilevare che, condizionato sul piano teorico generale da una visione anche per l'epoca molto tradizionale/*adversarial* del processo, questa sopravvalutazione dei poteri inquisitori del giudice amministrativo sembra avere scarsa corrispondenza sul piano concreto. La validità di tale concezione si limita, infatti, alla raccolta del materiale probatorio già a disposizione della *agency*; attività destinata a svolgersi verosimilmente in maniera del tutto incontrastata per un organo interno alla stessa *agency*, come appunto l'*administrative judge*. Per quanto, invece, riguarda i mezzi di prova in possesso delle parti private o dei terzi, una simile concezione mostra di trascurare completamente il problema di fornire al giudice strumenti efficaci di pressione sulla volontà eventualmente contraria dei soggetti richiesti di *disclosure*. Occorre, infatti, ribadire che al giudice sono forniti generici poteri di iniziativa istruttoria, eventualmente utilizzabili anche nei confronti delle parti in forma di richieste di esibizione ma – come si vedrà – è assente ogni strumento a garanzia dell'ottemperanza a tali richieste.

Se la formale disponibilità da parte del giudice di un potere di *investigation* sembra avere un'incidenza notevole sulla mancata attenzione per il problema della disponibilità da parte dell'*administrative judge* di misure coercitive endoprocessuali, un'incidenza maggiore ha in questo senso il tipo di inquadramento che l'*administrative process* riceve nella normativa generale dell'*Administrative procedure Act*.

All'interno di essa, l'obiettivo fondamentale della limitazione dei poteri dell'*administrative judge* viene, di fatto, perseguito attraverso il tentativo di ricondurre almeno alcuni degli *administrative proceedings* al modello di processo *adversary*²⁰. Questa operazione non

Inquisitions by Officials: A Study of Due Process Requirements in Administrative Investigation I, in 47 *Minn. L. Rev.* 1963, 939 ss. (II, III in 48 *Minn. L. Rev.* 1964, 557 ss., 1081 ss.). Nella dottrina italiana, una sintetica analisi in R. PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo (Studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti e in Italia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1966, 626-641.

¹⁹ Per quanto rilevante come avvio della tendenza a realizzare autonome forme di giustizia amministrativa, è un esempio della tendenza di cui si parla nel testo la proposta di riforma dell'*administrative process* elaborata nel 1941 da un comitato del Ministero della giustizia, cfr. L.L. JAFFE, *The Report of The Attorney General Committee on Administrative Procedure*, in 8 *U. Chi. L. Rev.* 1941, 589 ss., cfr. anche P.R. VERKUIL, *op. cit.*, 274 ss.

²⁰ L'A.P.A. realizza una formalizzazione del processo amministrativo (l'introduzione di procedure *informal*, come l'*informal rulemaking*) che – v. infra nel testo – assumerà notevole rilievo in seguito con diverse caratteristiche, è tutto marginale nella sistemazione originaria dell'*Act*) che rappresenta necessariamente una *judicialization* dell'*administrative process*, cfr. P.R. VERKUIL, *op. cit.*, 277 ss. Per una chiara indicazione del modello di *trial-type hearing* come quello a cui si ispira la normativa dell'A.P.A., cfr., ad es., K.C. DAVIS, *The Requirement of a Trial-type Hearing*, in 70 *Harv. L. Rev.* 1956, 194 ss.; B. SWARTZ, *Procedural Due Process in Federal Administrative Law*, in 24 *N.Y.U.L. Rev.* 1950, 553-554. perplessità circa questa scelta sono espresse, anni dopo, in P. WOLL, *The Development of Shortened Procedures in American Administrative Law*, in 45 *Corn. L. Rev.* 1959, 56-60.

prevede fra i suoi obiettivi specifici l'introduzione di strumenti di *discovery*. Di conseguenza, è esclusa anche l'adozione di misure coercitive come quelle previste dalla *Rule 37*; la cui applicazione (in quanto – come si è detto – norma di chiusura nell'ambito di una normativa intesa ad attribuire al giudice una funzione di direzione incisiva nella fase iniziale del processo ordinario) è circondata, proprio negli anni di entrata in vigore dell'*Administrative procedure Act*, da forti polemiche in dottrina e in giurisprudenza²¹. In effetti, da quanto si è detto in precedenza circa la natura delle misure previste nella *Rule 37*, è agevole intuire che esse si pongono in particolare contrasto con la prospettiva entro la quale tale operazione viene condotta, ovvero la limitazione dei poteri dell'organo giudicante attraverso il recupero delle forme più tradizionali del processo ordinario di *common law* ²².

3. I poteri coercitivi dell'*administrative judge* nella fase iniziale del processo

Nell'impostazione dell'*Administrative Procedure Act*, 'momenti' fondamentali di tale operazione sono, da un lato, la creazione di rigide distinzioni fra procedimenti molto formalizzati e procedimenti informali; dall'altro, la sottoposizione dell'*administrative process* a forme di controllo assai incisive da parte delle *courts*. Sotto il primo profilo lo strumento al quale ricorre il legislatore del '46 è il consolidamento della distinzione fra *rulemaking power* e *adjudicative power* attraverso la differenziazione anche sul piano processuale delle due attività tipiche dell'*administrative process*²³. Sotto il secondo profilo, l'introduzione di un complicato meccanismo di *judicial review* limita sensibilmente i poteri coercitivi degli *administrative judges*²⁴.

Essendo un potere generale di controllo di legalità esercitato prevalentemente dalle *appellate courts* sui provvedimenti dei giudici amministrativi, la *judicial review* rappresenta, nella struttura del processo amministrativo prevista dall'*Administrative procedure Act*, lo strumento per trasferire ogni effettivo potere di *enforcement* al giudice ordinario²⁵. Alla base di questo fenomeno si pone ancora come dato essenziale il mancato conferimento al giudice amministrativo di effettivi poteri a garanzia della sua attività di *investigation*.

²¹ Cfr., ad es., COMMENT, *Tactical Use and Abuse of Depositions Under The Federal Rules*, in 59 *Yale L. J.* 1949, 117 ss.

²² In questo senso cfr., ad es., R. PARKER, *The Administrative Procedure Act: A Study in Overestimation*, cit., 585-586; R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, cit., 667 ss.; si veda anche K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, cit., 584 ss.

²³ Cfr., fra gli altri, N.L. NATHANSON, *Some Comments on The Administrative Procedure Act*, cit., 373 ss.; K.C. DAVIS, *op. ult. cit.*, 588 ss.; R.F. FUCHS, *Procedure in Administrative Rulemaking*, in 52 *Harv. L. Rev.* 1938, 276; NOTE, *The Federal Administrative procedure Act: Codification or Reform?*, in 56 *Yale L. J.* 1947, 674, 678, 703; G. ROBINSON, E. GELLHORN, H. BRUFF, *The Administrative Process*, cit., 428 ss.

²⁴ È da tempo accolta l'idea che questo sia lo scopo di fondo della *judicial review*, cfr., ad es., L.L. JAFFE, *Judicial Review: Question of Law*, in 69 *Harv. L. Rev.* 1955, 258; ID., *Judicial Control of Administrative Action*, cit., 569 ss., 589 ss.; v. anche G. ROBINSON, E. GELLHORN e H. BRUFF, *op. cit.*, 132 ss. Per un inquadramento generale del problema, cfr. K.C. DAVIS, *Scope of Review of Federal Administrative Action*, in 50 *Colum. L. Rev.* 1950, 559 ss.

²⁵ La definizione del compito delle *agencies* «as a mere transmission belt» è presa da R. B. STEWART, *The Reformation of America Administrative Law*, cit., 1675.

Si verifica quindi la situazione abbastanza paradossale per cui, per un verso, all'*administrative judge* spetta il potere di emettere provvedimenti in larga misura analoghi agli *orders of discovery* del giudice ordinario; per altro verso, non risulta in pratica utilizzabile, da parte del giudice amministrativo l'unico strumento previsto per indurre le parti private a collaborare all'attività di istruzione probatoria, ovvero il «*subpoena*»²⁶. In effetti, mentre questa misura, nel processo ordinario, corrisponde a un ordine con il quale il giudice richiede alle parti o ai terzi la presentazione di mezzi di prova sotto la minaccia della sanzione del *contempt of court*, nel processo amministrativo, «*subpoena*» corrisponde alla richiesta di esibizione formulata dal giudice amministrativo e priva di ogni sanzione²⁷.

Quest'ultimo ha una disponibilità tanto limitata di tale strumento da compromettere l'efficacia nell'ambito degli *administrative proceedings*. Al giudice amministrativo compete, in effetti, il potere di ricorrere al *subpoena*²⁸. Non gli è, tuttavia, consentita la realizzazione della minaccia contenuta in tale provvedimento: ovvero, l'instaurazione di un giudizio per *contempt of court* in caso di mancata ottemperanza all'ordine di *subpoena*²⁹.

La mancata attribuzione agli *administrative judge* del *contempt power* – a fondamento della quale si pone il principio di separazione dei poteri – rende in concreto privi di efficacia coercitiva i provvedimenti emessi, nella forma del *subpoena*, in materia di prove³⁰. Impedisce il funzionamento del *subpoena* amministrativo la tecnica del suo *enforcement*. Per la realizzazione della minaccia contenuta nel provvedimento dell'*administrative judge* è, infatti, anzitutto necessario ricorrere a una decisione del giudice ordinario, il solo competente per iniziare un procedimento di *contempt* nei confronti della parte privata inadempiente³¹.

²⁶ Per una definizione di *subpoena* amministrativo, cfr. D.E. LILIENTHAL, *op. cit.*, 701, nota 2.

²⁷ Cfr., ad es., K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, cit., 212 ss.; N.L. NATHANSON, *Some Comments on Administrative Procedure Act*, cit., 408 ss.; nella dottrina precedente all'A.P.A., per un'analisi molto diffusa del problema, cfr. F.H. SHERWOOD, *The Enforcement of Administrative Subpoena*, in 44 *Colum. L. Rev.* 1944, 531 ss.

²⁸ V. ancora K. C. DAVIS, *op. ult. cit.*, 213-214; ID., *Administrative Power of Investigation*, cit., 1139; R. PARKER, *Contempt Procedure in The Enforcement of Administrative Orders*, in 40 *Ill. L. Rev.* 1946, 345; NOTE, *Resisting Enforcement Of Administrative Subpoenas Duces Tecum: Another Look at C.A.B. v. Hermann*, in 69 *Yale L. J.* 1959, 131.

²⁹ Cfr., ad es., K.C. DAVIS, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Administrative Powers of Supervising, Prosecuting, Advising, Declaring, and Informally Adjudicating*, in 63 *Harv. L. Rev.* 1949, 193 ss.; L.L. JAFFE, *The Right to Judicial Review*, in 71 *Harv. L. Rev.* 1958, 795-806; ID., *Judicial review: Constitutional and Jurisdictional Facts*, in 70 *Harv. L. Rev.* 1957, 967-975; NOTE, *Use of Contempt Power Enforce Subpoenas and Orders of Administrative Agencies*, in 71 *Harv. L. Rev.* 1958, 1552.

³⁰ La normativa specificamente riguardante l'emissione di *administrative subpoenas* è contenuta nella *section 6 (c)* dell'A.P.A. Per quanto invece riguarda la *judicial review*, la disciplina di essa in relazione ai procedimenti amministrativi è contenuta nella *section 10* dell'A.P.A. (cfr. 5 U.S.C.A. 1952, 1009 (b)); in materia, cfr., fra gli altri, L.L. JAFFE, *The Right to Judicial Review*, cit., 792 ss.; NOTE, *Direct Judicial Review of Administrative Action Under Section 10 (c) or The Administrative Procedure Act*, in 62 *Harv. L. Rev.* 1949, 1216 ss.

³¹ Sul funzionamento del meccanismo di *review* per quanto riguarda l'*administrative process*, cfr. NOTE, *Use of Contempt Power to Enforce Subpoenas and Orders of Administrative Agencies*, cit., spec. 1543, 1545; R. PARKER, *Contempt Procedures in The Enforcement of Administrative Orders*, cit., 345; per quanto riguarda i problemi relativi alla definizione e/o delimitazione dell'ambito della *judicial review*, cfr., ad es., L.L. JAFFE, *Judicial Review «Substantial Evidetce on The Whole Record»*,

Le complicazioni derivanti da questo sdoppiamento sono alla base della pratica impossibilità di utilizzare il *subpoena* amministrativo nella funzione sopraindicata. A questo proposito, la struttura della *judicial review* dell'*administrative subpoena* è, in effetti, tale da comportare una forte dilatazione dei tempi per la realizzazione del *subpoena*, quando non il suo fallimento.

A differenza del potere generale di *judicial review* del giudice ordinario sulle attività delle agenzie amministrative, la *judicial review* del *subpoena* amministrativo costituisce un procedimento attraverso il quale, su richiesta del giudice amministrativo, l'*appellate court* opera una sorta di 'controllo limitato' al solo *subpoena* emesso nel corso di un *administrative proceeding*. Tale procedimento raggiunge il risultato di ottenere l'*enforcement* del provvedimento dell'*administrative judge* quando il giudice ordinario, confermando l'ordine contenuto nel *subpoena*, si sostituisce al giudice amministrativo e riformula la sua richiesta di esibizione, sotto la minaccia delle sanzioni proprie del suo *inherent power*; ovvero, l'instaurazione nei confronti della parte inadempiente di un procedimento per *contempt of court*.

Quanto più specificatamente alla tecnica di *enforcement* del *subpoena* amministrativo, si può dire che essa implica un procedimento assai macchinoso di *review*, frammentato in vari stadi che riflettono l'ampiezza e l'incisività del controllo esercitato dalle *courts*. Il procedimento in sede giurisdizionale si articola in due fasi – denominate anche *first-stage* e *second-stage subpoena* – che corrispondono all'esercizio da parte del giudice ordinario di una duplice attività. In primo luogo, è sottoposta a uno specifico controllo di legittimità la fondatezza del provvedimento del giudice amministrativo. L'esito positivo di questo controllo consentirà la successiva instaurazione di un procedimento che, rinnovando l'ordine di esibizione già emanato in forma di *subpoena* dall'*administrative judge* (ma, al limite, modificandone anche radicalmente la portata), preveda la sanzione del *contempt of court* in caso di mancata ottemperanza³².

Queste caratteristiche della soluzione prevista nell'*Administrative procedure Act*, come ha rilevato larga parte della dottrina sin dal periodo immediatamente successivo alla sua entrata in vigore, indicano con sufficiente chiarezza che l'intento del legislatore del 1946 consiste nel non consentire – o, quantomeno, scoraggiare nettamente – il ricorso da parte degli *administrative judges* a provvedimenti simili agli *orders of disclosure* del giudice ordinario, rendendone in concreto estremamente problematica e improbabile l'esecuzione³³.

in 64 *Harv. L. Rev.* 1951, 1233 ss., in precedenza sul punto, BARNARD, *Judicial Determination of Coerage in Enforcing Administrative Subpoena*, in 31 *Geo. L. J.* 1943, 304 ss.

³² Cfr. soprattutto, R. PARKER, *Contempt Procedure in The Enforcement of Administrative Orders*, cit., 345 ss.; cenni anche in W. GELLHORN, C. BYSE, *Administrative Law*, cit., 558 ss.; NOTE, *The Argument for Agency Self-Enforcement of Discovery Orders*, in 83 *Colum. L. Rev.* 1983, spec. 217.

³³ Sulla mancanza di un originale meccanismo di *enforcement* nell'A.P.A. cfr., ad es., N.L. NATHANSON, *Some Comments on The Administrative Procedure Act*, cit., 410 ss. Lo sfavore per il rigido dualismo procedurale dell'*Act* e la conseguente complicazione dell'*administrative process* è quasi una costante nelle critiche alla normativa del '46, cfr., fra gli altri, P.R. VERKUIL, *op. cit.*, 312 ss.; N.L. NATHANSON, *op. ult. cit.*, 373 ss.; *Comment: The Federal Administrative Procedure Act: Codification or Reform?*, cit., 703; L.L. JAFFE, *The Effective Limits of The Administrative Procedure Act: A Reevaluation*, in 67 *Harv. L. Rev.* 1954, 1105 ss.; sembra, invece, valutare come positiva la sistemazione data alla materia nell'*Act*, cfr. K.C. DAVIS, *Administrative Rules. Interpretative, Legislative and Retroactive*, in 57 *Yale L. J.* 1948, 927.

Questo proposito si inserisce pienamente nella tendenza dell'*Act* a ribadire la supremazia del *judicial process* sull'*administrative process*. La differenziazione anche sul piano procedurale dei due ruoli principali dell'*administrative process* – *adjudication* e *rulemaking* – è uno degli strumenti utilizzati per perseguire questo proposito.

Si è rilevato che, nella prospettiva della presente indagine, il principale risultato di tale differenziazione consiste nell'assenza di forme di *discovery* – quindi anche delle relative misure coercitive, e *sanctions* – nei procedimenti presso le *administrative agencies*. Posto questo dato come essenziale, sembra opportuna qualche precisazione su tale fenomeno; soprattutto per il rilievo che, come si vedrà in seguito, esso assume proprio nella più recente evoluzione del problema in esame.

Le caratteristiche principali della differenziazione operata nell'*Act* fra procedimenti contenziosi relativi all'esercizio da parte delle *agencies* dell'*adjudicative power* o del *rule-making power* si riducono a due. Esse consistono, per un verso, nel rigido dualismo e nella contrapposizione creata fra le attività di *adjudication* e di *rulemaking*, al di là delle funzioni – come si è premesso – in sé nettamente distinte, cui fanno capo *rulemaking power* e *adjudicative power*; per altro verso, nella mancata previsione di una specifica disciplina delle caratteristiche-tipo dei due modelli di *administrative proceedings*³⁴.

Il primo dei due dati, risolvendosi nell'attribuzione di un carattere *trial-type* ai procedimenti di *adjudication*, e nell'esclusione del riferimento al modello del processo ordinario per i procedimenti relativi all'esercizio del *rulemaking power*, si può agevolmente interpretare come una manifestazione della tendenza – più volte sottolineata – alla rigida delimitazione 'dall'esterno' dei confini dell'*administrative process*³⁵.

Il maggiore interesse per il secondo dato si collega, per contro, alle conseguenze della mancata regolamentazione dei procedimenti di *adjudication* e di *rulemaking* nella normativa dell'*Act*. Si tratta di conseguenze diverse, per l'incidenza differente che assume la scelta di un inquadramento normativo non specifico sulle due forme di *administrative proceedings*. La regolamentazione prevista dal legislatore del '46 appare, in effetti, più confacente alle caratteristiche di estrema informalità proprie dei procedimenti relativi

³⁴ Sono un'indiretta dimostrazione di come, a pochi anni di distanza dall'*enactment* dell'A.P.A., sia già viva la percezione di queste sovrapposizioni di schemi estranei all'*administrative process* o alle sue esigenze di efficace funzionamento, le proposte di riforma che vengono avanzate fra gli anni '50-'60, cfr. R.C. CRAMTON, *Administrative Procedure Reform: The Effects of S. 1665 on The Conduct of Federal Rate Proceedings*, in 15 *Adm. L. Rev.* 1963, spec. 131 ss.; contro le complicazioni derivanti dalla *diversification* dei modelli di procedimento, cfr. anche H.J. FRIENDLY, *A Look at The Federal Administrative Agencies*, in 60 *Colum. L. Rev.*, 1960, 441 ss.; G.F. GALLAND, *A NOTE on Maritime Discovery*, in 19 *Adm. L. Rev.* 1966, spec. 128. Anche le difficoltà del sistema di *enforcement* attraverso *judicial review* conducono alla richiesta di ristrutturazione del sistema, cfr., JUDICIAL REVIEW COMMITTEE (A.B. McCABE CHAIRMAN), *Judicial Review of Administrative Action: A Survey of Recent Developments*, in 25 *Adm. L. Rev.* 1973, spec. 397; cfr. anche *Administrative Conference Report on A.B.A. Proposals to Amend The Administrative procedure Act (may 24, 1973)*, *ibidem*, spec. 452.

³⁵ A rilevare ciò, e a considerare la preferenza sostanzialmente accordata all'*adjudicative process* dal legislatore del '46 una forzatura basata su di una notevole mitizzazione del procedimento *trial-type*, è soprattutto Reich, cfr. C.A. REICH, *The Law of The Planned Society*, in 75 *Yale L. J.* 1966, 1237; in questo senso cfr. anche H.J. FRIENDLY, *The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards*, in 75 *Harv. L. Rev.* 1962, 862 ss.

all'esercizio del *rulemaking power* che non a quelle dei procedimenti di *adjudication*³⁶. La disciplina dei *rulemaking proceedings* risulta, paradossalmente, anche la meno generica sotto il profilo che qui interessa. La previsione di una qualche forma di pubblicità per buona parte della documentazione relativa ai procedimenti di *rulemaking* – tramite la loro obbligatoria allegazione al *Federal Register* – contrasta, in effetti, con la totale assenza di riferimenti alle caratteristiche del procedimento, quindi anche alla soluzione di eventuali problemi relativi alla raccolta del materiale probatorio, per gli *adjudicative proceedings*³⁷.

Se si considera il grande rilievo pratico di simili questioni per la funzione propriamente svolta dai procedimenti di *adjudication*, non stupisce che le carenze della normativa dell'*Administrative procedure Act* vengano in vario modo sottolineate, a partire dal decennio successivo all'apparizione della legge, in dottrina e nelle normative delle singole *agencies*.

Parte della dottrina non tarda, in particolare, a cogliere il rilievo della mancata previsione di forme di *discovery* per questa categoria di *administrative proceedings*³⁸. Il raffronto, prevedibile, con il processo federale ordinario, ha il risultato prevalente di sottolineare lo scarto nell'evoluzione del problema fra le due giurisdizioni, e la notevole arretratezza delle soluzioni predisposte con l'*Administrative procedure Act* per l'*administrative process*; situazione di arretratezza rimasta, oltretutto, immutata nelle successive revisioni dell'*Act*³⁹. La situazione non appare – secondo queste analisi – giustificata, pure tenendo presenti i condizionamenti di ordine costituzionale che hanno influito sull'evoluzione del processo amministrativo statunitense. Per la sua trasformazione, il modello rappresentato dalle *rules of discovery* dalle *Federal Rules* viene ritenuto un referente essenziale⁴⁰.

³⁶ Cfr., ad es., R. PARKER, *The Administrative procedure Act: A Study in Overestimation*, cit., 588 ss.; N.L. NATHANSON, *Some Comments on The Administrative Procedure Act*, cit., 377 ss.; M.J. SINGER, *United States*, in *Administrative Secrecy in Developed Countries*, cit., 314.

³⁷ Cfr., soprattutto, M. BERGER, *Discovery in Administrative Proceedings: Why Agencies Should Catch Up With The Courts*, in 46 *A.B.A.J.* 1960, 74 ss., ove è anche sottolineato che la mancanza di meccanismi di *discovery* nell'*administrative process* ha come principale conseguenza la creazione di un profondo *gap* sul piano processuale fra parti private e *administrative agencies*, le quali ultime possono di fatto nel corso del loro operare far ricorso a forme di *discovery* (il fenomeno viene qui definito «*one-sided discovery*», 75); cfr. anche N. KAUFMAN, *Have Administrative Agencies Kept Pace with Modern Court-Developed Techniques Against Delay? A Judge's View*, in 12 *Adm. L. Rev.* 1960, 112.

³⁸ Cfr., ad es., K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, cit., 589; M. BERGER, *op. cit.*, 74; P. WOLL, *The Development of Shortened Procedures in American Administrative Law*, cit., 71 ss.; *Panel-Discussion: Pre-trial Discovery and Preparation for Trial*, in 20 *Adm. L. Rev.* 1967, 55 ss.; G.F. GALLAND, *op. loc. cit.*

³⁹ Oltre agli aa. citati nella n. precedente, cfr. E.R. WILLIAMS, *Authority of Federal Agencies to Impose Discovery Sanctions: The F.T.C. A Case in Point*, in 65 *Geo. L. J.* 1976-1977, 757; E.A. TOMLINSON, *Discovery in Agency Adjudication*, in *Duke L. J.* 1971, 89, 95 ss., ove l'analisi della *Recommendation* n. 21 adottata dalla *Administrative Conference* degli Stati Uniti nel giugno del 1970 dimostra come il modello di *discovery* delle *Federal Rules* sia ritenuto valido anche per le normative in materia delle singole *agencies*; v. anche E. GELLHORN, *Robinson, Summary Judgement in Administrative Adjudication*, in 84 *Harv. L. Rev.* 1971, 617.

⁴⁰ Per un rapido inquadramento generale del problema, cfr. E.R. WILLIAMS, *American Procedure and their Efficacy*, cit., 322. Nella prospettiva della presente indagine, cfr. B.J. MENZIES, L. F. PARKER, *Discovery Before the Federal Trade Commission*, in 18 *Adm. L. Rev.* 1966, 55 ss.; NOTE, *The Federal*

Il ruolo determinante giocato a questo proposito dalle *rules* federali è, peraltro, dimostrato dal fatto che nella stessa direzione si muovono anche le innovazioni introdotte nelle normative processuali di alcune *administrative agencies*. Questo fenomeno trova piena conferma in uno dei primi esempi di previsione di *rules of discovery* nel processo amministrativo statunitense, che sembra significativo anche per l'importanza dell'organo amministrativo interessato, la *Federal Trade Commission*⁴¹.

Nel caso della *Federal Trade Commission (F.T.C.)*, l'aderenza al modello della legislazione *federale* è sottolineata, per contro, dal mantenimento fino a tutti gli anni '50 della tendenza – peraltro comune a gran parte delle *federal agencies*, e tuttora non completamente superata – a risolvere i problemi connessi alla raccolta del materiale probatorio semplicemente garantendo alle parti, fra un'udienza e l'altra del processo, gli intervalli di tempo necessari per tale raccolta (il cosiddetto *trial by interval*), senza però la previsione di specifiche tecniche di *discovery* e comunque di *pre-trial*⁴².

Tutto ciò è, invece, presente nelle normative che, in rapida successione, vengono a regolamentare questa materia a partire dai primi anni '60.

Pure non riproponendo *tout court* le *rules of discovery* previste nelle *Federal Rules of Civil Procedure*, la normativa della *F.T.C.* – che rimane omogenea nonostante le periodiche e frequenti innovazioni – contiene tali analogie con questo modello da rappresentarne una diretta derivazione⁴³. Tali analogie sono soprattutto presenti nei singoli *discovery devices*, più che nella struttura complessiva del *discovery*. In esso, l'accoglimento del modello di *continuous trial* (come mancata interruzione del rapporto parti-giudice nella fase iniziale del processo, sul modello di quanto avviene nel processo ordinario, dimostrato anche dalla previsione in questa fase dell'*administrative process* di una *prehearing conference*) si caratterizza solo come un generico accoglimento del tipo di procedimento *federale* ordinario,

Trade Commission on Reform of the Administrative Process, in 62 *Colum. L. Rev.* 1962, 611 ss.; S.D. MONTGOMERY, *Discovery in Federal Administrative Proceedings*, in 16 *Stan. L. Rev.* 1964, 1045. Per quanto riguarda la situazione precedente alla legislazione a cui in seguito si farà riferimento nel testo, E.W. KINTNER, *The Revitalized Federal Trade Commission: A Two-years Evaluation*, in 30 *N. Y.U.L. Rev.* 1955, 1143 ss.; M.F. CONNOR, *F.T.C. Procedure Revision: A Critique*, in 7 *Vill. L. Rev.* 1962, 359-383.

⁴¹ Cfr. B.J. MENZIES, L. F. PARKER, *op. cit.*, 56; S.D. MONTGOMERY, *op. cit.*, 1046-1047; E. GELLHORN, *The Treatment of Confidential Information by The Trade Commission: Pretrial Practice*, in 36 *U. Chi. L. Rev.* 1908, 113 ss. Per un esempio del mancato superamento, a livello generale, della situazione descritta nel testo, e la cui estensione sottolineata nell'inciso, cfr. WEIL, *Pretrial Discovery in The N.L.R.B. Unfair Labor Cases*, in 46 *Cin. L. Rev.* 1977, 500 ss.; J.P. BENNETT, *Post-Complaint Discovery in Administrative Proceedings: The F.T.C. as a Case Study*, in *Duke L. J.* 1975, 333; per un'analisi delle riforme in materia nelle *rules* della *F.T.C.* con un incisivo raffronto con la normativa delle *Federal Rules*, cfr. G.L. NICHOLSON, *Discovery is Not a Game*, in 21-22 *Adm. L. Rev.* 1969-1970, spec. 446 ss.

⁴² Per uno specifico riferimento al testo della normativa delle *F.T.C.* in materia di *discovery*, cfr. LEWIS, *Discovery Techniques and The Protection of Confidential Data in F.T.C. Proceedings*, in 22 *Adm. L. Rev.* 1970, spec. 460 ss., v., anche S.D. MONTGOMERY, *op. cit.*, 1048 ss.; J.P. BENNETT, *op. cit.*, 335-343.

⁴³ Cfr. E. GELLHORN, *op. ult. cit.*, 145 ss.; G.L. NICHOLSON, *op. loc. cit.*; circa il rilievo che, per come si configura nel testo, viene ad assumere la *pre-hearing conference* nel processo amministrativo, v. *infra* nel testo.

come tale poco rilevante nella prospettiva di questa indagine⁴⁴. Per contro, riguardo agli strumenti di *discovery* (*discovery devices*) la normativa di questa *agency* ricalca nettamente le soluzioni adottate con la legislazione *federale* del 1938, *discovery devices* come le *admissions* e le *depositions* possono, infatti, essere utilizzati nel corso dei procedimenti presso la *F.T.C.* sostanzialmente con la stessa estensione e le stesse modalità previste per il processo *federale ordinario*⁴⁵.

Tuttavia, nonostante queste analogie, un dato di fondo differenzia l'assetto adottato dalle normative in materia di *discovery* della *F.T.C.* – e, dopo breve tempo, dalla maggior parte delle *administrative agencies* – da quello delle *Federal Rules of Civil Procedure*⁴⁶. In tali normative, in effetti, manca un apparato sanzionatorio analogo a quello previsto dalla *federal rule 37*. Non sembra neppure possibile definire come misure coercitive – o *sanctions*, secondo la terminologia delle *Federal Rules* – le conseguenze previste in caso di mancata collaborazione al *discovery* nel corso degli *administrative proceedings*. Il criterio sul quale fanno invariabilmente perno le normative delle singole *agencies* è, di fatto, quasi esclusivamente quello di fare derivare dalla mancata collaborazione conseguenze negative sul piano processuale. Il criterio adottato è, in altri termini, quello della cosiddetta «*adversary inference*», consistente nella valutazione negativa della difesa della parte sul punto controverso.

In realtà, l'adozione del criterio della *adversary inference* come unica forma di reazione verso i comportamenti che concretano questa fattispecie mostra di non attribuire rilievo all'aspetto propriamente coercitivo, inteso come l'esercizio di efficaci pressioni sulla volontà dei soggetti richiesti di collaborare alla raccolta del materiale probatorio durante la fase di *discovery*⁴⁷. Le ragioni di queste scelte sono chiaramente individuabili sia – come più volte si è rilevato – nelle tradizionali riserve di ordine costituzionale, sia nelle teorie del processo ad esse connesse. In sintesi, secondo queste ultime, il mancato riconoscimento ai giudici amministrativi del *contempt power* esclude anche che ad essi vengano attribuiti quei poteri coercitivi – alternativi al *contempt*, ma che rientrano nell'*inherent power* riconosciuto alle *courts* in ragione del loro potere di ricorrere al *contempt* – che, almeno dal

⁴⁴ Per un'analisi della *section 9* del *F.T.C. Act*, cfr. L.W. JACOBS, T.J. COLLINS *Summary Enforcement of Federal Trade Commission Orders Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 30 *Adm. L. Rev.* 1978, 331; LEWIS, *op. loc. cit.*, S.D. MONTGOMERY, *op. cit.*, 1049. Per il testo della normativa suddetta, cfr. 15 U.S.C.A., St. Paul Minn. 1963, 688.

⁴⁵ Per indicazioni circa l'indirizzo delle riforme realizzate nelle *procedural rules* delle *agencies* federali nel corso degli anni '60-'70, cfr., oltre a S.D. MONTGOMERY, *op. loc. cit.*; W. GELLHORN, C. BYSE, *Administrative Law*, cit., 564 ss.; E.A. TOMLINSON, *Discovery in Administrative Adjudication*, cit., 90 ss.; e ancora v. M.M. FRANKHAUSER, P.D. BELMAN, *The Right to Information in The Administrative Process: A Look at The Securities and Exchange Commission*, in 18 *Adm. L. Rev.* 1966, 101; D.L. MANOLI, L.M. JOSEPH, *The National Labor Relation Board and Discovery Procedures*, *ibidem*, 9; R.S. MAURER, *Use of Discovery Procedures Before The C.A.B.*, *ibidem*, 157; J.F. RILL, W.W. SCOTT, *Discovery under Title VII of The Civil Rights Act of 1964. New Concept, Agency and Challenge*, *ibidem*, 75; W.W. ROSS, *Discovery and The Federal Power Commission*, *ibidem*, 177.

⁴⁶ Cfr., ad es., E.R. WILLIAMS, *Authority of Federal Agencies to Impose Discovery Sanctions*, cit., 759 ss.; S.D. MONTGOMERY, *op. cit.*, 1074 ss.

⁴⁷ Cfr. J.W. MOORE, *Federal Practice and Procedure*, S. Francisco-New York 1967, 2805 ss.; NOTE, *Procedures for Trying Contempts in The Federal Courts*, in 73 *Harv. L. Rev.* 1959, 353 ss.

punto di vista formale, conferiscono un carattere fortemente coercitivo alle disposizioni contenute nella *Rule 37 delle Federal Rules*⁴⁸.

4. L'incidenza del *Freedom of Information Act*

Questi dati, pur giustificando sufficientemente il tipo di sistemazione che il problema in esame riceve a partire dagli anni '60 nelle riforme che riguardano le norme processuali delle singole *agencies*, non tolgono rilievo ai limiti che – come si è detto – caratterizzano tali riforme. Appare soprattutto rilevante il riflesso che tali limitazioni sembrano avere sulla più importante riforma a carattere generale del settore, il *Freedom of Information Act*⁴⁹. È, infatti, anche in ragione dell'approccio teorico fundamentalmente analogo a quello adottato in materia nelle *procedural rules* di varie *agencies* federali che attraverso questa riforma non vengano introdotti meccanismi effettivi di esecuzione endoprocessuale nel sistema della giustizia amministrativa statunitense, e pertanto non viene modificato il ruolo del giudice in questa fase degli *administrative proceedings*.

Bisogna, in ogni caso, premettere che la prospettiva stessa entro la quale si muove la normativa del *F.O.I.A.* oggettivamente ostacola una riforma del settore che preveda l'attribuzione di poteri coercitivi al giudice negli *administrative proceedings*. In effetti, l'esigenza di fondo alla quale intende rispondere questa legislazione è di consentire al privato, parte o non di un processo amministrativo, un più agevole accesso ai documenti della pubblica amministrazione⁵⁰. Un approccio la cui sostanziale coerenza con la concezione *adversary* del processo si riflette anche sulle soluzioni prospettate riguardo al problema in esame.

⁴⁸ Cfr. K.C. DAVIS, *The Information Act: A Preliminary Analysis*, in 34 *U. Chi. L. Rev.* 1967, 761 (v. 805 per quanto riguarda la rilevata debolezza delle «*enforcement provisions*»); per il testo della normativa del *F.O.I.A.* cfr. S 552 in 5 *U.S.C.A. (Government Organization and Employees)*, St. Paul Minn. 1967, 560 ss.; v. anche *Comment on Proposed Amendments to Section 3 of the Administrative Procedure Act; The Freedom of Information Bill*, in 40 *Notre Dame Lawyer* 1960, 417 ss.

⁴⁹ Cfr. K.C. DAVIS, *op. ult. cit.*, 764-766; ID., *Administrative Law Treatise*, San Diego 1978, I, 308 ss.; G. ROBINSON, E. GELLHORN, H. BRUFF, *op. cit.*, 505 ss.; T. SKY, *Agency Implementation of The Freedom of Information Act*, in 20 *Adm. L. Rev.* 1968, 445 ss.; M.J. SINGER, *United States*, in *Administrative Secrecy in Developed Countries*, cit., 313 ss.; C.H. KOCH, B.R. RUBIN, *A Proposal for a Comprehensive Restructuring of The Public Information System*, in *Duke L. J.*, 15 ss.

⁵⁰ Cfr., ad es., C.H. KOCH, B.R. RUBIN, *op. loc. cit.*; W. GELLHORN, C. BYSE, *op. cit.*, 564 ss.; J.L. McCONN, *Discovery in The Federal Administrative Process*, in 5 *Litigation* 1979, 29; H.L. SHNIDERMAN, *Securing Adequate Discovery in Administrative Proceedings*, in 25 *Adm. L. Rev.* 1973, 167 ss. Conferma il carattere del tutto «*adversary*» dell'approccio dell'*Act* l'emersione, dopo breve tempo dall'*enactement* del *F.O.I.A.*, del problema dei cosiddetti *reverse F.O.I.A. suits*, ovvero delle controversie derivanti dall'opposizione dei privati alla *disclosure* da parte della pubblica amministrazione delle informazioni da essi stessi fornite alla P.A., cfr., ad es., D.A. DRASHER, *The Freedom of Information Act and The Right of Non-Disclosure*, in 28 *Adm. L. Rev.* 1976, 1 ss.; E.H. LEVINE, *Using The Freedom of Information Act As a Discovery Device*, in 36 *Bus. Lawyer* 1980, 45-53; T.L. PATTEN, K.W. WEINSTEIN, *Disclosure of Business Secrets under The Freedom of Information Act: Suggested Limitations*, in 29 *Adm. L. Rev.* 1977, 194 ss.; N.D. CAMPBELL, *Reverse Freedom of Information Act Litigation: The Need for Congressional Action*, in 67 *Geo. L.J.* 1978, 103 ss.; CLEMENT, *The Rights of Submitters to Prevent Agency Disclosure of Confidential Business Information: The Reverse Freedom of Information Act Lawsuit*, in 55 *Tex. L. Rev.* 1977, 587. La pratica del funzionamento del *F.O.I.A.* come strumento di *discovery* conferma la sostanziale conservazione

A questo proposito risulta, anzitutto, significativa l'estensione dell'*Act*. L'applicazione della sua normativa anche nei casi in cui non sia in corso un procedimento amministrativo è, infatti indicativa della mancata attribuzione di un autonomo rilievo al problema di garantire una più ampia e agevole informazione nel corso degli *administrative proceedings*. Nei limiti in cui questo problema viene affrontato, la prospettiva adottata è, comunque, quella tradizionale di consentire alle parti – in questo caso, le parti private – di usufruire di tutti i mezzi di prova necessari per la gestione della controversia⁵¹. Conseguenza di questa struttura normativa rigidamente legata ai più tipici canoni del processo civile *adversary* è la quasi completa assenza di riferimenti alle funzioni e ai poteri degli *administrative judges* nella fase di raccolta del materiale probatorio.

Nel meccanismo del *F.O.I.A.*, lo spazio dedicato alle misure coercitive è – come ora si dirà – del tutto carente rispetto allo spazio relativo al generale dovere di *disclosure* da parte delle *administrative agencies* delle informazioni richieste dai privati e, soprattutto, alle numerose eccezioni previste rispetto a tale dovere⁵². All'enunciazione, nella prima parte della normativa del «principio di *disclosure*» – inteso come dovere di rendere accessibile a tutti i cittadini che ne facciano richiesta le documentazioni concernenti le attività delle *agencies* – fa, infatti, seguito la previsione di un numero notevole di eccezioni – originariamente raccolte in gruppi di nove – che costituiscono il vero nucleo della normativa dell'*Act*⁵³. All'interno di questa normativa, i richiami ai provvedimenti in materia di prova presi nel corso di *administrative proceedings* hanno carattere del tutto residuale e sono assenti sostanziali novità per quanto riguarda gli strumenti per garantire l'efficacia.

A questo proposito, il criterio di riferimento rimane fondamentalmente quello del ricorso alla *judicial review* come unica via per ottenere l'*enforcement*; e, conseguentemente,

dei meccanismi tradizionali dell'*administrative process*, cfr., ad es., G. ADAMS, *Administrative Law. Agency Secrecy Continues S.L.R.B. v. Sears, Roebuck & Co.*, in 421 U.S. 13, 1975; *Renegotiation Board v. Grumman, Aircraft Engineering corp.*, 421 U.S. 168, 1975, 52 Wash. L. Rev. 1976-1977, 121 ss.; E.H. LEVIN, *Freedom of Information Act An Employer Charged with an Unfair Labor Practice is not Entitled Under The F.O.I.A. to N.L.R.B. Files Compiled Pursuant to Investigation of The Charge When The Enforcement Proceeding is Pending Title Guarantee co. v. N.L.R.B.*, in 534 F.2d 184 (2d ed Cir. 1976), cert. denied, in 97 S.Ct. 98 (1976), in 45 Geo. Wash. L. Rev. 1976-1977, 114 ss.

⁵¹ La debolezza dell'apparato sanzionatorio e il notevole numero di eccezioni è rilevato immediatamente dopo l'apparizione dell'*Act*, cfr. K.C. DAVIS, *The Information Act: A Preliminary Analysis*, cit., 766-805; ancora, per un analitico esame delle *exceptions*, cfr. Id., *Administrative Law Treatise*, cit., 314 ss.; J.M. KATZ, *The Games Bureaucracy Plays: Hide and Seek Under the Freedom of Information Act*, in 48 Tex. L. Rev. 1974, 1262.

⁵² Il principio si sostanzia nella espressione: «*Each agency shall make available to the public information as follows*», che costituisce la *subsection* (a) del S 552 dell'*A.P.A.*, che contiene appunto il *Freedom of Information Act*; cfr. 5 U.S.C.A., St. Paul Minn. 1977, 68 ss.

⁵³ Sugli emendamenti del '74, cfr. ad es., K.C. DAVIS, *op. ult. cit.*, 326 ss.; Id., *Administrative in The Seventies (Supplementing Administrative Law Treatise)*, New York-San Francisco 1976, 93 ss.; *Congress Session: Joint Committee, The Freedom of Information Act and Amendments of 1974 (P.L. 93-502) Source Book: Legislative History, Texts and Other Documents*, Washington 1975, spec. 109; D.A. DRASHER, *The Freedom of Information Act and The 'Right' of Non-Disclosure*, cit., 2; *Note: Developments Under The Freedom of Information Act 1975*, in Duke L. J. 1976, 382; sui problemi relativi all'accoglimento degli emendamenti, cfr. anche, brevemente, E. KENNEDY, *Foreword: Is The Pendulum Swinging Away from Freedom of Information?*, in 16 Harv. Civ. Rights-Civ. Lib. L. Rev. 1981, 311-312.

al *contempt of court* comminato dal giudice ordinario come unica misura coercitiva. Non modificano, nella sostanza, questo assetto – pur introducendo alcune garanzie di migliore funzionamento del *F.O.I.A.* come strumento generale di informazione sulle attività delle *federal agencies* – anche le trasformazioni che l'*Act* subisce con i successivi emendamenti.

In effetti, gli emendamenti del '74 non intaccano la logica secondo la quale solo l'intervento del giudice ordinario rende possibile sanzionare la mancata *disclosure* delle informazioni richieste⁵⁴. Tale logica non è superata dal blando inasprimento delle sanzioni verso le *agencies*, attuato attraverso l'imposizione ad esse delle spese dei procedimenti giudiziali di *enforcement* e la possibilità di ritenere personalmente responsabili i funzionari delle *agencies* stesse⁵⁵. In ogni caso, l'unica misura coercitiva prevista rimane il *contempt*, la cui minaccia e imposizione richiede – come si è visto – il passaggio attraverso il procedimento in *court*⁵⁶. Non presupponendo l'esistenza di procedimenti amministrativi di carattere contenzioso, e, soprattutto, rivolgendosi esclusivamente contro le *agencies*, il *F.O.I.A.* esclude implicitamente l'attribuzione di poteri coercitivi agli *administrative judges*. Ciò concretirebbe, infatti, la situazione paradossale dei giudici amministrativi chiamati invariabilmente a sanzionare la mancata collaborazione al *discovery* delle stesse *agencies* di cui essi sono organi.

Riguardo ai limiti del *Freedom of Information Act* sembra di poter concludere che la mancata risposta dell'*Act* alle esigenze di riforma dei meccanismi di ricerca delle prove (e degli strumenti per garantire l'efficacia) negli *administrative proceedings* trova spiegazione, oltre che nelle osservazioni svolte in precedenza, nella sua impostazione generale.

Tipico esempio della vasta 'legislazione di principi' realizzatasi negli Stati Uniti negli anni '60-'70, il *F.O.I.A.* appare inidoneo a introdurre trasformazioni concrete nel sistema della giustizia amministrativa statunitense⁵⁷. La spinta innovatrice dell'*Act* si esaurisce nella scelta politica che lo giustifica: ovvero, l'indicazione di un dovere generale di *disclosure* da parte delle *administrative agencies*. Nel *F.O.I.A.* questa non si trasforma in un obiettivo reso raggiungibile effettivamente dalla previsione di una normativa innovatrice dei procedimenti presso le *agencies*, ma rimane l'indicazione di una generica esigenza di trasparenza nelle attività della pubblica amministrazione.

⁵⁴ Cfr. A.P.A. 552 (a) (4) (G), *op. cit.*, in nota 125, 70. In materia, v. anche M.D. LACHER, *The Freedom of Information Act Amendments of 1974: An Analysis*, in 26 *Syr. L. Rev.* 1975, 963 ss.

⁵⁵ Cfr. A.P.A. 552 (a) (4) (D), *op. loc. ult. cit.* Sul modello tradizionale di *enforcement* presso le *district courts* si veda K. C. DAVIS, *op. ult. cit.*, 378; per una rapida analisi del funzionamento delle *appellate courts*, cit. G.C. HAZARD, H. JONES (eds.), *After the Trial Court-The Realities of Appellate Review*, in *The Courts, The Public, and The Law Explosion*, Englewood Cliffs 1965, 60 ss.

⁵⁶ Per un'analisi molto critica dei risultati raggiungibili dal *F.O.I.A.* sulla base della sua *philosophy* originale, cfr., ad es., J.M. KATZ, *op. loc. ult. cit.*; NOTE, *The Freedom of Information Act: A Critical Review*, in 38 *Geo. Wash. L. Rev.* 1969, 150 ss.; più di recente, v. Note: *A Procedural Framework for The Disclosure of Business Records Under The Freedom of Information Act*, in 90 *Yale L. J.* 1980, 401; J. TORAN, *Information Disclosure in Civil Actions: The Freedom of Information Act and the Federal Discovery Rules*, in 49 *Geo. Wash. L. Rev.* 1981, 844-856.

⁵⁷ Cfr., ad es., E. GELLHORN, G. ROBINSON, *Prospective on Administrative Law*, in 75 *Colum. L. Rev.* 1975, 776; R.B. STEWART, *The Reformation of Administrative Law*, cit., 1682; R.L. RABIN, *Administrative Law in Transition: A Discipline Search of an Organizing Principle*, in 72 *N.W.U.L. Rev.* 1977, 128.

Si spiega agevolmente in questa prospettiva anche il mantenimento – pur all'interno di una normativa formalmente intesa a trasformare la vecchia immagine del potere amministrativo come tirannico e incontrollabile – delle soluzioni più tradizionali al problema in esame. In questo dato si manifesta, infatti, la tendenza più generale del *F.O.I.A.* a conservare l'approccio metodologico tradizionale nei confronti dei problemi del processo amministrativo⁵⁸.

5. L'introduzione di *rules of discovery*

Tuttavia, proprio il mantenimento della scelta metodologica tradizionale fa del *F.O.I.A.* un punto di riferimento con riguardo al problema in esame. La tendenza a superare questo approccio caratterizza, infatti, come 'dopo *F.O.I.A.*' il periodo corrispondente all'ultimo decennio.

All'interno di questa tendenza tuttora in via di precisazione sono individuabili, per quanto in maniera molto approssimativa, alcuni fenomeni di rilievo. Si tratta di fenomeni che si collegano diversamente al problema in esame, in ragione della diversa estensione e del diverso livello di precisazione raggiunto, ma che sembrano indicare tutti la tendenza ad affrontare tale problema fornendo soluzioni tendenzialmente alternative a quelle tradizionali. In sintesi, essi sono: l'introduzione di misure coercitive (*sanctions*) nelle normative processuali delle singole *agencies*; la tendenza a considerare il modello – per sua stessa natura informale – dei *rulemaking proceedings* come un punto di riferimento essenziale per la riforma della struttura della fase iniziale del processo amministrativo statunitense; e la tendenza a risolvere in generale i problemi dell'*administrative process* ricorrendo a concezioni teoriche originali, come soprattutto quella del *management* degli *administrative proceedings*.

Il primo dei tre fenomeni indicati è il più direttamente attinente al problema della presenza di misure di esecuzione endoprocessuale nel sistema della giustizia amministrativa statunitense. In esso si manifesta, infatti, la tendenza – già da tempo in atto, come si è detto – a superare la mancata previsione di meccanismi di *discovery* negli *administrative proceedings*⁵⁹.

Con tale fenomeno, tuttavia, questa tendenza subisce una notevole evoluzione, dal momento che vengono in sostanza ribaltati i termini del richiamo al meccanismo di *discovery* presente nelle *Federal Rules of Civil Procedure*. La tendenza a strutturare *rules of discovery* sul modello di quelle del processo federale ordinario – con la significativa e già rilevata assenza di *sanctions* diverse dalla *adversary inference* – è sostituita dalla sempre

⁵⁸ Cfr., ad es., E.R. WILLIAMS, *American Procedures and Their Efficacy*, in *Legal Institutions Today*, cit., 319 s.; P.R. VERKUIL, *op. cit.*, 320 ss.; R.B. STEWART, *op. cit.*, 1774 ss.

⁵⁹ Cfr. K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, San Diego 1980, II, 35 ss.; R. W. HAMILTON, *Rulemaking on a Rekord by Food and Drug Administration*, in 50 *Tex. L. Rev.* 1971-1972, spec. 171 ss., ove, oltre all'analisi del problema all'interno della specifica normativa della *F.D.A.*, la questione dell'adozione di *rules of discovery* è vista nell'ottica della *Recommendation 21* dell'*Administrative Conference* del 1971, nettamente a favore dell'adozione di meccanismi di *discovery*. In proposito cfr. anche H.L. SHNIDERMAN, *Securing Adequate Discovery in Administrative Proceedings*, in 25 *Adm. L. Rev.* 1973, 167 ss.; più in generale sulla opportunità di ricorrere a *discovery device*, date le carenze del *F.O.I.A.*, J.L. MCCONN, *Discovery and The Federal Administrative Process*, cit., 28 ss.; R.L. RABIN, *Administrative Law in Transition*, cit., 128-135-144.

più frequente introduzione nelle normative delle singole *administrative agencies* di misure coercitive dei provvedimenti del giudice. In altri termini, si verifica il fenomeno del passaggio da una sorta di mimesi superficiale della normativa sul *discovery* delle *Federal Rules* (mimesi basata sull'adozione di *agency rules* solo formalmente analoghe a quelle federali, nella struttura complessiva dei *discovery devices* più che nel meccanismo finale delle *sanctions for discovery*) a un effettivo accoglimento della tendenza coercitiva, caratteristica della versione originaria della normativa federale⁶⁰.

Una prima conferma di questo fenomeno è rappresentata dalla presenza di misure di questo tipo in molte *agency rules* (per le quali viene significativamente usata la definizione di *sanctions*, come *rules of discovery* vengono generalmente catalogate le normative entro le quali esse si trovano inserite)⁶¹. Questo fenomeno risulta però confermato soprattutto dal carattere di tali misure, ovvero dalla loro eterogeneità e dal mancato richiamo alla sanzione del *contempt of court*. Ciò per due ordini di motivi: per l'effettiva analogia con la *philosophy of sanctions* delle *rules* federali – consistente nell'ampia previsione di misure coercitive ulteriori e alternative al *contempt* –, e per la tendenza che in tal modo si manifesta a superare la logica del necessario ricorso al *contempt power* del giudice ordinario in fase di *enforcement*.

Lo strumento per la realizzazione di questo *trend* è costituito dalla estrema varietà delle misure coercitive di caso in caso previste. In ragione di ciò, di esse non è possibile fornire un quadro completo, ma solo alcuni esempi; con la peraltro ovvia premessa che tali misure non sono presenti nelle *agency rules* – ormai nettamente minoritarie – in cui il *subpoena* conserva come in passato la funzione di unico strumento attraverso il quale ottenere, in via mediata attraverso il passaggio per la *judicial review*, una qualche forma di coercizione, ma in quelle in cui il riferimento al *subpoena* o è del tutto scomparso o ha carattere accessorio⁶². All'interno di queste ultime, l'arco delle misure che compongono l'apparato sanzionatorio indica nella *Rule 37* delle *Federal Rules* il modello di riferimento generalmente adottato. In effetti, sono chiaramente mutate da questo modello *sanctions* lo *striking out* (ossia, l'impossibilità per la parte di difendersi e pronuncia di una sentenza *by default*) e il *dismissal* (ossia, il rigetto dell'azione), ambedue conseguenze di estrema gravità, tanto da comportare la sconfitta nella controversia. Lo stesso si può dire per sanzioni – molto meno drastiche – come la *poena confessi*, l'impedimento di presentare

⁶⁰ Cfr. soprattutto, M. ROSEMBERG, *Sanctions to Effectuate Pretrial Discovery*, in 58 *Colum. L. Rev.* 1958, 480 ss.; *Note: The Emerging Deterrence in The Imposition of Discovery Sanctions*, 91 *Harv. L. Rev.* 1978, 1033.

⁶¹ V. le indicazioni in nota 59 *infra*. Per quanto più volte citato, fra questi esempi sembra particolarmente notevole per la sua complessità il meccanismo di *discovery* predisposto – su di un modello mutuato dalle *Federal Rules of Civil Procedure*, ma anche con originali aggiunte a garanzia del funzionamento dei vari *discovery devices* – nella *section 3.31* ss. delle *procedural rules* della *F.T.C.*, cfr. 16 C.F.R., Washington 1981, 48 ss.

⁶² Per un esempio di conservazione del modello tradizionale, con la sola previsione del ricorso da parte dell'*administrative judge* alla misura del *subpoena* (con conseguente giudizio davanti all'*appellate court* in fase di *enforcement*), cfr. la *section 2000.54* delle *rules* della *Occupational Safety and Elealth Review Commission*, in 29 C.F.R. Washington 1981, 441; così anche, nonostante la Struttura più articolata della normativa di *discovery*, le *sections 1.325, 1.333* delle *rules* della *Federal Communication Commission*, 47 C.F.R., Washington 1981, 140; e la *section 388.9* e ss. delle *rules* della *International Trade Administration*, in 15 C.F.R., Washington 1980, 430 ss.

nuovi mezzi di prova, nonché la più volte citata *adversary inference*⁶³. A queste si devono aggiungere varie altre sanzioni, inserite nell'ambito del vasto potere discrezionale conferito agli *administrative judges*, la cui previsione nelle singole *agency rules* ha solo carattere indicativo, come il potere dello *administrative judge* di imporre sanzioni pecuniarie e determinare liberamente l'ammontare, di impedire la partecipazione al contraddittorio alla parte inadempiente e, al limite, di non consentire a quest'ultima l'utilizzazione a suo favore di specifiche norme di legge nel corso dell'*administrative proceeding*⁶⁴.

Sembra in ogni caso particolarmente notevole il significato della predisposizione di *sanctions ad hoc*, spesso anche svincolate dai modelli già esistenti nel processo ordinario, nei meccanismi di *discovery* delle varie agenzie amministrative. Attraverso il conferimento ai giudici amministrativi di poteri coercitivi molto più incisivi si manifesta, infatti, l'esigenza di una forte autonomia dei procedimenti amministrativi dal processo ordinario.

Questa esigenza trova giustificazione anche in un altro dato che, in senso generale, caratterizza l'approccio riservato nell'ultimo decennio alla questione in esame: cioè il mutamento della tendenza a vedere nel modello di *discovery* previsto nelle *Federal Rules* una soluzione in assoluto positiva ai problemi connessi alla raccolta del materiale probatorio nella fase iniziale del processo. Dimostra lo sfavore o la cautela nei confronti di questa normativa il rilievo attribuito dalla dottrina alle disfunzioni derivate dalla sua applicazione pratica nel processo ordinario. A essere preso in considerazione è in particolare il fenomeno dell'*abuse of discovery* (fenomeno di incerta definizione e multiforme, la cui incidenza è, nell'ultimo decennio, diventata molto rilevante per il processo ordinario, rendendo necessaria l'adozione di *philosophy* di riforma del tutto originali proprio riguardo la fase di *discovery*), come causa di dilazione dei tempi della fase iniziale del processo⁶⁵. Il capovolgimento in tal modo operato dalla funzione del meccanismo di *discovery* nel processo federale ordinario – da strumento per la raccolta del materiale probatorio attraverso lo scambio reciproco dello stesso fra le parti, a strumento per dilazionare i tempi del

⁶³ Così, ad es., cfr. la *section 511.37 (Sanctions for Failure to Comply with Order)*, nn. (1), (3), (6) della subpart D (*Discovery, Compulsory Process*) delle *procedural rules* del *National Highway Traffic Safety Administration Department of Transportation*, in 49 C.F.R., Washington 1980, 49; *section 210.36*, nn. (1), (5) delle *rules* della *United States International Trade Commission*, in 19 C.F.R., Washington 1980, 886; *section 3.38*, nn. (1), (3), (5) delle *rules* della *Federal Trade Commission*, in 16 C.F.R., Washington 1981, 54-55.

⁶⁴ Cfr., ad es., la *Rule 65 (Failure to Respond to Discovery)*, *section 1100.65*, (2) (II) della normativa della *Interstate Commerce Commission*, in 49 C.F.R., Washington 1981, 242-243; *section 511.37* delle «*Sanctions for Failure to Comply with Order*» della N.H.T.C.A.D., *op. loc. cit.* Un esempio dell'ultimo tipo di *sanction* indicato nel testo è fornito dalla decisione della *International Trade Commission* del 16 ottobre 1981 (non pubbl.), nella quale non è consentita l'utilizzazione di una norma del *Tarif Act* (cfr. 19 U.S.C. 1337) a difesa della parte inadempiente a un *order of discovery*. Sul problema della costituzionalità dell'imposizione di sanzioni pecuniarie da parte delle *administrative agencies*, cfr. COMMENT, *The Constitutional Rights to Trial by Jury and Administrative Imposition of Money Penalties*, in *Duke L. J.* 1976, 723, 762.

⁶⁵ Cfr., ad es., M. POLLACK, *Discovery Its Abuse and Correction*, in 80 F.R.L. 1979, 219 ss.; R.H. UNDERWOOD, *Curbing Litigation Abuses: Judicial Control of Adversary Ethics. The Model Rules of Professional Conduct Proposed Amendments to The Rules of Civil Procedure*, in 56 S. John's L. Rev. 1982, 625 ss.; *Recommendations of the American College of Trial Lawyers on Major Issues Affecting Complex Litigation*, in 90 F.R.D. 1981, 207 ss.; *Report of The Special Committee for The Study of Discovery Abuse*, *Section of Litigation American Bar Association*, Chicago 1977, 1980.

processo – viene denunciato per escludere l'accoglimento, totale o comunque acritico, di tale meccanismo anche per i procedimenti presso le *administrative agencies*⁶⁶.

Si collocano pienamente entro questa prospettiva le altre due tendenze di riforma indicate in precedenza. Sia la particolare attenzione riservata negli ultimi anni ai *rulemaking proceedings*, sia la diversa impostazione generale dei problemi dell'*administrative process* riflettono, infatti, la tendenza a non considerare più le soluzioni apprestate per il processo ordinario come l'unico ed esclusivo modello di riferimento.

6. 'Informal rulemaking', 'management approach' e poteri del giudice

Occorre una premessa riguardo al primo dei due fenomeni sopra indicati, onde evitare equivoci o confusioni. Come si è incidentalmente rilevato a più riprese in precedenza, la radicale diversità degli scopi che con l'esercizio del *rulemaking power* e dell'*adjudicative power* la pubblica amministrazione intende perseguire (nel primo caso la produzione di norme regolamentari, nel secondo di decisioni) restringe nettamente le possibilità di raffronto fra i due procedimenti. Tali possibilità si riducono in sostanza al loro raffronto sul piano dei modi di risoluzione del contenzioso derivante dall'esercizio di queste due diverse forme di *administrative power*, nell'ambito dei *rulemaking proceedings* e degli *adjudicative proceedings*.

L'interesse che si riscontra negli ultimi anni per i *rulemaking proceedings* si giustifica con il fatto che si tende a considerarli come possibili modelli per la riforma della struttura della fase iniziale dei procedimenti presso le *administrative agencies*. In effetti, questo interesse può apparire come un mero aggiustamento all'interno del modello tradizionale di *administrative process*, già sommariamente descritto. Tuttavia, il tono assunto dal dibattito in materia indica come questo fenomeno, pur conservando il carattere di un tentativo di riforma del sistema e non di una sua radicale trasformazione, sia una significativa manifestazione della tendenza a impostare in maniera comunque originale i problemi del processo amministrativo.

In estrema sintesi, il procedimento di *rulemaking* viene considerato più idoneo di quello di *adjudication* a interpretare le esigenze di riforma dell'*administrative process* in ragione del suo carattere originariamente meno formalizzato o conforme al modello del *judicial process*⁶⁷. Di qui l'attenzione per questi tipi di procedimento, nel tentativo di elaborare

⁶⁶ Sul problema dell'*abuse* nel processo amministrativo, e sulle preoccupazioni manifestate in dottrina sui rischi del *delaying* dei tempi del processo a seguito dell'adozione di *discovery devices* simili a quelli del processo ordinario, cfr., ad es., H.L. SHNIDERMAN, *Securing Adequate Discovery in Administrative proceedings*, cit., 169; *Panel Discussion, Pre-trial Discovery and Preparation for Trial*, in 20 *Adm. L. Rev.* 1967, 75; R.A. BOURQUE, *S.E.C. v. Wheeling Pittsburgh Steel Corp. Bad Faith and Abuse of Process Defense to Administrative Subpoenas*, in 82 *Harv. L. Rev.* 1971, 612 ss.; S.D. MONTGOMERY, *Discovery in Federal Administrative Proceedings*, cit., 1061 ss.; N. KAUFMAN, *Have Administrative Agencies Kept Pace with Modern Court-Developed Techniques Against Delay?*, cit., 103 ss.

⁶⁷ Nella vasta letteratura in materia v., ad es., R.F. FUCHS, *Development and Diversification in Administrative Rulemaking*, in 72 *Nw.U.L. Rev.* 1977, 86-93 ss.; R.W. HAMILTON, *Procedures for the Adoption of Rules of General Applicability: The Need for Procedural Innovation in Administrative Rulemaking*, in 60 *Cal. L. Rev.* 1972, 1276 ss.; B.M. CLAGETT, *Informal Action-Adjudication. Rulemaking: Some Recent Developments in Federal Administrative Law*, in *Duke L. J.* 1971, spec.

un nuovo modello di procedimento di *rulemaking* in fase contenziosa, tale da non rendere più necessario il ricorso ad *adjudicative proceedings*, così annullando quel «dualismo procedimentale» da sempre caratteristico del sistema della giustizia amministrativa statunitense⁶⁸.

Come suggeriscono anche le definizioni utilizzate con maggiore frequenza – *hybrid* o *informal rulemaking* – questo modello di procedimento non ha raggiunto un grado di elaborazione che consenta di individuarne con precisione i caratteri principali⁶⁹. Per questa ragione – oltre che per i limiti oggettivi del presente lavoro – sembra sufficiente rilevare qui il dato che collega tale fenomeno con l'argomento in esame: ovvero, l'approccio riservato al problema della *judicial review*.

Indipendentemente da come in concreto vengono configurate le caratteristiche strutturali dell'*Informal rulemaking*, una caratteristica comune ai tentativi di costruire un modello di *administrative proceeding* unico – in sostituzione di quello *trial-type* tipico dell'*adjudicative process* e, in parte, anche del *formal rulemaking process* – è la tendenza a ridurre, e quasi a eliminare, l'incidenza sui procedimenti amministrativi della *judicial review* del giudice ordinario⁷⁰. Se si tiene conto della funzione generalmente esercitata dalla *judicial*

70 ss.; L. KESTENBAUM, *Rulemaking Beyond A.P.A.: Criteria for Trial-type Procedures and the F.T.C. Improvement Act*, in 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 1976, spec. 689.

⁶⁸ Si tratta di una concezione da tempo largamente diffusa; così cfr. D.L. SHAPIRO, *The Choice of Rulemaking or Adjudication in The Development of Administrative Policy*, in 72 *Harv. L. Rev.* 1965, 921 ss.; parla di «*mixed procedures*» anche R.W. HAMILTON, *op. cit.*, 1319; cfr. anche P.R. VERKUIL, *Judicial Review of Informal Rulemaking*, in 60 *Va. L. Rev.* 1974, 187 ss.; W. GELLHORN, C. BYSE, *op. cit.*, 809 ss., inoltre H.J. FRIENDLY, *Some Kind of Hearing*, in 23 *U. Pa. L. Rev.* 1975, 1267 ss.; R.L. RABIN, *Perspectives on the Administrative Process*, Boston-Toronto 1979, 271 ss.; questo problema visto in una prospettiva costituzionalistica da H.H. BRUFF, *Presidential Power and Administrative Rulemaking*, in 88 *Yale L. J.* 1979, 471 ss.

⁶⁹ Il concetto di *hybrid rulemaking* si differenzia da quello di *Informal rulemaking* per il fatto che quest'ultimo previsto nella normativa dell'A.P.A. (section 553, in 5 U.S.C.A., St. Paul Minn. 1977), di fatto la terminologia di *informal rulemaking* si estesa a ogni manifestazione di questo fenomeno. In giurisprudenza, un esempio tipico di esso *Citizen to Preserve Overton Park v. Volpe* (401 U.S. 1972, 136 ss.). In materia, cfr. J.V. DE LONG, *Informal Rulemaking and the Integration of Law and Policy*, in 65 *Va. L. Rev.* 1979, 262 ss. (e letteratura citata); R. McMILLAN, T.D. PETERSEN, *Permissible Scope of Hearings, Discovery and Additional Fact-Finding During Judicial review in Informal Agency Action*, in *Duke L. J.* 1982, 333 ss.; N.L. NATHANSON, *Probing the Mind of the Administrator: Hearing Variations and Standards of Judicial Review under Administrative Procedure Act and Other Federal Statutes*, in 75 *Colum. L. Rev.* 1975, 723, 762, 768; B.M. CLAGETT, *Informal Action-Adjudication*, cit., 7.

⁷⁰ Così in *Vermont Yankee Nuclear Corp. v. Natural Resources Defense*, emblematico di questa tendenza in quanto l'autonomia procedurale delle *agencies* viene riconosciuta non richiedendo il rispetto negli *administrative proceedings* degli stessi standards processuali del processo ordinario; escludendo che il modello di procedimento possa essere oggetto di *judicial review* (cfr. 435 U.S. 1978, 460 ss., spec. 467). Collegata al problema della delimitazione del *judicial intervention* l'elaborazione del concetto di «*exhaustion requirement*» (esaurimento di tutti gli *administrative remedies* prima del possibile ricorso ad un *judicial process*), cfr., ad es., NOTE, *Limiting Judicial Intervention on Ongoing Administrative Proceedings*, in 129 *U. Penn. L. Rev.* 1980, 452 ss. Sul caso citato e i problemi connessi, cfr. K.C. DAVIS, *Administrative Common Law and the Vermont Yankee Opinion*, in *Utah L. Rev.* 1980, 1 ss.; J.V. DE LONG, *op. cit.*, 309 ss., 314; C. BYSE, *Vermont Yankee and the Evolution of Administrative Procedure: A Somewhat Different View*, in 91 *Harv. L. Rev.* 1978,

review nell'ambito dell'*administrative process*, un simile dato appare significativo, in quanto esso sembra indicare una tendenza di riforma anche per quanto riguarda l'*enforcement* dei provvedimenti in materia di prova emessi nel corso degli *administrative proceedings*.

Tale funzione è, in definitiva, soprattutto quella di garantire una notevole formalizzazione dei procedimenti amministrativi. In effetti, l'esercizio del controllo sulle attività degli *administrative judges* attraverso un *judicial process*, fa sì che il giudice ordinario estenda ai procedimenti controllati gli standards procedurali propri del procedimento di controllo. Di fatto, nella *judicial review*, la conformità con i principi dell'*adversary trial* costituisce il criterio-base del controllo sui provvedimenti presi nel corso degli *administrative proceedings*⁷¹. Di qui la constatazione che, in questa prospettiva almeno, alla base dell'adozione nei procedimenti amministrativi del modello di processo caratteristico del processo ordinario di *common law* si pongono soprattutto ragioni di salvaguardia della logica e dell'omogeneità complessiva del sistema.

Tuttavia, fenomeni come quello in esame indicano il venire meno di tali ragioni. Sul piano sistematico, la progressiva affermazione di procedimenti come l'*Informal rulemaking*, data la diversità del modello processuale di riferimento – in ogni caso non *trial-type* – appare, infatti, inconciliabile con il mantenimento di un meccanismo di controllo come la *judicial review*. Ciò sembra particolarmente rilevante per quanto qui interessa, se si tiene conto che – come si è rilevato in precedenza – proprio il meccanismo della *judicial* rappresenta nell'*administrative process* tradizionale il 'passaggio obbligato' per l'*enforcement* dei provvedimenti in materia di prova degli *administrative judges*⁷².

1823 ss.; W.H. ROGERS, *A Hard Look to Vermont Yankee Environmental Law Under Close Scrutiny*, in 67 *Geo. L. Rev.* 1979, 699 ss.; P.R. VERKUIL, *The Emerging Concept of Administrative Procedure*, cit., 309 ss.; C. BYSE, *The Department of Energy Organization Act: Structure and Procedure*, in 30 *Adm. L. Rev.* 1978, 205 ss.

⁷¹ Nella vasta letteratura che di recente ha analizzato il problema delle modificazioni intervenute nello scopo e nell'oggetto del *judicial review*, cfr., ad es., D.J. GIFFORD, *Administrative Rulemaking and Judicial review: Some Conceptual Models*, in 65 *Minn. L. Rev.* 1980, 63 ss.; Id., *Rulemaking and Rulemaking Review: Struggling Towards a New Paradigm*, in 32 *Adm. L. Rev.* 1980, 577 ss.; J.S. AUERBACH, *Informal Rulemaking: A Proposed Relationship Between Administrative Procedure and Judicial Review*, in 72 *N.W.U.L. Rev.* 1977, 17-23; J.L. MASHAW, *The Supreme Court's Due Process Calculus for Administrative Adjudication in Matthew v. Elridge: The Factors in Search of a Theory of Value*, in 44 *U. Chi. L. Rev.* 1976, 39 ss.; C. BYSE, *Scope of Judicial Review in Informal rulemaking*, in 33 *Adm. L. Rev.* 1981, spec. 187; J.S. WRIGHT, *New Judicial Requisites for Informal Rulemaking: Implications for The Environmental Impact Statement Process*, in 29 *Adm. L. Rev.* 1977, spec. 63-64; R.J. PERCE, D.L. SHAPIRO, *Political and Judicial Review of Agency Action*, in 59 *Tex. L. Rev.* 1981, 1180, 1190 ss.; per una visione tradizionale ('interna') del problema, cfr. W.F. PEDERSEN, *Formal Records and Informal rulemaking*, in 85 *Yale L. J.* 1975, 82 ss. Di recente, cfr. W.H. ROGERS, *A Fresh Look at Agency 'Discretion'*, in 57 *Tul. L. Rev.* 1983, spec. 815.

⁷² Si veda quanto nel testo *supra*. Per un esempio di concezioni ancora molto legata al modello tradizionale di *enforcement*, ad es., cfr. C.R. KENNEDY, *Introduction to The Symposium on Judicial Review*, in *Informal Rulemaking*, in 33 *Adm. L. Rev.* 1981, 175 ss.; C. MCGOWAN, *Reflections on Rulemaking Review*, in 53 *Tulane L. Rev.* 1979, 681 ss.; *Note: The Judicial Role in Defining Procedural Requirements for Agency Rulemaking*, in 87 *Harv. L. Rev.* 1974, spec. 805. Parzialmente su questa linea di favore per l'esercizio di un controllo molto minuzioso sull'*administrative action* (e, ovviamente, *adjudications*), J.S. WRIGHT, *Courts and The Rulemaking Process: The Limits of The Judicial Review*, in 59 *Corn L. Rev.* 1974, spec. 395; in questo noto studio, tuttavia, viene assunta posizione molto possibilistica verso l'introduzione di nuove forme di *judicial review* e di

In questa prospettiva, la riduzione dell'incidenza della *judicial review* nell'*informal rulemaking* consente di prevenire significativi sviluppi. La cessazione del ruolo determinante svolto dal giudice ordinario in fase di *enforcement* sembra una conseguenza molto probabile di questo fenomeno. Il mantenimento di questo ruolo contrasterebbe, infatti, logicamente con la tendenza emergente a risolvere i problemi del processo amministrativo in maniera originale – o, per usare un'espressione ricorsa di frequente nel corso di questo lavoro, 'dall'interno' – rifiutando, o comunque tentando di ridurre al minimo, le formalità mutate dalla struttura del processo ordinario di *common law*.

Utilizzando in senso inverso le stesse ragioni di logica interna del sistema sopraindicate, non sembra, in sostanza, prevedibile che la effettiva comminazione delle *sanctions* minacciate dagli *administrative judges* continui ad essere considerata un potere esclusivo del giudice ordinario nel corso di un *judicial process*. L'estensione anche di un simile potere al giudice amministrativo appare un'esigenza ineliminabile per l'immediato futuro. Si è sottolineato a più riprese che ciò comporta un deciso affrancamento dei modelli di *sanctions* necessariamente *judicial* – ovvero appartenenti alla *inherent power* del giudice ordinario –, come il *contempt of court*. In ogni caso, come si è visto, questa è anche la strada imboccata dalle normative in materia di *discovery* delle singole *administrative agencies*.

Conferma queste previsioni l'ultimo fenomeno indicato, cioè il progressivo affermarsi della tendenza a trasformare radicalmente l'approccio complessivo verso i problemi dell'*administrative process*. La vasta estensione e i profili tuttora incerti consentono solo cenni sommari a questo fenomeno, il cui rilievo oggettivo è comunque notevole. L'adozione di una diversa *philosophy* dell'*administrative process* coincide, infatti, con la ricerca di una nuova metodologia per affrontarne i problemi: il cosiddetto *management approach*.

Si tratta, per la sua stessa natura, di una tendenza che non consente precise definizioni. In linea di larga massima, il suo carattere di fondo può essere individuato nel superamento del modello *trial-type* di procedimento amministrativo e nella sua sostituzione con forme di giustizia rapide e informali⁷³. Due ulteriori dati caratterizzano questa tendenza: la profonda elaborazione teorica cui viene sottoposta l'esigenza di superare il modello di procedimento tradizionale, e, per altro verso, la mancata individuazione di specifiche soluzioni tecniche valide per ogni tipo di *administrative proceeding*.

rulemaking, in un periodo che lo stesso autore definisce come «*age of rulemaking*»; v. anche W.D. DIXON, *Rulemaking and The Myth of Cross-Examination*, in 31 *Adm. L. Rev.* 1982, 390 ss.

⁷³ In questo senso, ad es., cfr. J.L. NASHAW, *The Management Side of Due Process: Some Theoretical and Litigation Notes on The Assurance of Accuracy, Fairness and Timeliness in The Adjudication of Social Welfare Courts*, in 59 *Corn. L. Rev.* 1974, 776 ss.; ID., *Conflict and Compromise Among Models of Administrative Justice*, in *Duke L. J.* 1981, 183 ss.; W.D. POPKIN, *The Effect of Representation in Nonadversary Proceedings: A Study of Three Disability Programs*, in 62 *Corn. L. Rev.* 1977, spec. 1006. Nonostante l'ottica iniziale, molto significativo per la perplessità complessiva circa il mantenimento del modello procedurale *trial-type* F.K.C. DAVIS, *Judicialization of Administrative law: The Trial Type Hearing and the Changing Status of the Hearing Officer*, in *Duke L. J.* 1977, 389, 406; sulla stessa linea, cfr. C.H. KOCH, B.R. RUBIN, *A Proposal for a Comprehensive Restructuring of the Public Information System*, in *Duke L. J.* 1979, spec. 59, n. 154; R.L. RABIN, *Administrative Law in Transition: A Discipline in Search of an Organizing Principle*, in 72 *N.W.U.L. Rev.* 1977, spec. 144 ss.; così anche B.B. BOYER, *Alternatives to Administrative Trial-type Hearings for Resolving Complex Scientific, Economic, and Social Issues*, in 71 *Mich. L. Rev.* 1972, spec. 150.

Nell'apparente contraddizione fra questi dati sembra consistere l'elemento tipico e originale del *management approach*. Infatti, con questa tendenza non si intende proporre una nuova tecnica in senso proprio per il processo amministrativo, ma una metodologia da cui farne derivare le tecniche per affrontare nella loro attuale complessità i problemi dell'*administrative process*⁷⁴. La necessità di un generale *refinement of strategies* viene prospettata tenendo conto del carattere ormai molto diversificato della categoria degli *administrative cases*; all'interno della quale l'esistenza sempre più frequente di *big cases* – come avviene per il processo ordinario – è solo l'esempio più significativo⁷⁵.

In tal modo viene posta un'esigenza di *quality of justice* che, se non può essere soddisfatta dai rigidi meccanismi del processo *adversary*, in concreto non consente neppure l'elaborazione di uno specifico modello alternativo di *administrative proceeding*. In realtà – come risulta dalla sua stessa definizione – nel *management approach* la sola direttiva di riforma alla quale viene fatto costante richiamo è rappresentata dal rilievo attribuito al ruolo dell'*administrative judge*. Consentire a quest'ultimo i più ampi poteri e strumenti per gestire la controversia nella sua fase iniziale secondo le necessità del caso concreto appare l'obiettivo principale di questa tendenza⁷⁶.

In questa prospettiva è comprensibile la mancanza di indicazioni precise anche per quanto riguarda il problema del mutamento del ruolo del giudice nella fase iniziale degli *administrative proceedings*. Appare comunque significativa la frequenza con la quale viene sottolineato il ruolo centrale che, nella soluzione delle controversie presso le *administrative agencies*, deve assumere la fase denominata generalmente *pre-hearing conference*, nella quale sia possibile per l'*administrative judge* valutare la sufficienza dei mezzi di prova allegati dalle parti, imponendo loro una rigida graduazione dei tempi e dei modi delle attività di *discovery*⁷⁷. Peraltro, il dato più significativo di questo fenomeno è che esso fornisce un

⁷⁴ Cfr. in particolare J.L. MASHAW, *Conflict and Compromise Among Models of Administrative Justice*, cit., spec. 195 ss.; ID., *Bureaucratic Justice*, New Haven 1983, 172, 190.

⁷⁵ Per quanto riguarda il concetto di «*refinement of strategies*», cfr. J.L. MASHAW, *The Management Side of Due process*, cit., spec. 749, 804, 811. Per quanto invece riguarda il problema del '*big case*' e le strategie per affrontarlo, cfr., soprattutto, P.R. VERKUIL, *A Critical Guide to the Regulatory Flexibility Act*, in *Duke L. J.* 1982, 214 ss.; della categoria del '*big case*' amministrativo, fra gli altri, si occupa, sotto il profilo dell'esistenza massiccia di *complex administrative litigation*, D.J. GIFFORD, *op. cit.*, 66 ss.; per una visione del problema sotto il profilo dell'organizzazione delle difese in questo tipo di controversie ove anche sottolineato che il *management approach* un'esigenza naturale della pratica processuale nel *big* o *complex case* cfr. R.A. BOURQUE, *S.E.C. v. Pittsburgh Steel Corp. Bad Faith and the Abuse of Process Defense to Administrative Subpoenas*, in 82 *Colum. L. Rev.* 1982, 819 ss.; N.J. COHEN, *Settling Litigation: A New Role for Regulatory Lawyers*, in 67 *A.B.A.J.* 1981, 878 ss.; sul problema del '*big case*' v. anche B.B. BOYER, *op. cit.*, 145 ss.; R. B. STEVENSON, *The S.E.C. and the New Disclosure*, in 62 *Corn. L. Rev.* 1976, 50 ss., 83-84.

⁷⁶ Così, ad es., J.L. MASHAW, *op. cit.*, 801-823; ID., *Conflict and Compromise Among Models of Administrative Justice*, cit., 210; E.R. WILLIAMS, *Hybrid Rulemaking*, cit., 454.

⁷⁷ Oltre alle opere cit. nelle nn. precedenti, cfr. ad es., C.H. KOCH, *Discovery in Rulemaking*, in *Duke L. J.* 1977, 301 ss.; NOTE, *Regulatory Analyses of Judicial Review in Informal Rulemaking*, in 91 *Yale L. J.* 1982, 764 ss.; ove appare chiaro che, rispetto alle proposte di adozione dei modelli di *pre-hearing conference* avanzate negli anni '60-'70, il riferimento assume nei lavori più recenti il significato per certi versi diverso di prevedere una fase di *pre-trial* nella quale necessariamente l'*adjudicator* non abbia solo una funzione di supervisore ma possa attivamente partecipare al completamento della raccolta del materiale probatorio. Per un esempio di come il nuovo approccio

‘quadro culturale’ oggettivamente favorevole alla realizzazione delle trasformazioni previste nei fenomeni che si sono illustrati in precedenza. Esso, oltretutto, appare indicativo del superamento della tendenza a privilegiare questioni di omogeneità del sistema – e della sua coerenza interna –, in rigida aderenza al modello *trial-type* del processo ordinario⁷⁸.

Si è visto che un simile superamento consente l'adozione di misure di esecuzione endoprocessuale diverse da quelle – poche – presenti nell'assetto tradizionale dell'*administrative process* e, soprattutto, misure a completa disposizione dell'*administrative judge*. In tal modo a quest'ultimo viene in concreto aperta la possibilità di ricercare le prove anche senza il consenso delle parti.

La parallela manifestazione di un analogo processo evolutivo per quanto riguarda il processo ordinario sembra, in via indiretta, indicare questa come la linea di tendenza destinata ad imporsi nel futuro. La preferenza accordata in quest'ambito al *management approach* conduce, infatti, almeno nelle previsioni della dottrina, ad un'evoluzione molto simile del ruolo del giudice anche nel *civil discovery*⁷⁹.

Sulla base del parallelismo di queste evoluzioni, sul versante del processo amministrativo si rende possibile qualche precisazione conclusiva.

Sembra fondamentale chiarire che la tendenza a fornire al giudice amministrativo statunitense poteri manageriali nell'*administrative discovery* non corrisponde all'attribuzione a quest'ultimo di una gestione *tout court* discrezionale di questa fase del processo. Nel *management approach* è implicito anche l'ampliamento dello spazio di discrezionalità spettante all'*administrative judge* in ordine alla gestione del *discovery*. Si tratta, tuttavia, di un ampliamento che in sé non esaurisce il senso delle proposte a favore del conferimento al giudice di un ruolo manageriale nell'*administrative discovery*. Queste proposte non sembrano mirare neppure a una trasformazione radicale del ruolo di quest'ultimo, da porsi in contrasto con le concezioni del processo più radicate nel sistema angloamericano.

Una simile tendenza non prevede, in sostanza, il conferimento al giudice di autonomi poteri di iniziativa istruttoria. Ciò non giustificerebbe oltre la permanenza nella fase iniziale del processo amministrativo statunitense del *discovery*; ossia di un meccanismo per la raccolta del materiale probatorio basato sulla richiesta e lo scambio reciproco fra le parti dei mezzi di prova da esse ritenuti necessari. Come risulta da quanto si è detto più sopra, l'accoglienza di tale meccanismo è stata così ampia nel processo amministrativo da renderlo un elemento per il momento insostituibile nella struttura della fase iniziale dei procedimenti di natura contenziosa presso gli organi di giustizia delle *administrative agencies*.

inizi a riflettersi già negli emendamenti delle specifiche normative delle *administrative agencies*, v. L.W. JACOBS, T.J. COLLINS *Summary Enforcement of Federal Trade Commission Orders Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 30 *Adm. L. Rev.* 1978, 331 ss.

⁷⁸ Questa tendenza sembra imporsi ultimamente anche nelle riforme legislative attuate a livello statale, cfr., ad es., E. BONFIELD, *Rulemaking under the 1981 Model State Administrative Procedure Act: An Opportunity Well Used*, in 35 *Adm. L. Rev.* 1983, spec. 84; Id., *An Introduction to the 1981 Model State Administrative Procedure Act, Part. I General Provisions, Access to Agency Law and Policy, Rulemaking and Review of Rules*, in 34 *Adm. L. Rev.* 1982, 1 ss.; E.H. LEVINSON, *An Introduction...*, Part. II *Adjudication, Judicial Review and Civil Enforcement*, *ibidem*, 13 ss.

⁷⁹ Cfr. in particolare, J. RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, 374 ss.; W.D. BRAZIL, *The Changing Character of Civil Discovery: A Critique and Proposal for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, 1296 ss.; v. anche D.J. GIFFORD, *Discretionary Decision-making in The Regulatory Agencies: A Conceptual Framework*, in 57 *So. Cal. L. Rev.* 1983-1984, 132 ss.

Questo dato permette di attribuire un significato relativamente più preciso all'espressione *management*, per quanto riguarda l'*administrative discovery*. Sembra, infatti, prevedibile che, all'interno di un meccanismo come quello di *discovery*, l'esercizio da parte dell'*administrative judge* di poteri manageriali si sostanzi nella possibilità di disciplinare le attività di raccolta del materiale probatorio spettanti comunque alle parti, tenendo conto di esigenze di speditezza e di efficienza nel funzionamento di tale meccanismo. Se, da un lato, ciò può significare la possibilità per il giudice di stabilire tempi e modi delle attività di raccolta dei mezzi di prova, dall'altro, può consentire a quest'ultimo – per ragioni di efficienza, appunto – di delimitare tali attività ad alcune solo delle richieste di *disclosure* già formulate dalle parti o, anche, a specifiche questioni che egli stesso ritenga rilevanti ai fini della definizione della controversia⁸⁰.

Consente di formulare questa previsione anche la constatazione del fatto che, sempre nell'ambito della tendenza ad attribuire al giudice funzioni manageriali nel *discovery*, questo sia in estrema sintesi il senso delle proposte formulate di recente per la riforma della disciplina del *civil discovery* nel processo federale ordinario⁸¹.

Una simile analogia fra gli attuali stadi di evoluzione del problema del ruolo spettante al giudice nel *civil* e nell'*administrative discovery* è, paradossalmente, una dimostrazione dell'autonomia raggiunta, negli Stati Uniti, da questo problema nel processo amministrativo rispetto al processo ordinario. Se si tiene presente l'arretratezza – costantemente verificata dalla dottrina, come si è documentato nel corso di questo lavoro – delle soluzioni al problema dell'attribuzione all'*administrative judge* di poteri capaci di garantirgli la direzione attiva della fase iniziale del processo, risulta che questo problema ha avuto un'elaborazione più incisiva e rapida nel processo amministrativo, e che – negli ultimi anni almeno – tale evoluzione si caratterizza pertanto come parallela e autonoma rispetto a quella riguardante lo stesso problema nel processo ordinario.

⁸⁰ Cfr., ad es., P.R. VERKUIL, *The Emerging Concept of Administrative Procedure*, cit., 327; D.J. GIFFORD, *Administrative Rulemaking and Judicial Review: Some Conceptual Models*, cit., 66 ss.

⁸¹ Il riferimento è alle proposte elaborate dall'*Advisory Committee on Civil Rules of the United States Judicial Conference* e dallo *Special Committee for the Study of Discovery Abuse of the A.B.A. Section of Litigation*, rispettivamente in 77 F.R.D. 1978, 613 ss.; 90 F.R.D., 1981, 451 ss.; e nel *Report of the Special Committee for the Study of Discovery Abuse, Section of Litigation, American Bar Association*, Chicago dicembre 1977-gennaio 1980.

33. PARADIGMI PROCESSUALI ED *EXPERT WITNESS TESTIMONY* NEL DIRITTO STATUNITENSE*

SOMMARIO: 1. Rilievo degli aspetti processuali della decisione *Daubert*. – 2. Modalità di superamento del criterio di «*general acceptance*» accolto nella decisione *Frye*. – 3. Implicazioni di ordine epistemologico. – 4. Implicazioni di ordine processuale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Rilievo degli aspetti processuali della decisione *Daubert*

Anche presso la nostra dottrina è stato avvertito il rilievo del dibattito sollevato di recente in ambito statunitense da alcune decisioni concernenti *mass tort suits*, come quella qui riportata del caso *Daubert*¹. In particolare, ad essa si è già fatto riferimento, con attenzione agli aspetti per così dire sostanziali, avendo cioè riguardo specialmente all'illustrazione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema in tema di definizione di *massive tort cases* attraverso la ridefinizione degli *standards* di scientificità delle prove da assumere in questo tipo di controversie². Al riguardo, ha finora destato minor interesse il *côté* processuale, che invece risulta di gran lunga il più dibattuto in ambito statunitense, ove è apparsa centrale la questione della creazione di adeguati 'paradigmi' procedurali per la gestione di tali controversie³.

Si può anche prescindere dalle ragioni – di sistema, e in senso lato culturali – per la prevalente adozione di una prospettiva processualistica nelle analisi statunitensi di questi problemi; ossia la loro considerazione come essenzialmente questioni probatorie, di assunzione e di interpretazione delle nozioni fornite dagli *expert witnesses*⁴. Piuttosto, appare importante fare riferimento al merito della decisione del caso *Daubert*, tenendo conto sia degli aspetti di mutamento culturale in essa presenti sia del suo possibile riflesso sul modo di pensare al processo e al ruolo attribuito al giudice rispetto ai problemi epistemologici

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. dir. proc.* 1984, 775-818.

¹ La presente decisione è l'ultima di una serie di tre, e ovviamente anche la più interessante. Riguardo alle due precedenti, cfr. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, n. 570 F. Supp. (S.D. Cal.) 1989, 570; e, per il secondo grado, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 951 F.2d (9th Cir.) 1991, 1128.

² Cfr. G. PONZANELLI, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.* 1994, 184 ss.; anche E. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di Corporation v. Alliance Resources Corporation e AB v. Southwest Water Services*, in *Riv. dir. civ.* 1995, 137 ss.

³ Cfr., ad es., e anche per l'espressione utilizzata qui e nel titolo, M.A. BERGER, *Procedural Paradigms for Applying the Daubert Test*, in 78 Minn. L. Rev. 1994, 1345 ss.

⁴ V., in quanto emblematico, anche in ragione della *prominence* nel campo dell'A., della 'naturale' assunzione in quella cultura di una simile prospettiva di *litigation*, J. B. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in 88 Nw. L. Rev. 1994, 469, spec. 538 ss. e *passim*.

inevitabilmente connessi all'acquisizione di informazioni gnoseologicamente complesse e incerte come quelle contenute nelle *scientific evidences*⁵.

La decisione della *Supreme Court* nel caso *Daubert* realizza l'ennesima messa in discussione della nozione di «*general acceptance*» come preconditione per l'ammissibilità al processo di mezzi di prova catalogabili come *scientific evidence* sulla base delle disposizioni delle *Federal Rules of Evidence*. Ciò segna il definitivo abbandono di un'impostazione ormai molto risalente di tali problemi, e l'avvio di una nuova e diversa sensibilità a questo riguardo⁶. In effetti, la posizione della questione squisitamente epistemologica della validità/adequatezza dei criteri per l'acquisizione al processo di conoscenze scientifiche quale aspetto centrale di questa decisione scompone una visione e un insieme di criteri da lungo tempo assestati su questo terreno, e consente di catalogare come del tutto anacronistica, oggi, la soluzione elaborata oltre settant'anni fa nel caso *Frye, leading case* in materia fino all'adozione alla metà degli anni '70, delle *Federal Rules of Evidence* e alla presa di posizione della *Supreme Court* nella decisione qui tradotta⁷.

È probabile che, nonostante il sommovimento provocato, la decisione *Daubert* non giunga a rappresentare un punto fermo, una definitiva e sicuramente durevole reimpostazione del problema del divario fra cultura giuridica e questione epistemologica nel processo. In essa sono, tuttavia, presenti motivi di interesse tali da giustificare la segnalazione dell'evoluzione da essa comunque realizzata nel diritto statunitense. Ciò che appare particolarmente notevole è la circostanza che in questa decisione si mostri di tenere conto, nell'affrontare il problema della conoscenza scientifica nel processo, dei rilevanti aspetti di intrinseca ambiguità e incertezza al riguardo. Questa sembra inoltre una singolare occasione per segnalare che temi come questi ricevono in altri ordinamenti attenzione ben più approfondita che non nel nostro; ove anzi problemi come quelli oggetto della decisione che si esamina appaiono oggi complessivamente disattesi, con una diffidenza ormai ricorrente verso l'argomento dell'effettiva adeguatezza dello strumento processuale alle esigenze poste nella pratica dalla circostante evoluzione della cultura scientifica⁸.

⁵ Nella nostra dottrina, per un recentissimo intervento su questi problemi nella prospettiva di un'analisi degli aspetti di ambiguità conoscitiva propri di tali informazioni nel processo, e dell'evoluzione del relativo dibattito in ambito statunitense, cfr. M. TARUFFO, *La prova scientifica nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 219 ss.

⁶ Come esempi di decisioni in linea, rispettivamente, con l'impostazione di *Daubert*, almeno sotto questo profilo, ed espressioni dell'impostazione tradizionale, cfr. *De Luca v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, in 911 F. 2d (3rd Cir.) 1990, 941, spec. 954 ss.; *United States v. Shorter*, in 809 F. 2d (D.C. Cir.) 1987, 54, spec. 58-61.

⁷ Cfr. *Frye v. United States*, in 293 F. (D.C. Cir.) 1923, 1013; al riguardo, tra i moltissimi, cfr. ad es. P.C. GIANNELLI, *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a Half-Century Later*, in 80 *Colum. L. Rev.* 1980, 1205 ss.; B. BLACK, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, in 56 *Fordham L. Rev.*, 1988, 627 ss.

⁸ Si tratta di questioni che, in effetti, costituiscono per noi ancora un'anomalia nel panorama della cultura processualistica; non è casuale il dato della scarsa frequenza degli interventi in materia, e – con l'eccezione di M. TARUFFO, *op. loc. cit.* – il loro carattere complessivamente risalente: cfr., ad es., V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1972, 414 ss.; ID., *Testimonianza tecnica*, ivi 1962, 9 ss.; di recente, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, 307 ss.

2. Modalità di superamento del criterio di «*general acceptance*» accolto nella decisione *Frye*

Il nucleo di effettivo interesse della decisione *Daubert* si è detto consistere nel mutamento di prospettiva riguardo ai criteri per l'introduzione nel processo di conoscenze scientifiche, nella forma di *expert witness testimonies*⁹. Un mutamento che si sostanzia nell'abbandono di una logica di preventiva, e sostanzialmente non verificata, individuazione dell'adequatezza della conoscenza scientifica fornita dall'*expert witness* alle esigenze del caso concreto. Un mutamento dal quale è derivata l'esigenza di riformulare i criteri per la definizione del carattere di scientificità di tali conoscenze, in sostituzione o in aggiunta ai criteri accolti in precedenza, nonché contestualmente di reinquadramento della figura di questo tipo particolare di testimone, e della sua affidabilità.

Di più e più precisamente, con questa decisione la Corte suprema statunitense introduce la possibilità che tale verifica si realizzi attraverso la considerazione e la valutazione da parte del giudice dei processi di formazione della conoscenza scientifica messa a disposizione dall'esperto. A ciò si giunge fornendo una serie di criteri per caratterizzare come scientifici i processi di elaborazione di quei particolari tipi di conoscenze al di fuori del cosiddetto *judicial notice* (grossomodo corrispondente alla nozione di «scienza privata» del giudice) e per catalogare come scientifiche nozioni indispensabili per la definizione di una determinata controversia¹⁰.

Su questa linea, la decisione del caso *Daubert* conclude un lungo percorso di messa in discussione della soluzione accolta in quello che era stato per oltre mezzo secolo il *leading case* in materia. Nella decisione resa nel 1923 da una *district court* nel caso *Frye v. United States*, il problema dell'individuazione di un criterio per stabilire quando un mezzo di prova possa o non considerarsi manifestazione di conoscenza «scientifica» trova, in effetti, una soluzione inevitabilmente rispecchiante la cultura del tempo, generalmente caratterizzata dall'aspirazione ad una modernità intesa come possibile risistemizzazione complessiva della conoscenza¹¹. È quanto in particolare, nel caso *Frye*, sembra manifesta-

⁹ Nella massa imponente degli interventi occasionati da questa decisione – rimandando alle note *infra* ulteriori indicazioni e attenendosi alle analisi illustrative degli aspetti tipici della decisione in termini sia di *procedural law* sia di *law of evidence* – cfr., ad es., K.B. MAJMUDAR, *Daubert v. Merrell Dow: A Flexible Approach to the Admissibility of Novel Scientific Evidence*, in 7 *Harv. J. L. & Tech.* 1993, 187 ss., spec. 193 ss. (per un'analisi della decisione in esame e del contesto culturale e normativo nel quale essa interviene); R.E. COX, *Goodbye, Frye; hello Daubert!*, in *The Practical Litigator* 1994, 17 ss.; R.B. BLOMQUIST, *The Dangers of «General Observations» a on Expert Scientific Testimony: a Comment on Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 82 *Ky. L. J.* 1993-94, 711 ss. (per l'adozione di una prospettiva ampia di analisi delle implicazioni culturali della decisione); con analoga impostazione v. anche D.K. SHEINESS, *Out of the Twilight Zone. The Implications of Daubert v. Merrell Pharmaceuticals, Inc.*, in 69 *Wash. L. Rev.* 1994, 489, 493 ss.

¹⁰ Nella letteratura statunitense sul punto, in generale cfr., ad es., J. B. WEINSTEIN, *Improving Expert Testimony*, in 20 *U. Rich. L. Rev.* 1986, 475 ss. (sull'incidenza a livello di sistema della *e.t.*), 477 ss. (sulla trasformazione della *law of evidence* realizzata in materia con le *Federal Rules of Evidence*); R.L. CARLSON, *Policing the Bases of Modern Expert Testimony*, in 39 *Vand. L. Rev.* 1986, 584 ss.; R.J. ALLEN, J.S. MILLER, *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, in 87 *N.W.U.L. Rev.* 1993, 1132 ss. (sul problema della distinzione fra *facts* e *opinions*); F.F. ROSSI, *Expert Witnesses*, Chicago 1991, 11, 27 ss.

¹¹ Per il testo della decisione si rinvia alle indicazioni in nota 7.

re l'agevole soluzione del problema dell'individuabilità di criteri distintivi del carattere scientifico di alcuni tipi di conoscenze attraverso il ricorso alla nozione di «*general acceptance*», ossia attraverso la sua assimilazione alla nozione di riconosciuta e prevalente affidabilità accademica¹².

L'assunzione di una diversa prospettiva in merito a questi problemi corrisponde invece, nel caso *Daubert*, al rilievo che la Corte mostra di voler attribuire al mutato patrimonio delle conoscenze epistemologiche diffuse. In effetti, la decisione *Daubert*, sotto questo profilo in analogia del resto con quanto già fatto dalla decisione *Frye*, rispecchia l'evoluzione da tempo in atto a questo riguardo, superando l'ormai anacronistico scarto fra cultura del processo e cultura circostante oggi rappresentato dal mantenimento della logica alla base della decisione del caso *Frye*¹³. Nel fare ciò, la Corte suprema affronta appieno la complessità dei problemi connessi all'*expert testimony*, e in particolare quello del ruolo del giudice nell'ammettere e nel valutare questo mezzo di prova¹⁴.

È fondamentalmente su queste due basi, dell'adeguamento-aggiornamento della cultura del processo e del ruolo spettante al giudice rispetto al problema dell'ammissione di mezzi di prova catalogabili come *scientific evidence*, che la Corte sviluppa la sua analisi. Il primo profilo coinvolge anche il secondo, costituendone come si vedrà una sorta di

¹² Si ritiene opportuno riportare qui in originale il nucleo della decisione *Frye*, ove appunto si dà conto dell'adozione di tale soluzione: «*Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential forces of the principle must be recognized, and while the courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs*» (cfr. *Frye v. United States*, cit., 1014). Al riguardo, fra gli ovviamente innumerevoli interventi, v., ad es., F.F. ROSSI, *op. cit.*, 28 ss.; J.E. STARRS, «*A Still Life Watercolor*», *Frye v. United States*, in 27 *J. of Forensic Sciences* 1982, 684 ss.; B. BLACK, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, cit., 629 ss. (per la 'eredità' del caso *Frye*) e 618 ss. (con una analisi critica, in prospettiva storica, della cultura alla base di tale soluzione).

¹³ Per un'efficace analisi di questo aspetto del mutamento di approccio culturale realizzato dalla decisione in esame, v., in particolare, H.L. FELDMAN, *Science and Uncertainty in Mass Exposure Litigation*, (letto in bozza, come memorandum presentato il 18 novembre 1994 presso la *University of Pennsylvania Law School*).

¹⁴ Sul significato di *expert testimony* e di *scientific evidence*, per indicazioni di carattere istituzionale e comunque per un'apertura dei problemi connessi, cfr., ad es., R.J. ALLEN, R.B. KUHN, *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems, and Cases*, Boston-Toronto-London 1989, 740 ss. (ove è chiaramente evidenziato il principale problema della *e.t.*, corrispondente al suo rappresentare una fondamentale eccezione ad un altrettanto fondamentale *rule of exclusion* nell'ambito della *law of evidence*, ossia la cosiddetta *opinion rule*); C.B. MUELLER, L.C. KIRKPATRICK, *Evidence Under the Rule. Text, Cases, and Problems*, Boston-Toronto-London 1993, 691 ss.; R. DESSEM, *Pretrial Litigation. Law, Policy, and Practice*, St. Paul Minn. 1991, 253 ss. e infine, per una discussione più articolata e originale di tali problemi, v. E.J. IMWINKELRIED, *The 'Bases' of Expert Testimony. The Syllogistic Structure of Scientific Testimony*, in 67 *N.C.L. Rev.* 1988, 5 ss. (per un'analisi della disciplina delle norme in materia, le *rules 702 e 703 delle Federal Rules of Evidence*); analogamente cfr. anche R.J. ALLEN, J.S. MILLER, *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, in 87 *N.W.U.L. Rev.* 1993, 1138 (per un'analisi del problema alla luce della disciplina della *r. 702 delle Federal Rules of Evidence*); R.L. CARLSON, *Experts as hearsay conducts: confrontation abuses in opinion Testimony*, in 76 *Minn. L. Rev.* 1992, 859 ss.

premessa metodologica, e assume comunque rilievo cruciale per caratterizzare come profondamente originale la decisione in esame.

Si è definito quello qui adottato un «*sensible approach*» ai problemi sopraindicati¹⁵. Così è in effetti, se si considera l'attenzione e la cautela con la quale in questa decisione vengono affrontate questioni anomale anche per la giurisprudenza statunitense, come quelle appunto della validità delle conoscenze scientifiche all'interno del processo. E ciò in particolare alla luce dell'adozione di un atteggiamento al contempo storicizzante e relativizzante, sia riguardo all'odierno stato delle conoscenze scientifiche sia riguardo al rapporto di causalità rispetto a certe affezioni qualificabili come danni in senso giuridico¹⁶.

Il cardine e il punto di partenza dell'elaborazione della Corte è rappresentato da un rigoroso richiamo alla normativa federale in materia, e in particolare alla lettera della *rule 702* delle *Federal Rules of Evidence*¹⁷. Ciò che viene anzitutto rilevato è l'assenza nella previsione della norma di qualsiasi riferimento, esplicito o indiretto, al criterio di «*general acceptance*» formulato nella decisione *Frye*; che anzi tale criterio, nonché la logica complessiva di questa decisione, risultino superati alla luce della disciplina 'liberale' delle *Federal Rules of Evidence* a questo riguardo. In effetti, tale carattere appare del tutto manifesto nella normativa della *rule 702*, concepita anche lessicalmente come una generale apertura verso l'introduzione nel processo di particolari tipi di conoscenze (scientifiche, tecniche o altrimenti definibili), con la sola condizione – oltre a quella dell'utilità ai fini dell'accertamento dei fatti – dell'essere tali conoscenze «*qualified*»¹⁸.

La novità della decisione *Daubert* consiste appunto nella circostanza che con essa si realizza un'evoluzione segnata dal diretto interessamento del giudice al processo di formazione della «*scientific knowledge*» oggetto della disciplina della *rule 702*. In altri termini, il passaggio è dalla tendenza a definire in generale, genericamente e una volta per tutte il significato di *scientific evidence* – come avveniva nella decisione *Frye* – alla tendenza a qualificare le metodologie di acquisizione di questi tipi di conoscenze, giungendo a determinare secondo l'espressione della stessa Corte suprema, alcuni «*standards* di affidabilità probatoria»¹⁹.

¹⁵ Cfr. H.L. FELDMAN, *Science and Uncertainty in Mass Exposure Litigation*, cit., 4.

¹⁶ Riguardo alle quali in particolare, si rinvia nella nostra letteratura alle considerazioni di G. PONZANELLI, *op. loc. cit.*

¹⁷ Per il testo commentato della *F.R.E. 702* cfr., ad es., 28 *United States Code Annotated (Federal Rules of Evidence)*, St. Paul Minn. 1994, 24 ss.; v. anche, per un'analitica disamina delle caratteristiche di questa normativa a un ventennio dalla sua adozione, gli interventi al «*Symposium on the Emerging Issues in the Rules of Evidence: Federal and New York*», in 9 *St. John's J. of Legal Commentary*, 1993 (issue 1). Il testo originale della norma è il seguente: «*Testimony by Experts. If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise.*».

¹⁸ Per il testo della *rule 703*, cfr. nota 17 *supra*; sull'approccio delle *Federal Rules of Evidence* e in particolare la *rule 702* v., fra i molti, ad es., P.C. GIANNELLI, *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1994, 1999 ss. e 2007 ss. (sul diverso approccio in casi come *Frye*), 2016 e 2019 ss. (sulla diversa impostazione di tali problemi nella *rule 702* e nel caso *Daubert*).

¹⁹ Per l'espressione riportata – corrispondente all'originale «*standard of evidentiary reliability*» –, si rinvia al testo tradotto della sentenza (per il testo originale, cfr. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, cit., 2795); al riguardo, fra le molte analisi dell'approccio adottato e

In questa direzione, la Corte intraprende l'arduo tentativo di conciliare esigenze di fondatezza epistemologica e di acquisizione/gestione processuale della prova, nell'evidente intento di superare lo scarto culturale rappresentato dalla concezione manifestata nel precedente *leading case* riguardo al problema delle modalità di utilizzazione giudiziale di conoscenze scientifiche²⁰. Occorre dire subito che si tratta di un tentativo almeno in parte riuscito, dal momento che con questa decisione viene seriamente ed effettivamente posto il problema dell'esercizio da parte del giudice di uno scrutinio attento della prova scientifica²¹.

A questo fine, la logica dell'individuazione di una serie di *standards* di affidabilità probatoria si converte nell'elaborazione di una combinatoria di quattro criteri di verifica. In sintesi, si tratta: 1) della sottoponibilità a verifiche che consentano di stabilire attraverso comparazioni sistematiche la fondatezza dell'opinione dell'esperto (*testability*); 2) della pubblicazione su riviste specializzate dei risultati delle ricerche a fondamento di tale opinione (*peer review*); 3) della possibilità di conoscere anche il livello o le frequenze del suo mancato funzionamento (*rate of error*); 4) della – e con ciò parzialmente accogliendo il nucleo della decisione *Frye* – sua diffusa accettazione presso la comunità scientifica (*general acceptance*)²².

Bisogna subito dire che si tratta tuttavia di criteri da non considerare come rigidi, necessariamente da seguire applicandoli congiuntamente ove si tratti di valutare l'affidabilità scientifica di *scientific evidences*. Nello spirito di scarsa rigidità della normativa della *rule 702*, la Corte intende soprattutto adottare un atteggiamento flessibile nei confronti di questi problemi, in coerenza con la più approfondita consapevolezza culturale che emerge dal complesso della *philosophy* a fondamento delle scelte contenute nella decisione che si esamina²³. In effetti, nonostante – o anche in concomitanza con – la previsione di uno spettro di possibili modalità di verifica dell'affidabilità scientifica di certi mezzi di prova, la portata dell'apertura realizzata con *Daubert* appare ben più vasta.

Si tratta di un'apertura che attiene all'assunzione di un approccio che tende a modellare sul procedimento della conoscenza scientifica la verifica da parte del giudice del carattere della *scientific information* messa a disposizione dall'*expert witness*. Di qui la necessità che, al di là e in via ulteriore alla sottoposizione delle informazioni agli «*standards of relevance*» indicati, esse possano sperimentalmente qualificarsi come «*fitting the case*»; adeguate cioè

dell'evoluzione metodologica conseguente, cfr. K.J. CHESEBRO, *Taking Daubert's 'Focus' Seriously: the Methodology/Conclusion Distinction*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1994, 1746-1751.

²⁰ Fra i molti possibili riferimenti, cfr. N.S. FARRELL, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. Epistemology and Legal Process*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1994, 2187 ss.; D.E. BERNSTEIN, *The Admissibility of Scientific Evidence after Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, *ivi*, 2142 ss.

²¹ Così, ad es., in D.E. BERNSTEIN, *op. cit.*, 2139.

²² Cfr., con riguardo al testo originale della sentenza, *Daubert v. Merrell*, *cit.*, 295-297.

²³ La netta assunzione di un atteggiamento 'liberale' a questo riguardo nella decisione *Daubert* è messa in luce in quasi tutti i commenti relativi; così, ad es., cfr. S.M. HASSIG, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals: the Standard for Admitting Expert Testimony*, in 26 *Ariz. St. L. J.* 1994, 226; K.A. SATTERWHITE, *Taking the Sizzle Out of the Frye Rule. Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Opens the Door to Novel Expert Testimony*, in 28 *U. Rich. L. Rev.* 1994, 543; C.C. SKAGGS, *Evidence: say good-bye to the Frye «General Acceptance» test [Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 113 S. Ct. 2786 (1993)]*, in 33 *Washburn L. J.* 1994, 458.

al chiarimento delle specifiche circostanze di fatto oggetto della controversia²⁴. Di qui anche, e di conseguenza, quel diretto coinvolgimento del giudice nella qualificazione del livello di affidabilità scientifica della prova dell'esperto che – come si è a più riprese ribadito – caratterizza in special modo la decisione *Daubert*.

3. Implicazioni di ordine epistemologico

Si potrebbe, sintetizzando, affermare che *Daubert* introduce un empirismo assente in precedenza nella catalogazione della *scientific testimony*. Ciò tuttavia costituirebbe al contempo una forzatura e una semplificazione sostanzialmente mistificanti l'effettivo significato della svolta che questa decisione realizza. Se pure, popperianamente, la Corte sostiene come «*sole distinguishing feature of science*» la verifica empirica (*testability*), più ampio e raffinato o semplicemente più aggiornato appare il bagaglio culturale del quale viene fatto uso. Si assiste invero ad un sostanziale superamento dell'empirismo logico in favore di una sua versione ulteriormente elaborata – «*revised empiricism*» –, che tende a combinare verifica empirica a quello che viene definito «*scientists' collective judgment*»²⁵.

L'adozione di una prospettiva come questa appare soprattutto significativa sotto un profilo: essa impone al giudice di tenere costantemente conto nella qualificazione del carattere di scientificità dell'*expert evidence* dello stato di naturale incertezza della conoscenza scientifica, della sua intrinseca dinamicità e costante possibilità di revisione. Una circostanza che, escludendo l'esistenza di una «*absolute finality*» o stadio definitivamente conclusivo della ricerca, virtualmente legittima comunque l'attenzione e l'accoglimento di teorie minoritarie ed emergenti anche in presenza della schiacciante prevalenza di un certo indirizzo teorico in specifici ambiti della ricerca scientifica²⁶.

È stato osservato che la prospettiva adottata in *Daubert* ha il suo nucleo nella circostanza che, piuttosto del risultato, sono le modalità del suo raggiungimento che qualificano come «*good science*» una certa concezione scientifica²⁷. Sembra notevole il possibile impatto sul versante del processo di questa combinatoria di atteggiamento lockiano-newtonia-

²⁴ Danno conto di questo fondamentale passaggio evolutivo, oltre a gran parte dei lavori indicati nelle note *ante*, ad es. R. FRIEDMAN, *The Death and Transformation of Frye*, in 34 *Jurim. J.* 1994, 139 ss.; D.W. SHUMAN, E. WHITAKER, A. CHAMPAGNE, *An Empirical Examination of the Use of Expert Witnesses in the Courts. Part II: A Three-city Study*, *ivi*, 193 s.; sulla linea di una critica radicale dello stato delle cose precedente alla decisione *Daubert* ma già in regime di *Federal Rules of Evidence*, v. N. HOLLANDER, *Proposed Amendments to the Federal Rules on Admissibility of Scientific Evidence: A Defense Counsel's Perspective*, in 115 *F.R.D.* 1987, 121 ss.; a livello monografico, per un'attenta considerazione di questi problemi metodologici, cfr. P.C. GIANNELLI, E.J. IMWINKELRIED, *Scientific Evidence*, 2ª ed., Charlottesville 1993, I, 138 ss.

²⁵ Per un'analisi in questa prospettiva di *Daubert* cfr., ad es., H.L. FELDMAN, *Science and Uncertainty*, cit., 12 ss., 25 ss.

²⁶ Si rinvia alle considerazioni nel testo dell'originale di *Daubert v. Dow Pharmaceuticals, Inc.*, cit., 2796 ss.

²⁷ In questi termini («*It is how the conclusions are reached, not what the conclusions are, that makes them 'good science'*») in effetti si esprime uno dei numerosi *amici curiae briefs* – il n. 22 – relativi al caso *Daubert*, cfr. 113 *Supreme Court Reporter* 1993, 2786 s.; al riguardo, v. anche E.J. IMWINKELRIED, *The Next Step after Daubert: Developing a Similar Epistemological Approach to Ensuring the Reliability of Nonscientific Expert Testimony*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1994, 2277 ss.

no e della più recente revisione critica del valore della conoscenza scientifica²⁸. L'approccio epistemologicamente 'aperto' della decisione *Daubert* ha infatti rilevanti implicazioni sul ruolo del giudice; sia a fronte, in generale, del problema dell'utilizzazione nel processo di mezzi di prova scientifica sia, più settorialmente e come nel caso di specie, con riferimento alla soluzione di tali problemi in controversie come quelle denominate *mass tort* o di *mass exposure litigation*²⁹.

La soluzione accolta nella decisione *Daubert* implica una evidente presa d'atto da parte del giudice del carattere di costante e inevitabile incertezza nella determinazione delle conoscenze scientifiche³⁰. È tenendo conto – o, più oggettivamente, – in ragione di questa condizione che al giudice spetta di svolgere come principale ruolo a questo riguardo quello di *gatekeeper*. Lo si ripete, si tratta tuttavia di un'attività di controllo intesa a non pervenire immediatamente alla selezione dell'assoluta prevalenza di una *expert opinion* rispetto ad altre, ma piuttosto alla determinazione del carattere di *genuine scientific knowledge* delle 'perizie' fornite dalle parti, con un'attenzione centrata «*solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate*»³¹.

È nel quadro di queste nuove premesse culturali che si colloca il problema della gestione in forma di *expert evidences* dei risultati di ricerche scientifiche in certi particolari tipi di processo, come quelli indicati sopra. Ciò in ragione del carattere al contempo preciso e vago del messaggio lanciato da *Daubert*, ma anche delle intrinseche caratteristiche di controversie come soprattutto i *mass exposure lawsuits*.

In effetti, mentre in positivo *Daubert* segnala inequivocabilmente l'accoglimento di due nuove direttive per affrontare i problemi di qualificazione dell'affidabilità dei mezzi di prova scientifica nel processo, in negativo si è rilevato come ciò non giunga a fornire una sufficiente *guidance* a fronte dell'effettiva complessità delle questioni oggetto di questo tipo di controversie³². Il senso di tali direttive nella soluzione adottata in *Daubert* può essere nella sua essenza così ribadito: da un lato la necessità e la possibilità della qualificazione di scientificità della conoscenza/*opinion* messa a disposizione attraverso la *expert testimony*; dall'altro il dovere del giudice di procedere a tale qualificazione, ossia di non limitarsi ad accogliere come per ciò stesso scientifici i contenuti delle *expert opinions* ma

²⁸ In particolare della lezione di Thomas S. Khun, cfr. T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolution*², Chicago 1970, 10 ss. e 18 ss.

²⁹ Sul punto, nella letteratura italiana, si rinvia a G. PONZANELLI, *op. loc. cit.*

³⁰ Ne danno conto con particolare serietà di indagine C.T. HUTCHISON, D.S. ASHBY, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: Redefining the Bases for Admissibility of Expert Scientific Testimony*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1994, 1879 ss.; per un'analisi del progressivo avvicinamento alla soluzione qui adottata, in ambito giurisprudenziale e in genere nella cultura giuridica statunitense, v. A. MASKIN, *The Impact of Daubert on the Admissibility of Scientific Evidence: the Supreme Court Catches Up with a Decade of Jurisprudence*, *ivi*, 1929 ss.; inoltre in questa prospettiva cfr. anche P.S. MILICH, *Controversial Science in the Courtroom: Daubert and the Law's Hubris*, in 43 *Emory L. J.* 1994, 913 ss.; J.S. MILLER, *Daubert and Junk Science: Have Admissibility Standards Changed?*, in 61 *Def Couns. J.* 1994, 501 ss.

³¹ Fra le molte analisi di questo aspetto della decisione *Daubert*, v. D.E. BERNSTEIN, *The Admissibility of Scientific Evidence after Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1994, 2145 ss.; per la frase in originale del testo della decisione cfr. *Daubert v. Merrell*, cit., 2797.

³² Così cfr. specialmente H.L. FELDMAN, *op. cit.*, 36-53.

di ingerirsi nella verifica del loro carattere per così dire di ‘scienza scientifica’ attraverso l’analisi delle metodologie a loro fondamento.

È in ragione del suo prevalente carattere di apertura di ordine generale, piuttosto che di soluzione detagliata di specifici problemi, che questa presa di posizione della Corte suprema nel caso *Daubert* è apparsa a parere dei commentatori fondamentalmente inadeguata a fornire un’effettiva soluzione alle questioni poste dall’acquisizione e dall’utilizzazione di *expert testimonies* in controversie come quelle di *mass exposure*³³. Comprensibilmente, del resto, se si considerano le caratteristiche di questo tipo di controversie non esempi di *strict liability litigation*, ma piuttosto fondate su domande nelle quali in via principale viene allegata la inefficacia/dannosità per vaste categorie di soggetti di intere linee di prodotti per ragioni strutturali alle modalità della loro realizzazione³⁴. Si tratta intuitivamente di questioni che prevedono un livello di incertezza molto rilevante circa il complesso delle cause (*causation*) della difettosità del prodotto, e riguardo alle quali il *dictum* della Corte suprema in *Daubert* può in effetti apparire non privo di ulteriori dati di problematicità.

4. Implicazioni di ordine processuale

a) Sul piano processuale non risulta infatti del tutto neutra questa presa d’atto in *Daubert* del carattere spesso non conclusivo, in termini appunto di *causation*, delle informazioni scientifiche contenute nelle *expert opinions* di parte. Se si tiene conto delle finalità di base del diritto dei *torts* – in termini di allocazione delle risorse per i risarcimenti ai danneggiati, di deterrenza delle attività eventualmente dannose, di imposizione del pagamento dei danni subiti; il tutto sulla base dei due fondamentali criteri di *negligence* e di *strict liability* – sembra agevolmente apprezzabile lo sfasamento introdotto sul piano della cultura giuridica con la soluzione adottata in questa decisione³⁵. In effetti, pur non ricorrendo in una controversia di *mass exposure* la necessità di stabilire lo stretto rapporto di causa effetto presente in un tradizionale *tort suit*, anche in tale circostanza permane pur sempre l’esigenza di fondare in fatto il collegamento fra l’assunzione di un prodotto e i danni ai quali si è trovata esposta una categoria virtualmente estesa di soggetti³⁶.

Di qui – come conseguenza della *philosophy* accolta in *Daubert* e soprattutto della pervasiva presa d’atto dell’incertezza spesso collegata ai dati della conoscenza scientifica

³³ Così, ad es., cfr. R.F. BLOMQUIST, *The Dangers of «General Observations» on Expert Scientific Testimony: a Comment on Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 82 Ky. L. J. 1994, 708 ss. e 711 ss. (ove viene ampiamente e con adesione fondamentale dato conto della presa di posizione del giudice Rehnquist nella sua in parte *concurring* e in parte *dissenting opinion*, specie sul punto della troppo rapida soluzione dell’equivalenza fra «scientific knowledge» e «scientific method» [7111]); D.K. SHEINESS, *Out of the Twilight Zone: the Implications of Daubert v. Merrell Pharmaceuticals, Inc.*, in 69 Washington L. Rev. 1994, 491 ss.; *Comment, Taking the Sizzle out of the Frye Rule: Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Opens the Door to Novel Expert Testimony*, in 28 U. Rich. L. Rev. 1994, spec. 544 ss.

³⁴ Per un’analoga definizione cfr., essenzialmente, H.L. FELDMAN, *op. cit.*, 51.

³⁵ Si rinvia ancora a H.L. FELDMAN, *op. loc. cit.*, per una chiara illustrazione dei problemi che la *philosophy* accolta in *Daubert* virtualmente pone all’interprete.

³⁶ Specificamente sul punto cfr. J. SANDERS, *From Science to Evidence: the Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, in 46 Stan. L. Rev. 1993, 14-16 (su *general* e *specific causation*), 64 ss. (sulla decisione *Daubert*).

nonché, come nel caso di specie, della notevole insicurezza registrata circa il complesso dei collegamenti causali (*general causation*) – si sono prospettati forti problemi sia sul versante dell'attore sia su quello del convenuto. Problemi in particolare per l'attore, in ragione degli oneri di allegazione a questi spettanti, con le difficoltà di farvi fronte ovviamente aumentate dall'atteggiamento di riconosciuta incertezza delle conoscenze scientifiche proprio del *dictum* di *Daubert*; posta anche la previsione della *federal rule of evidence* 102³⁷. In subordine, e con un minore livello di prevedibile drammaticità, problemi appaiono prospettabili anche per il convenuto, ove si consideri l'eventualità che il riconoscimento della permanente incertezza circa i dati provenienti dalla ricerca scientifica giunga a trasformarsi in indirizzi giurisprudenziali sostanzialmente lassisti riguardo, per converso, all'introduzione nel processo di *expert opinions* da parte dell'attore³⁸.

Sembra comunque significativo a questo proposito che nella finora più rilevante decisione successiva – «*in re*» *Paoli*³⁹ – non si registri alcun rifiuto della concezione elaborata in *Daubert*, ma piuttosto una sua conferma molto decisa nella sostanza, sulla linea dell'ulteriore precisazione dei parametri di valutazione già delineati. In effetti, come prosecuzione dell'indirizzo avviato con *Daubert*, la decisione resa «*in re*» *Paoli* si attesta sulla linea del doveroso esercizio da parte del giudice di una funzione di *gatekeeping* rispetto all'introduzione di mezzi di prova scientifica nel processo⁴⁰. Appaiono tuttavia sottolineati in questa decisione aspetti e parametri per l'esercizio di tale attività che già segnalano progressi nella precisazione dell'indirizzo avviato con *Daubert*.

Così è se si considera che risulta, in primo luogo, manifesto «*in re*» *Paoli* l'intento di promuovere – sulla base dell'impostazione adottata in *Daubert* – verifiche tendenzialmente molto accurate dell'affidabilità della *expert opinion* da parte dei giudici⁴¹. Una volta ribadita la centralità della verifica del processo di formazione della *opinion* dell'esperto come condizione della sua ammissibilità, viene inoltre precisato che rispetto a ciò costituisce una precondizione insuperabile l'effettiva utilità del mezzo di prova ai fini della definizione della controversia (l'esistenza cioè di una «*valid scientific connection to the pertinent inquiry*»)⁴².

³⁷ Si fornisce al riguardo il testo originale di questa norma che costituisce una delle *general provisions* delle *Federal Rules of Evidence*: «*These rules shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined*»; in proposito cfr., ad es., W.A. REISER, *1994 Supplement to Wigmore's Evidence in Trials at Common Law*, Boston-New York-Toronto-London, 1994, II, 141 ss.

³⁸ Fra i molti, a prospettare una simile ipotesi, cfr. K.A. SATTERWHITE, *Taking the sizzle out of the Frye Rule: Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Opens the Door to Novel Expert Testimony*, in 28 *U. Rich. L. Rev.* 1994, 540 ss.; R.D. FRIEDMAN, *The Death and Transformation of Frye*, in 34 *Jurim. J.* 1994, 140 ss.; A.W. TAMARELLI, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals: Pushing the Limits of Science Reliability. The Questionable Wisdom of Abandoning the Peer Review Standard for Admitting Expert Testimony*, in 47 *Vand. L. Rev.* 1994, 1195 ss.

³⁹ Per il riferimento testuale, cfr. 35, *F. (3d)* 1994, 717 ss.

⁴⁰ Cfr. «*in re*» *Paoli*, cit., 743.

⁴¹ Nel testo originale della decisione è così enunciato tale intento: «*the review requires a hard look to ensure that the district court's exercise of discretion was sound and that it correctly applied the several Daubert factors*», cfr. «*in re*» *Paoli*, cit., 732.

⁴² Cfr. «*in re*» *Paoli*, cit., 743.

Nell'ulteriore passo della decisione «*in re*» Paoli verso la realizzazione di un controllo giudiziale capace – in base al combinato delle *rules of evidence* 104 e 403⁴³ – di impedire l'ammissione di prove che possano comportare inutili complicazioni ed estensioni nel tempo delle attività processuali, si può infine ravvisare anche un sostanziale superamento della logica presente in *Daubert*. È quanto accade con il rifiuto di limitare la funzione di *gatekeeping* del giudice al controllo del metodo fondante l'opinione dell'esperto, sulla base dell'osservazione che in concreto la verifica dell'utilità per la specifica controversia dell'*expert evidence* si risolve in una valutazione delle conclusioni in essa contenute e dell'esistenza di probabili *good grounds* per la loro fondatezza⁴⁴.

b) Anche l'evoluzione realizzatasi in giurisprudenza attraverso questo parziale superamento del *dictum* di *Daubert*, nella direzione di un *hard look* del giudice che, oltre alla metodologia fondante l'opinione dell'esperto, ne coinvolga il merito, riflette parte dei problemi di adeguamento della macchina del processo alla trasformazione avviata con la sentenza che qui si considera. In effetti, le implicazioni processuali di *Daubert* appaiono notevoli e tali da comportare un ripensamento non marginale dell'assetto di alcuni momenti-cardine del modello di processo civile nonché della *law of evidence* statunitense.

Riguardo a quest'ambito potrà forse qui bastare il rilievo del possibile riflesso di questa decisione sul controverso rapporto fra regole d'esclusione – in questo caso la *opinion* e la *hearsay rule* – e la tendenza al loro sempre più vasto superamento nel processo civile in via di eccezione, come appunto con quella rappresentata dalle disposizioni delle *Federal Rules of Evidence* relative alla *expert opinion*⁴⁵. Sul terreno del rapporto fra la *hearsay rule* come *rule of exclusion* per antonomasia e l'assetto del *trial* si sono del resto tradizionalmente misurate diverse concezioni della finalità del processo civile come strumento di ricerca della verità, e delle sue effettive potenzialità a questo riguardo dato il virtuale permanere

⁴³ Al riguardo appare utile fornire il testo originario della *federal rule of evidence*, in 403: «*Exclusion of Relevant Evidence on Grounds of Prejudice, Confusion, or Waste of Time. Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading of the jury, or by consideration of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence*».

⁴⁴ Così nel testo originario della decisione: «*a challenge to fit is very close to a challenge to expert ultimate conclusion about a particular case*», cfr. ancora «*in re Paoli*», cit., 746 e 749, ove tale concetto è ulteriormente esplicitato: «*We therefore think that when a trial judge analyzes whether an expert's data is of a type reasonably relied on by experts in the field, he or she should assess whether there are good grounds to rely on this data to draw the conclusion reached by the expert*».

⁴⁵ Sul tema della *hearsay rule* come più significativa *rule of exclusion* è ovviamente vastissima la letteratura; limitandosi ad interventi recenti in ambito statunitense, v., in generale, M.R. DAMASKA, *Of hearsay and Its Analogues*, in 76 Minn. L. Rev. 1992, 425 ss. (dell'estratto); sul punto, per verifiche che danno conto dell'evoluzione recente in materia, cfr., ad es., R.D. FRIEDMAN, *Toward a Partial Economic Game-theoretic Analysis of Hearsay*, in 76 Minn. L. Rev. 1992, 723 ss.; R.J. ALLEN, *The Evolution of the Hearsay Rule to a Rule of Admission (A Response to Professor Friedman)*, ivi, 797 ss.; R.F. MCGILL, *Issues under Federal Rule of Evidence 803(18): The «Learned Treatise Exceptions» to the Hearsay Rule*, in 9 St. John's J. of Leg. Comm. 1993, 57 ss.; nella letteratura italiana, in generale sulla funzione dell'*hearsay rule* e sulla sua sistemazione statunitense nella normativa delle *Federal Rules of Evidence*, cfr. il peraltro ormai risalente A. DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civile angloamericano II*, in Riv. dir. proc. 1979, 224 ss. Più di recente, nella dottrina italiana, cfr. S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova per testimoni*, in Riv. dir. proc. 1994, 382.

della *confrontation* in presenza di una giuria fra le sue caratteristiche tecniche di fondo⁴⁶. La scelta, evidente in *Daubert*, di superare i tradizionali meccanismi di ammissione dell'*expert evidence* attraverso l'attribuzione al giudice di un potere-dovere di controllo discrezionale diretto (la cosiddetta *gatekeeping function*) sull'affidabilità del mezzo di prova sembra collocarsi pienamente all'interno della tendenza, manifestatasi in particolare nell'ultimo decennio, a rivedere radicalmente principi come quello dell'*hearsay*, relativizzandoli ulteriormente⁴⁷.

Ma è su altri aspetti di carattere prettamente processuale che i riflessi delle prese di posizione della *Supreme Court* in *Daubert* si manifestano con anche maggiore incidenza. E, in particolare, il caso del tuttora non trascurabile ricorso al *trial by jury* in controversie civili complesse; della netta prevalenza di *party appointed* rispetto a *court appointed experts*; del rapporto infine fra le questioni fin qui considerate e il meccanismo del *pre-trial discovery*. Si tratta di aspetti del processo civile statunitense rispetto ai quali la decisione *Daubert* appare comunque segnare un punto di svolta, non tanto per il fatto di denunciare palesemente alcune basilari discrasie del sistema sul piano tecnico-processuale, quanto per il fatto di evidenziarne, con ampiezza di elaborazione teorica insolita negli ultimi anni, ritardi culturali non più trascurabili.

Ciò accade, ad esempio, con riguardo ai problemi posti dalla presenza di giurie in controversie civili ove questioni come quelle considerate possano emergere. Costituisce infatti intuibilmente un argomento di ampio e risalente dibattito quello dell'effettiva possibilità per la giuria di valutare prove complesse come quelle oggetto di *expert opinion testimonies*⁴⁸. In particolare, il ruolo del giudice appare al centro delle questioni concernenti la possibilità per la giuria di apprezzare la *scientific evidence*, in una funzione genericamente definibile di tramite fra l'*opinion* dell'esperto – le sue modalità di realizzazione,

⁴⁶ Così, cfr. J. B. WEINSTEIN, *Probative Force of Hearsay*, in 46 *Iowa L. Rev.* 1961, 344 ss.; E. SWIFT, *Abolishing the Hearsay Rule*, in 75 *Col. L. Rev.* 1987, 472 ss. (ove si sottolinea la circostanza che la massa di eccezioni prevista *ex lege* alla *rule* ha di fatto reso «*routinely admitted*» questo tipo di prova); sostanzialmente sulla stessa linea v. anche E.J. IMWINKELRIED, *The Constitutionalization of Hearsay: the Extent to Which the Fifth and Sixth Amendments Permit to Require the Liberalization of the Hearsay Rules*, *ivi*, 521 ss.

⁴⁷ Cfr., nel contesto di un *symposium* intitolato «*Hearsay Reform Conference*», ove anche altri interventi di rilievo in materia, H. MULLER, *Postmodern Hearsay Reform: the Importance of Complexity*, in 76 *Minn. L. Rev.* 1992, 370 ss. e 381-387 (per una visione definita necessariamente 'riduzionistica' o 'contestualizzata' oggi della *hearsay rule*).

⁴⁸ In una letteratura molto vasta sul punto, fra gli esempi di interventi recenti cfr., per un'analisi della tendenziale diffidenza dei membri di una giuria nei confronti degli esperti e della loro tendenziale percezione come *hired guns*, M.E. TIGAR, *Examining Witnesses*, Chicago 1993, 205 ss.; R. LITAN, *Civil Juries and Complex Litigation*, in R. LITAN (ed.), *Verdict: Assessing the Civil Jury System*, Washington 1993, 3 ss.; M. GALANTER, *The Regulatory Function of the Civil Jury*, *ivi*, 85 ss.; G.L. PRIEST, *Justifying the Civil Jury*, *ivi*, 109 ss. (espressamente sul problema dell'adeguatezza della giuria come giudice del fatto in *complex cases*); sullo stesso argomento, v. anche R.O. LEMPERT, *Civil Juries and Complex Cases: Taking Stock after Twenty Years*, *ivi*, 190-193; K.R. FOSTER, D.E. BERNSTEIN, P.W. HUBER, *Phantom Risk. Scientific Inference and the Law*, Cambridge-London 1993, 37 ss.

confezionamento nonché di esposizione – e appunto le supposte conoscenze medie dei giudici laici⁴⁹.

Pur non essendo qui possibile entrare nello specifico di questa problematica, sembra tuttavia individuabile nelle scelte che caratterizzano la decisione *Daubert* una presa di posizione virtualmente risolutiva della principale questione coinvolta; ossia, della relativa tutela della giuria rispetto all'introduzione nel processo di *expert opinions* che – intrinsecamente *partisan* perché nella quasi assoluta totalità *party appointed* – non risultino anche fondamentalmente scorrette e svianti la ricerca della verità in quanto non sufficientemente fondate sul piano scientifico⁵⁰. Sembra infatti chiaramente funzionare in questa prospettiva l'attenzione in *Daubert* verso l'adempimento da parte del giudice di una funzione di effettivo *gatekeeper*, nei confronti dell'acquisizione al processo di prove scientifiche affidabili in ragione del procedimento conoscitivo alla loro base, e quindi tali da costituire *substantial evidence* da sottoporre alla valutazione di «*reasonable persons*» quali appunto i membri di una giuria⁵¹.

Pur in assenza di un'espressa presa di posizione, anche riguardo al problema della presoché esclusiva presenza nel modello di giustizia civile statunitense di *party appointed experts*, il ruolo della decisione *Daubert* non appare trascurabile. Dal complesso della *philosophy* qui accolta ed elaborata sembra infatti possibile ricavare più che un indizio dell'assunzione da parte della Corte suprema di un atteggiamento non contrario in principio al ricorso anche frequente a *court appointed experts*, sulla linea di istanze ricorrenti ormai con una qualche frequenza in dottrina⁵².

⁴⁹ Per un'illustrazione di questa posizione del giudice cfr. ancora R.O. LEMPERT, *Civil Juries and Complex Cases*, cit., 214-217; sul ruolo, da rendere virtualmente sempre più incisivo, del giudice a questo specifico riguardo v. inoltre, fra gli altri, P.W. HUBER, *Junk Science and the Jury*, in *U. Chi. L. Forum*. 1990, 298 e 302; G.L. PRIEST, *The Role of the Civil Jury in a System of Private Litigation*, ivi, 161 ss., spec. 198; A.W. ALSCHULER, *The Vanishing Civil Jury*, ivi, 7 ss.; W.W. SCHWARZER, *Reforming Jury Trials*, ivi, 120 ss. e 143 ss. (per una critica al sistema come attualmente configurato, e per proposte che – oltre a un più attivo ruolo del giudice – tendono a rinnovare profondamente il modello con l'introduzione di soluzioni quali, ad es., la possibilità per i giurati di porre domande ai testimoni e – sulla base di un'interpretazione innovativa della *federal rule of civil procedure* 42(b) – la realizzazione di «*bifurcations*» nella presentazione delle prove che realizzino la singolarizzazione degli *issues* proposti alla valutazione della giuria); v. anche A.S. TOKER, *Admitting Scientific Evidence in Toxic Tort Litigation*, in 15 *Haw. Env. L. Rev.* 1991, 178 ss. (sulla propensione a ritenere tendenzialmente inattendibili le *scientific evidences* da parte delle giurie); inoltre v. L.S. MEYER, *Taking the 'Complexity' out of Complex Litigation: Preserving the Constitutional Right to a Jury Trial*, in 28 *Valparaiso L. Rev.* 1993, 345 ss. (per una presa di posizione in favore della riduzione delle complessità dei processi al fine di conservare la possibilità di un vasto ricorso a *jury trials* nel processo civile).

⁵⁰ Sul punto cfr. espressamente e con ampiezza nella dottrina italiana M. TARUFFO, *op. loc. cit.*

⁵¹ In merito alla nozione di *substantial evidence*, cfr. di recente G.C. HAZARD, *La nozione di «substantial evidence» nel processo civile statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, *passim*; ancora sul rapporto giudice-giuria a questo proposito, nel contesto di un più ampio studio sull'attuale ruolo della giuria nel modello di giustizia statunitense, cfr. S.J. ADLER, *The Jury. Trial and Error in the American Courtroom*, New York 1994, 226 ss.

⁵² Così, fra gli altri, v. J. SANDERS, *From Science to Evidence: the Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, cit., 67; di recente, D.L. FAIGMAN, *Mapping the Labyrinth of Scientific Evidence*, in

Sempre dal punto di vista del riflesso sull'assetto del processo civile dell'attribuzione in *Daubert* di un ruolo centrale al giudice nella raccolta e nella selezione del materiale probatorio, un altro momento ad essere direttamente interessato è, infine, quello della *discovery*. Come viene di recente spesso evidenziato, ciò appare particolarmente vero oggi, in ragione della importante riforma strutturale alla quale è stata sottoposta la normativa federale in tema di *civil discovery*⁵³. In effetti, sul piano del riassetto normativo, si coordina con l'introduzione di un nuovo modello di *discovery* – principalmente caratterizzato dalla predisposizione di un meccanismo di cosiddetta «*automatic discovery*», che impone alle parti di effettuare reciprocamente uno scambio completo delle prove a disposizione, anche in assenza di specifica richiesta avversaria – l'emendamento subito dalla *federal rule of evidence* 705, con la espressa previsione che già in fase di *pretrial* e di *disclosure* fra le parti dei mezzi di prova debbano essere rese note le ragioni e i fondamenti scientifici di base per l'allegazione di *expert witness testimonies*⁵⁴.

Come rispetto a questa linea di evoluzione normativa, le scelte effettuate dalla Corte suprema in *Daubert* trovano riscontro anche nelle trasformazioni intervenute in ambito statunitense all'incirca nell'ultimo ventennio sul piano più generale della cultura del processo civile. In particolare, l'attribuzione al giudice del compito di valutare l'intrinseco valore scientifico dell'*opinion* dell'esperto appare coerente con la tendenziale trasformazione del processo civile federale in strumento di realizzazione di effettiva giustizia attraverso una globale qualificazione delle attività al suo interno. In questa prospettiva, la scelta di caratterizzare quella del giudice come una funzione di *gatekeeper* nei confronti della cosiddetta «*junk science*» tradizionale fondamento di molte *expert opinions* si colloca pienamente all'interno di istanze di riforma essenzialmente fondate su di una più rigorosa preparazione della controversia da parte dei difensori, sotto una supervisione del giudice evidentemente estensibile alla qualità del materiale probatorio allegato⁵⁵.

5. Considerazioni conclusive

Da questi ultimi rilievi è possibile anche derivare qualche rapidissimo spunto conclusivo a raffronto con la situazione vigente al riguardo nel nostro ordinamento. Un raffronto che, come già si accennava all'inizio, si sostanzia essenzialmente nella constatazione non solo e non tanto di un divario ma di un effettivo *vacuum* per quanto ci concerne. L'assenza, in

46 *Hastings L. J.* 1995, 558 e 566 ss.; L. SANDSTROM-SIMARD, W.G. YOUNG, *Daubert's Gatekeeper. The Role of the District Judge in Admitting Expert Testimony*, in 68 *Tul. L. Rev.* 1994, 1471 ss.

⁵³ Cfr., ad es., M.A. BERGER, *Procedural Paradigms for Applying the Daubert Test*, cit., 1369 ss.; ma già in precedenza v. B. BLACK, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, in 56 *Fordham L. Rev.* 1988, 692 ss.

⁵⁴ Per una illustrazione di tale emendamento della *F.R.E.* 705, cfr. ancora M.A. BERGER, *op. cit.*, 1366 nota 112; riguardo alla riforma della *machinery of discovery* con gli emendamenti del 1993 alle *Federal Rules of Civil Procedure* cfr., nella letteratura disponibile in italiano, A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile statunitense*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 787 ss.; oltre alle indicazioni bibliografiche ivi, cfr. S. ISSACHAROFF, G. LOEWENSTEIN, *Unintended Consequences of Mandatory Disclosure*, in 73 *Tex. L. Rev.* 1995, 761 e 779 ss.

⁵⁵ Sul punto, in generale ed essenzialmente, cfr. J. B. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, cit., 560 ss. e, fra i molti, R.A. EPSTEIN, *A New Regime for Expert Witnesses*, in 26 *Valparaiso L. Rev.* 1992, 763 ss.

termini e di sensibilità culturale e di elaborazione tecnico-processuale, sembra in effetti avere rappresentato per così dire la cifra caratterizzante la recente evoluzione italiana degli argomenti toccati dalla decisione *Daubert*. Per converso, allo scopo di definire l'ampiezza dello scarto culturale esistente in materia fra questo e il nostro ordinamento, potrà risultare utile ribadire le ragioni dell'interesse di tale decisione nel panorama dell'ordinamento statunitense.

Occorre sottolineare che si tratta di un interesse che ha origini risalenti nel dibattito intorno all'affidabilità delle *expert opinions*; dibattito da sempre in corso ma particolarmente vivace dall'ultimo ventennio, in evidente concomitanza con l'entrata in vigore delle *Federal Rules of Evidence*⁵⁶. Il problema della possibile utilizzazione dell'*expert opinion* come prevalente strumento tattico-processuale emerge in effetti in tutta la sua rilevanza una volta stabilirne l'ammissibilità *ex lege* – nella *federal rule of evidence 703* – con il già rilevato superamento di una fondamentale *rule of exclusion* come la *hearsay rule*⁵⁷. La qualificazione intrinseca della testimonianza dell'esperto diventa quindi il vero oggetto del dibattito al riguardo, in quanto e la normativa della *Federal Rules of Evidence* e la pratica esperienza del processo ne individuano l'essenziale rilievo al fine di evitare che quella presentata in giudizio attraverso *expert opinions* non sia per ciò stesso sinonimo di cosiddetta «junk science»⁵⁸.

La circostanza che intorno a ciò si sia sviluppato un intenso dibattito nella dottrina statunitense, e che, con la decisione *Daubert*, questo dibattito si sia esteso alla giurisprudenza trovando un riscontro tale da modificare radicalmente la prospettiva nella quale si collocava la funzione del giudice rispetto alla testimonianza dell'esperto e alla prova scientifica, segna di per sé un estremo divario rispetto alla sensibilità della nostra cultura giuridica per tali problemi. Sintetizzando per quanto ci concerne, potrà forse bastare il rilievo che, mentre il livello dell'elaborazione giurisprudenziale non giunge, da noi, ad

⁵⁶ Cfr. R.J. ALLEN, R.B. KUHNS, *An Analytical Approach to Evidence. Text Problems and Cases*, Boston-Toronto-London, 1989, 742 ss.; F.F. ROSSI, *Expert Witness*, cit., 11 ss.; B. BLACK, *A unified Theory of Scientific Evidence*, cit., 599 ss. e 611 ss.; M.H. GRAHAM, *Expert Witness Testimony and the Federal Rules of Evidence: insuring Adequate Assurance of Trustworthiness*, in *U. Ill. L. Rev.* 1986, 45 ss.

⁵⁷ Fra i molti, cfr. espressam. R.L. CARLSON, *Policing the Bases of Modern Expert Testimony*, in 39 *Vand. L. Rev.* 1986, 577 ss.

⁵⁸ L'espressione «scienza spazzatura» – abitualmente utilizzata a descrivere i non elevati *standards* conoscitivi ed etico-professionali di alcuni *experts* professionali – ricorre notoriamente nei lavori di P.W. HUBER, *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom*, New York 1991, 9 ss., 17 ss., 92 ss.; Id., *Junk Science in the Courtroom*, 26 *Valparaiso L. Rev.* 1992, 724-738 (per un'analisi storica dell'evoluzione del problema in ambito statunitense); K.R. FOSTER, D.E. BERNSTEIN, P.W. HUBER, *Phantom Risk. Scientific Evidence and the Law*, Cambridge-London 1992, 28 ss. e 37 ss.; per studi che si sono proposti di analizzare in analoga prospettiva di riforma tecnico-giuridica e culturale il problema cfr., ad es., R.J. ALLEN, J.S. MILLER, *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, in 87 *N. W. U. L. Rev.* 1993, 1133 ss. e 1141 ss.; E.J. IMWINKELRIED, *Educational Significance of the Syllogistic Structure of Expert Testimony*, ivi 1152 ss.; R.A. EPSTEIN, *Judicial Control over Expert Testimony: of Deference and Education*, ivi, 1159 ss.; P.R. RICE, *Expert Testimony: a Debate Between Logic or Tradition rather than Between Deference or Education*, ivi, 1166; R.O. LEMPERT, *Experts, Stones, and Information*, ivi, 1178 (sull'impatto della *federal rule 703*); inoltre, F.F. ROSSI, *Expert Witnesses*, cit., 53 ss.; B. BLACK, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, cit., 608 ss., 681 ss. e 694 ss.; infine v. J.B. WEINSTEIN, *A New Regime for Expert Witnesses*, in 26 *Valparaiso L. Rev.* 1992, 759 ss. e 765 ss.

affrontare un problema essenziale come quello della fondatezza della consulenza e della sua effettiva utilità per la decisione – nonché dell'attribuzione al giudice di un ruolo di reale valutazione di tali elementi –, esso appare tuttora saldamente assestarsi intorno alla, francamente non molto appassionante, disputa circa la sua catalogazione o non come prova, in coerenza anche con il necessario coordinamento della consulenza tecnica di parte alla consulenza d'ufficio⁵⁹.

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.

(decisione della Corte suprema degli Stati Uniti, del 28 giugno 1993, n. 92-102)⁶⁰.

Opinione di maggioranza redatta dal giudice Blackmun

1. I genitori di Jason Daubert ed Eric Schuller, minori con gravi malformazioni al momento della nascita, avevano intrapreso azione presso una corte dello stato della California allegando la derivazione di tali malformazioni dall'assunzione da parte delle future madri del farmaco antinausea Bendectin, farmaco commercializzato dal convenuto. Tale controversia è passata sotto la giurisdizione federale in ragione della diversa cittadinanza statale delle parti.

Dopo un'accurata attività di raccolta del materiale probatorio, allegando la circostanza che il farmaco in questione non provoca malformazioni al nascituro e che gli attori non avrebbero potuto in ogni caso dimostrare ciò, veniva fatta richiesta di *summary judgment*. A sostegno di tale istanza veniva presentata una dichiarazione giurata di uno scienziato notoriamente ben accreditato come esperto riguardo ai rischi dell'assunzione di sostanze farmaceutiche. Tale dichiarazione si sosteneva fondata su di un'attenta analisi della letteratura scientifica in materia, più di 30 pubblicazioni concernenti un numero di pazienti superiore ai 130.000. Nessuno studio in effetti ha dimostrato che il Bendectin costituisca un teratogeno umano (ossia, una sostanza capace di provocare malformazioni nei feti). Sulla base dell'indagine dell'esperto, si giungeva in effetti alla conclusione che l'assunzione da parte di pazienti puerpere del Bendectin durante il primo trimestre di gravidanza non risultava costituire un fattore di rischio per difetti al nascituro.

Da parte degli attori non veniva (e tuttora non viene) contestato l'indirizzo degli studi concernenti il Bendectin. Essi si limitavano a opporre all'istanza del convenuto la testimonianza di otto esperti, ciascuno dei quali altamente qualificato. La conclusione di tali esperti era per contro nel senso che i difetti in questione potevano in effetti essere causati dal Bendectin. Si trattava di conclusioni basate su indagini 'in vitro' e 'in vivo' che rivelavano l'esistenza di connessioni fra le malformazioni e l'assunzione di Bendectin; studi della struttura farmacologica del Bendectin che mostravano analogie fra la struttura del farmaco e quella di altre sostanze notoriamente causa di difetti alla nascita, il tutto oltre alla 'rianalisi' di studi di carattere epidemiologico relativi ad esseri umani già pubblicati in precedenza.

⁵⁹ Così ancora cfr. Corte costituzionale, ord. 3-13 aprile 1995, n. 124, in *Gazz. uff.* 19 aprile 1995, n. 16, 21 ss.

⁶⁰ * Traduzione a cura del prof. Angelo Dondi.

La corte distrettuale accoglieva l'istanza del convenuto per un *summary judgment*. Ciò sulla base della considerazione che una prova scientifica si deve ritenere ammissibile solo se i principi a suo fondamento appaiono «tanto sufficientemente assestati da ricevere generale accoglienza (*general acceptance*) in un certo campo di ricerca». Si concludeva che i mezzi di prova presentati dagli attori non avevano tali caratteristiche. E, in ragione dell'ampiezza dei dati epidemiologici concernenti il Bendectin, la corte riteneva non potersi ammettere come prova in grado di stabilire eventuali rapporti di causalità l'opinione di esperti non fondata su prove a base epidemiologica. Pertanto, studi riguardanti animali – vivi o morti – e analisi concernenti strutture chimiche, come appunto quelli a fondamento della pretesa degli attori, non dovevano di per sé ritenersi in grado di far emergere questioni effettivamente controvertibili di fronte a una giuria riguardo ai rapporti di causalità fra farmaco e malformazioni. Inoltre, si riteneva di non dovere ammettere neppure la rielaborazione dei dati già pubblicati, che in precedenza erano stati interpretati come contrari alla dimostrazione di collegamenti causali fra farmaco e difetti alla nascita, in quanto tale nuova rielaborazione non era ancora stata pubblicata e sottoposta a valutazione all'interno dell'ambito scientifico.

Questa decisione veniva confermata dalla Corte d'appello federale del nono circuito, sulla base della considerazione che l'opinione di un esperto avente fondamento su un procedimento scientifico non deve ritenersi ammissibile se non quando tale procedimento risulta «generalmente accettato» come affidabile e rilevante all'interno della comunità scientifica. La corte riteneva inoltre che non può apparire come «derivante da procedimenti generalmente accettati» l'opinione di un esperto fondata su metodologie che divergono «significativamente dalle procedure accettate dalle maggiori autorità scientifiche in un certo settore di ricerca».

Si precisava inoltre che già altre corti di appello – a fronte dell'analogo problema di valutare i rischi del Bendectin – avevano rifiutato l'ammissione di rianalisi di studi epidemiologici con le stesse caratteristiche di mancata pubblicazione e sottoposizione alla valutazione della comunità scientifica. In queste decisioni si era ritenuto che la riformulazione di valutazioni scientifiche su dati già analizzati in indagini pubblicate, quando a sua volta non oggetto di pubblicazione su periodici scientifici, appariva «particolarmente problematica sul piano dell'affidabilità in ragione della estrema preponderanza degli studi già pubblicati, e sostanzialmente favorevoli alle tesi della parte convenuta, studi che erano tutti stati sottoposti ad approfondito esame della comunità scientifica». In base alla considerazione che il riesame di ricerche scientifiche trova generale accoglimento in questo contesto solo ove a sua volta oggetto di verifica e riesame da altri membri della comunità, la corte del nono circuito di appello federale riteneva pertanto non ammissibili le riformulazioni delle analisi allegate dagli attori in quanto «non pubblicate, e quindi non sottoponibili all'usuale verifica interna alla comunità scientifica (*peer review*) e inoltre realizzate al solo scopo di essere utilizzate come mezzi di prova in giudizio». Conseguentemente, la decisione della Corte d'appello federale era nel senso che le perizie presentate dalle parti attrici non risultavano avere sufficiente fondatezza da potersi ammettere come prove scientifiche nella forma di *expert testimonies* a sostegno della tesi che il farmaco Bendectin avesse provocato le menomazioni oggetto della controversia, talché non risultava adempiuto l'onere di provare il rapporto causale ai fini della decisione.

La *Federal Supreme Court* degli Stati Uniti ha ritenuto esservi materia per pronunciarsi al riguardo, in ragione delle notevoli differenze esistenti in giurisprudenza circa il corretto *standard* di ammissibilità dell'*expert testimony*.

2. a) Nei settant'anni trascorsi dalla sua formulazione nella decisione del caso *Frye*, il criterio di *general acceptance* ha rappresentato lo *standard* dominante per la determinazione dell'ammissibilità al processo di mezzi di prova scientifica (*novel scientific evidence*). Per quanto sempre più contestato di recente, si tratta di un criterio tuttora maggioritario in giurisprudenza, e così pure presso il nono circuito della corte d'appello federale. Il c.d. *Frye test* trova origine in una breve decisione del 1923 sull'ammissibilità come prova di un esame – c.d. *deception test* – concernente l'analisi della pressione sanguigna della sistole [...]. Nei termini di quello che è diventato per certi versi un passaggio ormai famoso così si esprimeva la corte del caso *Frye*:

«È arduo stabilire il preciso momento nel quale un principio o una scoperta scientifica superano la linea di demarcazione fra stadio sperimentale e completa dimostrabilità. La forza-validità probatoria di un principio dovrà pertanto ravvisarsi da qualche parte all'interno di questa terra di nessuno. E, posta l'inevitabile estensione nella pratica della tendenza ad ammettere *expert testimonies* derivanti da nozioni ormai acquisite o da scoperte scientifiche, l'oggetto di tale valutazione si ritiene debba essere individuato in un punto tale da ricevere generale accettazione (*general acceptance*) nell'ambito di ricerca al quale attiene».

Nel caso di specie, non si consentiva l'ammissione del «*deception test*» in quanto tale esame «non aveva ancora ottenuto un tale riconoscimento da parte delle autorità scientifiche» [...]. Le parti attrici sostengono che tale criterio deve considerarsi superato con l'adozione nel 1975 delle *Federal Rules of Evidence*. Concordiamo con questa tesi, sulla linea di attenta e rispettosa interpretazione di questa come di ogni altra normativa che è caratteristica della Corte suprema.

Un riferimento di base a questo riguardo è fornito dalla *federal evidence rule* 402, che dispone quanto segue: «È da considerarsi ammissibile ogni prova che appaia rilevante, ad eccezione di quanto previsto in senso contrario dalla Costituzione federale o da altre disposizioni normative, inclusa la presente. Non sono da considerarsi ammissibili le prove che risultino non rilevanti». Ulteriormente, prova rilevante è – secondo quanto nella *federal evidence rule* 401 – «qualsiasi tentativo di rendere l'esistenza di una circostanza di fatto utile ai fini della decisione più o meno probabile di quanto non sarebbe senza tale prova». Si può pertanto ritenere del tutto liberale lo *standard* di ammissibilità adottato in tale normativa.

È noto che la decisione di *Frye* precede di oltre mezzo secolo le *Federal Rules of Evidence*. Peraltro, questa Corte si è già espressa – nella decisione del caso *United States v. Abel* (469 U. S. 1984, 45 s.) – nel senso della possibile utilizzazione dei criteri base del *common law* per l'interpretazione delle disposizioni di tale normativa. La considerazione, che si conferma in questa sede, era che la nuova normativa disciplinava sì quest'area, ma che tuttavia i criteri del *common law* potevano fornire criteri per l'interpretazione della legge [...].

Nel caso in esame occorre dire che esiste una specifica norma regolatrice della materia. Si tratta della *federal rule of evidence* 702 in materia di «*expert testimony*», che prescrive quanto segue: «Qualora siano necessarie forme di conoscenza scientifiche, tecniche o comunque specialistiche per consentire all'organo giudicante di conoscere e valutare circostanze di fatto oggetto di una controversia, si potrà ricorrere a un testimone qualificato come esperto, per via di conoscenza, capacità, esperienza, preparazione o educazione, che fornisca la sua opinione al riguardo».

Ora, nulla nel testo di questa norma fa riferimento a un criterio di «accettazione generale» come un prerequisito assoluto per l'ammissibilità di tale testimonianza. E del resto il

convenuto non fornisce alcuna chiara dimostrazione che questa norma o le *Federal Rules of Evidence* nel loro complesso abbiano in qualche modo inteso incorporare tale criterio. Nel corso dell'elaborazione delle norme delle *Federal Rules* non si trovano infatti riferimenti alla dottrina del caso *Frye*; peraltro, l'eventuale accoglimento di un rigido requisito di «accettazione generale» apparirebbe del tutto contrastante con l'ispirazione 'liberale' delle *Rules* e la loro «tendenza complessiva alla riduzione delle barriere tradizionali nei confronti della *opinion testimony*» [...]. Posto dunque l'atteggiamento di generale apertura caratteristico delle *Rules* e la presenza al loro interno di una norma in materia di *expert testimony* nella quale non è fatta menzione del criterio di «accettazione generale», non appare convincente la tesi secondo la quale la normativa federale in materia di prova aveva in qualche modo assimilato la dottrina espressa nella decisione del caso *Frye*. Questa decisione ha in effetti reso quello di «accettazione generale» il *test* esclusivo per l'ammissione della *expert scientific testimony*. Uno *standard* tanto «austero» e lontano, nonché incompatibile con l'impostazione delle *Federal Rules of Evidence*, da non poter più essere applicato presso le giurisdizioni federali.

b) Il fatto che il *test* introdotto con la decisione *Frye* risulti superato dalle *Federal Rules of Evidence* non significa tuttavia che in tale normativa manchino limitazioni all'ammissibilità delle prove scientifiche allegate dalle parti. E neppure che manchi al giudice il potere di selezionare e valutare preliminarmente tale tipo di prova. Per contro, le *Rules* impongono a quest'ultimo di garantire che vengano acquisite prove non solo rilevanti ma anche affidabili.

La principale fonte di questo dovere risiede nella *evidence rule 702*, che prevede espressamente un qualche livello di determinazione degli ambiti scientifici possibili oggetto di *expert testimony* [...]. Secondo appunto la lettera di questa norma, oggetto di questo tipo di testimonianza deve essere una «conoscenza scientifica». L'aggettivo «scientifico» rinvia al radicamento di tale conoscenza nei metodi e nelle procedure della scienza. Parimenti, l'espressione «conoscenza» ha una connotazione diversa dalla credenza soggettiva priva di infondato fondamento culturale [...]. Sarebbe, del resto, ovviamente irragionevole giungere alla conclusione che l'ambito oggetto di una *scientific testimony* debba essere conosciuto con assoluta certezza; è infatti da ritenersi che non esistano certezze nella conoscenza scientifica (si rinvia ad alcuni degli *amici curiae briefs*, come il n. 9, ove si trovano le seguenti espressioni: «Invero gli scienziati non sostengono di essere a conoscenza di ciò che è immutabilmente vero. Essi sono piuttosto impegnati nella ricerca di nuove e temporanee teorie per la spiegazione quanto più possibile migliore di certi fenomeni»; oppure il n. 8: «La scienza non è un sistema di conoscenza enciclopedica dell'universo. Essa piuttosto rappresenta un processo per la proposizione e il miglioramento di concezioni teoretiche sul mondo, a loro volta oggetto di ulteriori verifiche e possibili miglioramenti»).

Tuttavia, occorre dire che, perché possa qualificarsi come «conoscenza scientifica», un'inferenza o una valutazione dovrà trovare fondamento in un metodo scientifico. Pertanto, l'allegazione di una *expert testimony* dovrà essere supportata da un'appropriata metodologia; ossia, avere saldi fondamenti sul piano epistemologico. In sintesi, il requisito che un tale tipo di prova si configuri come un esempio di «conoscenza scientifica», intende stabilire uno *standard* di affidabilità probatoria.

La *federal rule of evidence 702* prevede ulteriormente che la testimonianza dell'esperto «assista» il giudice del fatto a comprendere e a determinare le questioni oggetto della controversia. Una previsione che si connette alla rilevanza della prova [...]. Sempre in tema di rilevanza, un'altra considerazione concernente la disposizione della *rule 102* riguarda

il livello di ipoteticamente sufficiente connessione della *scientific evidence* allegata con le specifiche circostanze del caso, ai fini della sua pratica definizione in sede giudiziaria. Si è felicemente definito questo carattere come l'essere la prova 'adatta' al riguardo. Ma è chiaro che questa nozione non è né neutra né sempre ovvia, e comunque non indifferentemente valida in ogni circostanza; sicché, la validità scientifica accettabile a un certo fine non lo sarà per altri, differenti fini [...]. In conclusione, lo *standard* di «utilità» presente nella *rule 102* prevede l'esistenza di una valida connessione scientifica rispetto alla specifica attività di ricerca della verità incorso nel processo quale preconditione di ammissibilità.

Non appare sorprendente che tali requisiti siano del resto inseriti nella disciplina della *rule 702*. In effetti, a differenza di un qualsiasi testimone, all'esperto è consentito esprimere la propria opinione in maniera estremamente ampia, con un'estensione comprendente anche le circostanze al di fuori della sua conoscenza e osservazione diretta (*rules 702 e 703*). Ed è presumibile che un tale rilassamento del tradizionale requisito della conoscenza di prima mano come condizione della testimonianza – una nozione che, secondo quanto ribadito nell'*Advisory Committee's Note* sulle *Federal Rules of Evidence* «rappresenta la più radicata manifestazione dell'insistenza nel *common law* sulla selezione di fonti di informazioni il più possibile affidabili» – si basi sull'attribuzione all'opinione dell'esperto di un saldo fondamento di conoscenza ed esperienza nella sua disciplina.

c) Di fronte alla presentazione di una prova di questo tipo il giudice dovrà da subito determinare – sulla base della previsione della *federal rule of evidence 104 (a)* – se la testimonianza avrà come caratteristiche: 1) di fornire una conoscenza scientifica, 2) di assistere il giudice del fatto nella comprensione e nella determinazione delle questioni controverse. Da ciò deriva la necessità di stabilire in primo luogo e la validità del ragionamento o della metodologia fondanti la testimonianza e la loro possibile applicazione ai fatti in questione. È nostra ferma convinzione che i giudici federali statunitensi siano pienamente capaci di svolgere questo compito. È anche chiaro che su tale attività di verifica incidranno vari fattori, e pertanto non si ritiene di dover qui fornire un elenco o uno schema di riferimento definitivi. Sembrano tuttavia opportuni alcuni rilievi di carattere generale.

In genere, una questione cruciale che si pone riguardo alla determinazione del carattere di conoscenza scientifica di una determinata teoria o tecnica da utilizzare nel processo è quella della sua verificabilità (si rimanda, fra gli altri, a Popper, *Congetture e confutazioni*: «La base di fondo dello stato scientifico di una teoria consiste o nella sua possibile falsificazione o nella sua refutabilità, o nella sua verificabilità»).

Una questione altrettanto pertinente al riguardo è quella della sottoposizione di tale teoria o tecnica al controllo degli altri membri della comunità scientifica (*peer review*) e alla pubblicazione dei risultati delle relative ricerche su riviste specializzate (*publication*). Questa circostanza della pubblicazione (che altro non è se non un elemento del controllo esercitato dalla comunità scientifica) non costituisce una condizione *sine qua non* di ammissibilità; né si correla necessariamente all'affidabilità della prova, dato che è noto come in alcune occasioni teorie pur molto seriamente fondate ma altrettanto fortemente innovative non hanno potuto essere pubblicate. Inoltre, è anche accaduto che alcune scoperte o concezioni appaiono troppo singolari, innovative, o di interesse troppo specifico per poter essere pubblicate. In ogni caso, sembra possibile affermare che la sottoposizione alla verifica della comunità scientifica costituisce una delle componenti di quella che si può definire «buona scienza», in parte anche perché ciò aumenta la possibilità che eventuali discrasie possano essere in tal modo tempestivamente messe in luce [...]. La pubblicazione o non su riviste specializzate, per quanto non costituisca una condizione esclusiva, è da

ritenersi dunque un elemento rilevante per stabilire la validità scientifica di una specifica tecnica o metodologia a fondamento dell'opinione di un esperto.

Inoltre, dovendo considerare una specifica tecnica scientifica, il giudice dovrebbe anche tenere conto della frequenza di errore, conosciuta o potenziale [...].

Bisogna, in conclusione, ammettere che il criterio di «accettazione generale» può ancora assumere qualche rilievo come *standard* di valutazione dell'affidabilità della prova scientifica [...]. Una diffusa accettazione può infatti rappresentare un fattore rilevante per stabilire l'ammissibilità di un certo mezzo di prova, ed è ben vero che una tecnica riconosciuta che non abbia tuttavia ottenuto che un'approvazione minimale all'interno della comunità scientifica possa essere vista con qualche scetticismo.

La verifica di cui alla *rule* 702 ha, e bisogna qui sottolinearlo, carattere flessibile. Il suo oggetto essenziale è rappresentato dalla validità scientifica – quindi, l'affidabilità e la rilevanza probatoria – dei principi fondanti l'allegazione di una prova scientifica. Tale verifica dovrà pertanto focalizzarsi esclusivamente su principi e metodologie, non sulle conclusioni da essi derivate.

Nella valutazione dell'offerta di una prova scientifica sulla base della *rule* 702, il giudice dovrebbe inoltre tenere conto delle disposizioni contenute in altre norme applicabili. La *rule of evidence* 703 prevede che le *expert opinions* fondate su prove *hearsay* (in quanto tali generalmente inammissibili) sono da ammettersi solo se le circostanze di fatto o i dati in oggetto «sono di un genere tendenzialmente accreditato presso gli esperti di un particolare settore». La *federal rule of evidence* 706 consente inoltre al giudice di ricorrere a sua discrezione all'assistenza di esperti di sua nomina. Infine, la *federal rule of evidence* 403 consente l'esclusione di prove rilevanti se «il loro valore probatorio è concretamente superato dal pericolo di arrecare pregiudizio, confusione circa le questioni controverse, o sviare la valutazione della giuria» [...].

3. La Corte trae le proprie conclusioni con riferimento alle istanze di fondo contenute negli atti introduttivi di parte e nei numerosi *amici curiae briefs* utilizzati in questo caso. La preoccupazione espressa dal convenuto è che l'abbandono del criterio di accettazione generale come esclusivo requisito di ammissibilità abbia l'effetto di realizzare una generale apertura al riguardo, con la conseguenza di un forte disagio delle giurie che dovrebbero trovarsi ad affrontare asserzioni pseudoscientifiche, assurde e irrazionali. L'atteggiamento del convenuto sotto questo profilo appare alla Corte eccessivamente pessimistico, rispetto alle capacità di funzionamento sia di un istituto come la giuria sia del modello di processo *adversary* considerato nel suo complesso. Esistono infatti notevoli strumenti di reazione a fronte della presentazione di prove non attendibili, come tradizionalmente possono essere: una combattiva *cross-examination*, la presentazione di prove contrarie, un'attenta informazione alla giuria da parte del giudice sulla distribuzione dell'onere della prova fra le parti. Bisogna anche aggiungere che esiste l'ulteriore possibilità che, ove ritenga non essersi su di un versante formata una prova sufficiente da consentire ai membri della giuria di raggiungere una conclusione, il giudice rimanga libero – sulla base della disposizione della *federal rule of civil procedure* 50 (a) – di definire direttamente la controversia (*direct verdict*) oppure – *federal rule of civil procedure* 56 – di fare ricorso alla procedura di *summary judgment* [...]. Piuttosto che il ricorso ad un diffuso criterio di esclusione come quello di «accettazione generale», sono questi strumenti istituzionalmente forniti dalla disciplina del processo a garantire adeguate tutele, una volta beninteso che la prova allegata sia ammissibile sulla base delle previsioni della *federal rule of evidence* 702.

Diversa è la preoccupazione espressa negli atti introduttivi delle parti attrici e, più ampiamente, negli *amici curiae briefs* a loro sostegno. Si ipotizza infatti che l'attribuzione al giudice di un ruolo di selezione con la finalità di escludere le prove «non fondate» potrebbe convertirsi in un tendenziale favore per ortodossie scientifiche tradizionalistiche e repressive, e risultare quindi sostanzialmente contrario ad un'effettiva ricerca della verità [...]. È vero che l'aperta contrapposizione delle idee costituisce un elemento fondamentale sia per la ricerca scientifica sia per quella giuridica. Esistono tuttavia rilevanti differenze fra le modalità di ricerca della verità in un'aula di giustizia e all'interno di un laboratorio. La sottoposizione a revisione è costante per le conclusioni scientifiche. In ambito processuale invece le questioni controverse devono essere decise rapidamente e con carattere di definitività. La conoscenza scientifica procede per considerazioni generali e di vasta portata nell'ambito della formulazione di molteplici ipotesi, costituendo in sé un'evoluzione il fatto che prima o poi sarà possibile stabilire il livello di correttezza di tali ipotesi.

Bisogna anche dire che le congetture probabilmente errate si rivelerebbero di scarsa utilità al fine di una definizione rapida e conclusiva di una controversia giudiziale. E pertanto si riconosce che nella pratica, per quanto molto flessibile, lo svolgimento da parte del giudice di una funzione per così dire di guardiano (*gatekeeper*) a questo riguardo avrà inevitabilmente l'effetto tendenziale di impedire alla giuria di giungere a un'approfondita conoscenza di alcune innovazioni. In ciò consiste il livello di bilanciamento che caratterizza le *Federal Rules of Evidence*, finalizzate non al raggiungimento di una conoscenza esaustiva a livello generale ma alla specifica soluzione di questioni dibattute in un processo.

4. Per riassumere conclusivamente: la nozione di «accettazione generale» non rappresenta più una necessaria preconditione di ammissibilità per la prova scientifica in base a quanto disposto nella *Federal Rules of Evidence*; tuttavia le *Rules* – e in particolare la *rule* 702 – in effetti attribuiscono al giudice il compito di garantire che una *expert testimony* risulti sia affidabile sul piano del fondamento scientifico sia rilevante ai fini della controversia. Potrà soddisfare questi requisiti la prova che risulti utile ai fini della decisione oltre che fondata su principi scientificamente validi.

Le valutazioni della *District Court* e della *Court of Appeals* risultano essere invece essenzialmente ispirate al criterio di «accettazione generale», stabilito attraverso la misura della pubblicazione su riviste scientifiche, oltre che dei precedenti giurisprudenziali. Di conseguenza, è da ritenersi annullata la sentenza della *Court of Appeals*, e rinviata per una definizione della controversia in coerenza con i criteri elaborati nella presente *opinion* della *Supreme Court*.

Opinione di minoranza – in parte concorrente e in parte dissenziente – del «*Chief Justice Rehnquist*».

Il ricorso al giudizio della *Supreme Court* in questo caso concerne due principali questioni: in primo luogo, se rimanga valida la dottrina del caso *Frye* dopo l'introduzione delle *Federal Rules of Civil Procedure*; in secondo luogo, se, qualora risulti ancora valida questa dottrina, l'*expert testimony* per essere dichiarata ammissibile debba essere stata sottoposta a un processo di verifica da parte dei membri della comunità scientifica (*peer review*). La Corte suprema, a mio parere correttamente, conclude nel senso che la dottrina *Frye* non è sopravvissuta all'introduzione della normativa federale in materia di *evidence*. Ed è questa la parte per la quale mi sento di concordare con la decisione della Corte. Appare poi necessariamente scaturire da questa presa di posizione anche la seconda questione,

nonostante che la Corte abbia preferito fornire un'interpretazione molto astratta delle *federal rules of evidence* 702 e 703, facendo di conseguenza ricorso ad alcune «osservazioni di carattere generale».

Osservazioni che in questo caso sembrano soffrire delle carenze tipiche appunto di osservazioni di questo genere; esse infatti non sono intese come applicabili praticamente al problema di decidere l'ammissibilità o non di una specifica *expert testimony*, e risultano pertanto generali, vaghe ed astratte. Un fatto che appare particolarmente inopportuno in un caso come quello di specie, nel quale la questione di fondo verte sulla possibilità di valutare uno o più ambiti di conoscenza non rientranti nella scienza privata del giudice e soggetti a diversi tipi di interpretazione negli atti introduttivi di parte, oltre che negli *amici curiae briefs* (che in questa circostanza hanno raggiunto il numero di ben ventidue...).

Gli *amici curiae briefs* preparati per questo caso appaiono diversi dai normali *briefs* specialmente per il fatto di non occuparsi di precedenti giudiziali o disposizioni normative ma piuttosto di definizioni della conoscenza scientifica, del metodo della scienza, della validità scientifica, del controllo da parte dei membri della comunità scientifica; ambiti tutti molto lontani dalla normale competenza dei giudici. Non si intende che tutto ciò non sia utile ed anche necessario per stabilire le modalità di applicazione della *federal rule* 703; ma piuttosto suggerire una notevole cautela perché, proprio in ragione delle questioni in oggetto, non si travalichi il nostro ambito e per così dire non si decida più di quello che si deve decidere, potendo ben facilmente la nostra attività estendersi al di là della sua portata.

Tuttavia, pur essendo preferibile che le «osservazioni di carattere generale» non avessero impatto sulla decisione delle questioni in esame, ritengo di dover dire di non poter sottoscrivere alcune delle osservazioni formulate dalla Corte. Ad esempio, la Corte sostiene che affidabilità e rilevanza costituiscono gli elementi-cardine per stabilire l'ammissibilità di una *expert testimony*. Come è evidenziato nella decisione della Corte, la *federal rule of evidence* 402 prevede in effetti che «una prova che non sia rilevante è anche una prova inammissibile». Bisogna però rilevare che manca nel testo di questa norma ogni analogo riferimento alla «affidabilità». La Corte organizza il suo *dictum* attraverso una retorica da analisi linguistica [...]; sottolinea che oggetto di una *expert testimony* dovrà essere una «conoscenza scientifica», ove per «scientifico» si intende «un radicamento nelle metodologie e nelle procedure della scienza», e che la connotazione di «conoscenza» supera la «credenza soggettiva e la speculazione priva di fondamenti conoscitivi». Da ciò si giunge a concludere che la «conoscenza scientifica» deve intendersi come «derivata dal metodo scientifico». Si sostiene anche che questo tipo di prova dovrà essere supportato da «adeguati strumenti di validazione». Per inciso, viene anche affermato che «ove si faccia questione di *scientific evidence*, l'affidabilità probatoria dovrà fondarsi sulla validità scientifica».

Anche la mera lettura di questa parte della decisione pone notevoli questioni, e più ancora ne sorgeranno al momento dell'applicazione pratica di questa dottrina. Si potranno tutti questi *dicta* applicare al caso dell'allegazione di una testimonianza fondata su di «una conoscenza tecnica o altrimenti specialistica» (secondo l'espressa previsione della *federal rule* 702) o le «osservazioni di carattere generale» sono da intendersi limitate alla sola «conoscenza scientifica»? Quale differenza esiste fra conoscenza scientifica e conoscenza tecnica? Prevede la *rule* 702 che l'asindeto «conoscenza scientifica, tecnica, o altrimenti specialistica» sia scisso in numerose sottospecie di *expertise*, o *intentione legis* si era inteso utilizzare un linguaggio genericamente descrittivo ed estensibile a ogni sorta di *expert testimony* tradizionalmente allegata dalle parti?

La Corte si mostra fiduciosa del fatto che i giudici federali saranno in grado di «stabilire in via preliminare se il ragionamento o la metodologia alla base della testimonianza dell'esperto sia da considerarsi valida scientificamente, e se tale ragionamento o metodologia possano adeguatamente applicarsi alle questioni di fatto oggetto della controversia». Infine, la Corte sostiene che una «questione-chiave» alla quale dare risposta per stabilire che cosa sia *scientific knowledge* consiste nella sua testabilità passata e futura (e a questo scopo si ricorre a definizioni di scienza come, fra le altre, quella popperiana di «falsificazione» come uno degli *status* di una teoria scientifica).

Ho molto rispetto e fiducia per i giudici federali statunitensi; ma ammetto di trovarmi in difficoltà di fronte a queste concezioni, e penso che anch'essi vi si troverebbero. Indubbiamente la rule 702 conferisce al giudice una funzione di controllo come gatekeeper, con la relativa responsabilità di decidere l'ammissibilità delle expert testimonies offerte dalle parti. Ciò che non ritengo è che tale norma gli imponga l'obbligo o l'autorità di trasformarsi a questo proposito in una sorta di scienziato dilettante. Più opportunamente la Corte avrebbe fatto limitandosi alla definizione delle sole questioni oggetto dell'istanza di certiorari, lasciando l'ulteriore evoluzione di questo importante settore a future decisioni.

34. PROVA TESTIMONIALE NEL PROCESSO CIVILE*

SOMMARIO: I. ASPETTI GENERALI. 1. Nozione. – 2. Caratteristiche soggettive. – 3. Caratteristiche oggettive. – 4. Disponibilità e poteri del giudice. – II. CONFINI NELLA DISCIPLINA DEI CODICI. 5. Incapacità e divieti. – 6. Prova testimoniale e documentale. – 7. Limiti di ammissibilità. – 8. Relative eccezioni. – III. REGOLAMENTO PROCESSUALE. 9. Modi di deduzione e di ammissione. – 10. Assunzione. – 11. Valutazione. – IV. CONCLUSIONI E CENNI DI DIRITTO COMPARATO. 12. Aspetti della testimonianza in altri ordinamenti: a) *Civil law*; b) *Common law*.

I. ASPETTI GENERALI

1. Nozione

Nella implicita collocazione all'interno del sistema delle prove civili, oltre che nelle sue particolari caratteristiche funzionali, possono agevolmente indicarsi le coordinate di massima per un inquadramento della nozione di prova testimoniale¹. Gli elementi di intrinseca specificità di questo mezzo di prova appaiono in effetti tutti rinvenibili nell'area da esse delimitata. Procedere alla loro catalogazione e alla loro verifica comporterà pertanto, in buona sostanza, il recupero di alcuni dei più tradizionalmente assestati criteri definitivi al riguardo². Di essi, due sembrano in particolare essenziali: quello coincidente con l'aspetto «oggettivo» – con ciò intendendosi comprensivamente tanto il contenuto quanto le modalità di realizzazione della testimonianza – e quello coincidente con l'aspetto «soggettivo» di tale mezzo di prova. Lasciando al seguito l'illustrazione e l'analisi delle principali caratteristiche di questi due elementi e della relativa evoluzione, sembra in effetti inevitabile constatarne la centralità rispetto a definizioni anche molto risalenti di testimonianza all'interno sia della nostra sia più ampiamente della cultura giuridica di *civil law*³. Così, con riferimento a elaborazioni 'classiche' della nozione di prova testimoniale, si registra il ricorrere dell'accostamento di tali elementi sotto forma di sintetica determinazione delle sue qualità – modalità di base nonché di individuazione e di contestuale esclusione dei

* Questo scritto è stato pubblicato in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1997, XVI, 40-64.

¹ In tema, per riferimenti obbligati che saranno di uso costante nel presente lavoro, cfr., ad es., M. TARUFFO, «Prova testimoniale, dir. proc. civ.», in *Enc. dir.* Milano 1988, XXXVII, 729 ss. (dell'estratto); L.P. COMOGGIO, *Le prove*, in *Tratt. Rescigno*, Torino 1985, 297 ss. (dell'estratto); inoltre e specialmente V. ANDRIOLI, voce «Prova testimoniale, dir. proc. civ.», in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1967, XIV, 329 ss.

² Così, ad es., cfr. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, I, 121 ss., 233 ss.; S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano 1960, II, 1, 251 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958, 129 ss.

³ Cfr., ad es., H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire*, Paris 1964, 47 ss.; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, rist. Milano 1992, 18 ss.; S. SATTA, *Commentario*, cit., 244 ss.

soggetti abilitati alla testimonianza, o per converso da essa esclusi⁴. Con scarti minimi – che in questa sede, per essenziali ragioni di sintesi, è probabilmente consentito attribuire alla ‘retorica’ delle singole definizioni⁵ – è dunque nella presenza di una dichiarazione resa in giudizio da un soggetto terzo riguardo a fatti relativi alla controversia che si sostanzia il nucleo definitorio indispensabile degli elementi individuanti il mezzo di prova in esame⁶.

Anche se a un livello minimale, già da questi criteri di individuazione sono ricavabili indicazioni in merito alle questioni da sempre concernenti la testimonianza sia sul versante in senso lato tecnico-processuale sia, e soprattutto, su quello teorico, epistemologico e in ampia accezione culturale.

Appare infatti implicita alla sintetica definizione sopra fornita la delimitazione di un ambito all’interno del quale possa, e al di fuori del quale non possa, qualificarsi come testimoniale la dichiarazione resa da un terzo. Il carattere giudiziale della dichiarazione rappresentando per così dire uno degli elementi costitutivi minimi della nozione di prova testimoniale, da questo ambito non possono che risultare escluse dichiarazioni pur rese da terzi ma non in un giudizio, oppure aventi carattere documentale⁷. Per mezzi di prova come questi è ormai tradizionale il ricorso alla terminologia di prove atipiche; prove la cui catalogazione e rilevanza è stata notoriamente – come per inciso si rileverà in seguito anche in questa sede – oggetto di attenta analisi e di intenso dibattito in dottrina⁸.

Dai criteri sopraindicati come indispensabili all’individuazione di un nucleo concettuale di prova testimoniale un’ulteriore indicazione e una contemporanea esclusione sono ricavabili sempre con riguardo al tenore della dichiarazione, e anzi propriamente al suo oggetto. Si tratta del riferimento di circostanze fattuali come contenuto necessario ed esclusivo della dichiarazione del testimone⁹. Prescindendo per ora e rinviando a oltre

⁴ Fra i moltissimi, v. ad es., per un’impostazione complessiva del discorso in materia di prova testimoniale che privilegia appunto il dato tecnico delle modalità di assunzione nonché dei criteri di esclusione, S. GIBIINO, *La prova testimoniale nel processo civile*, Napoli 1970, *passim*, ma spec. 33 ss., 127 ss.; C. DONES, *Attività probatoria e testimonianza civile*, Lugano 1971, 10 ss.

⁵ Al riguardo cfr. M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 233 ss.; A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961, 89; ID., «Prova in generale. a) Filosofia del diritto», in *Enc. dir.*, Milano 1988, XXXVII, 519 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, 58 ss.

⁶ Così, per riferimenti risalenti nella nostra dottrina, cfr., ad es., L. MATTIROLI, *Diritto giudiziario civile italiano*, Torino 1894, II, 272 ss.; G. CESAREO CONSOLO, *Trattato della prova per testimoni e relativo procedimento d’esame*, Torino 1904, 61 ss.; C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario italiano*, Firenze 1908, IV, 8 ss.; con espresso riferimento nel testo, v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, rist. Napoli 1980, 826 ss.; G. A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano 1960, II, 146 ss.

⁷ Anche per ulteriori riferimenti, cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 332; M. TARUFFO, *voce cit.*, 731 ss. (note 11 ss.).

⁸ Per un riferimento ormai tradizionale al riguardo, cfr. M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 404 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 377 ss.; L. LAUDISA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova 1978, 49 ss.

⁹ Limitandosi a indicazioni di riferimento generale, v., ad es. G. CESAREO CONSOLO, *op. cit.*, 62; F. CARNELUTTI, *Prova civile*, cit., 127 ss.; S. SATTA, *Commentario*, cit., II, 1, 244 ss.; M. TARUFFO, *voce cit.*, 230 ss., nota 13 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 379 ss.; sulla nozione di fatto – oltre alle ampie indicazioni in M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.* – v. J. WROBLEWSKI, *Facts in Law*, in

ogni tentativo di disamina del significato attribuibile all'elemento del fatto come oggetto della testimonianza, appare per converso comunque agevole e a questo livello non problematica l'individuazione dell'area di esclusione in quella corrispondente all'ambito delle disposizioni normative: il principio *iura novit curia* opponendosi a che norme giuridiche – la loro interpretazione nonché qualsiasi valutazione da esse derivabile riguardo alla controversia nel corso della quale la testimonianza sia resa – possano fare oggetto di questo mezzo di prova¹⁰.

Anche sul piano soggettivo un'analoga individuazione/esclusione appare implicita nell'elemento della necessaria terzietà del testimone rispetto alla causa. Ancorché all'apparenza autoevidente e quasi tautologico, nella qualificazione di questo carattere si sostanzia invero un punto centrale alla problematica del mezzo di prova in esame, in quanto immediatamente connesso alla possibilità di configurare o non come testimoniale la dichiarazione resa in giudizio¹¹. Da questa crucialità derivano alcune delle questioni, cui ora si farà cenno, di determinazione del catalogo dei soggetti estranei alla controversia nonché – *de iure condito* almeno – di assoluta esclusione della parte dalla testimonianza.

2. Caratteristiche soggettive

Come si dirà per gli aspetti oggettivi della testimonianza, anche quello dei caratteri soggettivi è un problema inscindibilmente collegato alle circostanze dell'evoluzione storica e culturale di questo mezzo di prova. E ciò in particolare con riguardo alla stessa nozione di estraneità/terzietà intesa come connotato proprio della funzione di testimone. È infatti ormai del tutto acquisito che tale connotato non ha sempre, comunque e ovunque costituito un predicato imprescindibile della testimonianza¹².

In prospettiva diacronica, e sulla scorta di un'elaborazione al riguardo ormai tanto risalente quanto abbondante, oggi sembra possibile vedere essenzialmente nell'assolutizzazione di tale criterio il momento centrale di un'evoluzione ancora ampiamente in corso¹³. Prescindendo del tutto dalla configurazione per molti versi opposta che contemporanea-

Id., *Meaning of truth in judicial decision*, 2ª ed., Helsinki 1983, 104 ss.; ancora ampiamente sulla problematica della separazione fatto-diritto v. G. VERDE, «Prova in generale. b) Teoria generale e diritto processuale civile», in *Enc. dir.*, Milano 1988, XXXVII, 581-585; A. GIULIANI, «Prova in generale. a) Filosofia del diritto», cit., 519 ss.

¹⁰ Cfr. in generale G.A. MICHELI, «Jura novit curia», in *Riv. dir. proc.* 1961, 575 ss.; di recente con ampiezza v. soprattutto M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 69 ss.; ID., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.* 1971, 33 ss.; G. VERDE, «Prova. b) Teoria generale e diritto processuale civile», cit., 623 ss.; B. CAVALLONE, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 297 ss.

¹¹ Cfr., specialmente, nell'ottica del concetto di 'estraneità alla lite', V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 335 ss.; S. SATTA, *op. cit.*, 252 ss.; M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, I, 79, 233 ss.; II, 421 e *passim* (per raffronti comparatistici); ID., *La testimonianza della parte davanti alla Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1972, 164 ss.; inoltre v. F. CORDOPATRI, *Contributi allo studio della testimonianza nel processo civile*, in *Riv. it. scienze giur.* 1972, 109 ss.; ID., *Testimonianza e prova nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.* 1973, 437, ss.

¹² Cfr. ancora M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 187 ss., 232 ss.

¹³ Cfr. ancora V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 335-337; A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, 63.

mente venivano assumendo le *laws of evidence* di *common law* nonché le soluzioni accolte in materia dalla dottrina di area germanica, in questo ‘momento’ sembra possibile vedere l’apice di un processo evolutivo che occupa un periodo collocabile tra le grandi codificazioni napoleoniche e la prima metà di questo secolo¹⁴.

Scontando basilari esigenze di razionalizzazione e di sistematizzazione sul piano concettuale e normativo, pare indubitabile che questo processo abbia comportato la rigida compressione delle ragioni in favore di aperture, pur molto limitate del resto, nel senso dell’inquadramento all’interno della nozione di prova testimoniale di dichiarazioni orali non provenienti da soggetti terzi rispetto alla controversia¹⁵. Sembra da collocare in questa prospettiva la mancata considerazione e il conseguente superamento di problemi senz’altro di importanza capitale a questo proposito, come quello concernente le conoscenze della parte riguardo alle circostanze della causa, e la loro virtualmente efficace utilizzazione nella forma di dichiarazioni testimoniali, con generali finalità di ricerca della verità nel processo¹⁶.

Il rilievo, se non *tout court* la fondatezza, delle istanze sottese all’attenzione per tali problematiche non sembra sminuito dal fatto che nel diritto positivo – art. 246 c.p.c. – la delimitazione di quest’ambito risulti invero e molto ampia e concepita alquanto rigidamente, al punto di estendersi al di là delle parti effettive, a tutti i soggetti potenzialmente interessati a prendere parte a una controversia giudiziale¹⁷.

Anche a fronte dell’oggettiva impossibilità di superare un tanto esplicito divieto di ordine generale forzando in via interpretativa la lettera della legge, al riguardo si impongono in ogni caso le considerazioni da tempo insistentemente ricorse in dottrina sulle numerose forme di utilizzazione delle conoscenze della parte presenti nel processo. Si collocano in effetti nel contesto di un dibattito ormai largamente sedimentato le numerose indagini con le quali, attraverso la verifica dell’utilizzazione delle conoscenze della parte nel processo in maniera nella sostanza non dissimile dalla testimonianza, si intende individuare in questo divieto una palese discrasia del nostro modello di giustizia civile¹⁸.

Sembra ormai possibile, specie in una sede come questa, prescindere dalla verifica delle similitudini effettivamente riscontrabili, in termini di modalità di realizzazione e di risultato, fra la testimonianza e alcuni istituti tradizionali del processo, come il giuramento

¹⁴ V., ad es., M. STORME, *L'influence des codifications napoléoniennes hors de la France dans le domaine de la preuve*, in *La preuve. 4ème Partie. Période contemporaine (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions)*, Bruxelles 1963, 211 ss.; H. NAGEL, *Die Grundzüge des Beweisrechts im Europäischen Zivilprozess*, Baden-Baden 1967, 83, 163 ss.; anche H.J. MISIELAK, M. STADLER, *Grundfragen des Beweisrechts*, München 1984, 20, 29 ss.

¹⁵ Cfr., ad es., F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 114, 133 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove*, cit., 299 ss., nota 5.

¹⁶ V., ad es., M. TARUFFO, *voce cit.*, 737 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 350 ss.

¹⁷ Cfr. ancora M. TARUFFO, *voce loc. ult. cit.*; L.P. COMOGGIO, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1976, 48 ss.; L. LAUDISA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, cit., 48 ss.; in linea generale v., inoltre e ovviamente, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., I, 240 ss.

¹⁸ Così essenzialmente v. ancora M. CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, 165 ss., 420 ss.; M. TARUFFO, *Prove atipiche*, cit., 407 ss.; L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 61 ss.

e l'interrogatorio libero¹⁹. Piuttosto, appare tuttora da sottolineare la rilevanza del ruolo spettante al riguardo al giudice istruttore.

Ciò notoriamente implica in via principale il richiamo all'attribuzione *de iure condendo* di più ampi poteri discrezionali a questo soggetto. Un richiamo che in tale prospettiva assumerebbe significato, oltre che riguardo alla gestione – ossia, in senso proprio, all'assunzione – della prova in giudizio, anche in ordine alla eventuale qualificazione come testimonianze delle dichiarazioni rese in questa sede dalle parti²⁰. Questione la cui crucialità si connette ai problemi che di riflesso verrebbero evidenziati, come quello della valutazione in generale di tali dichiarazioni – sia provenienti dalle parti sia dai terzi – nonché della loro efficacia in termini probatori²¹.

3. Caratteristiche oggettive

Appare pacifico, tanto da potersi far rientrare in un ipotetico «patrimonio intuitivo dei concetti generali», il concretarsi della testimonianza nella dichiarazione di circostanze fattuali rilevanti ai fini della definizione di una controversia²².

Posto dunque come del tutto acquisito che l'elemento dichiarativo – o narrativo – costituisca il nucleo essenziale di questo genere di prova e in esso si sostanzi il suo profilo oggettivo, alcune rilevanti questioni appaiono ancora non altrettanto assestate al riguardo. In quanto a questo proposito si abbandonino un livello iniziale di considerazioni a carattere meramente intuitivo e impressionistico, sembra in effetti tuttora aperto a costanti puntualizzazioni in dottrina il complesso delle nozioni riferibili ad una più approfondita disamina del significato di dichiarazione testimoniale²³.

È quanto accade in particolare con riferimento a quelli che – nonostante la sostanziale sovrapponibilità e confusione reciproche – si potrebbero individuare come i suoi due aspetti fondamentali: la considerazione dell'elemento dichiarativo della testimonianza, per un verso, come modalità essenziale di realizzazione di questa prova nonché, per altro verso, come risultato della testimonianza, oggetto di essa in senso proprio, da analizzare per il suo valore una volta acquisita al processo. In altri termini, si tratta del problema dell'inquadramento sulla base di criteri tecnico-giuridici, ma prima ancora epistemologici e in senso ampio culturali, della nozione di testimonianza sotto il profilo del nesso

¹⁹ Cfr. ancora essenzialmente M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, I, 377 ss.

²⁰ Cfr., ad es., M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, *Riv. dir. proc.* 1967, 407 ss.; M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, *ivi* 1984, 74 ss.; B. CAVALLONE, *op. loc. ult. cit.*; L.P. COMOGGIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, *ivi* 1977, 14 ss.

²¹ Al riguardo v. M. TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 1558 ss.; ID., *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 431 ss.

²² Per l'espressione virgolettata nel testo cfr. L.P. COMOGGIO, *Le prove*, *cit.*, 297.

²³ Per un recente approfondimento al riguardo si rinvia a M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, *cit.*, 323 ss., 331 ss., 349 ss.; ID., *voce cit.*, 731 (e relative indicazioni bibliografiche); L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 298-232; sulla prevalente attribuzione di un carattere rappresentativo/dichiarativo alla testimonianza v., per un rinvio storicamente obbligato nella nostra cultura giuridica, F. CARNELUTTI, *La prova civile*, *cit.*, 124, 144; al riguardo con accenti critici v. inoltre V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 270; inoltre v. i rilievi presenti in G. VERDE, *op. cit.*, 604.

esistente fra la sua effettuazione – o più propriamente i modi della sua effettuazione – e il contenuto oggettivo della dichiarazione resa dal testimone.

Questo problema è stato di recente evidenziato con grande autorevolezza riconsiderandone gli elementi connessi di relatività e di complessità gnoseologica²⁴. Appare particolarmente persuasivo in tale impostazione il suo svolgersi sulla linea di una profonda rimeditazione delle precedenti innumerevoli ipotesi di inquadramento di questo tema, e di una loro successiva scomposizione attraverso l'analisi minuziosa dei singoli aspetti rilevanti. Con specifico riguardo al problema dell'oggetto della testimonianza, sembra possibile sintetizzare il risultato di quest'opera di revisione e di relativizzazione in un dato metodologico, ossia il ricorso alle più recenti elaborazioni della ricerca linguistica e filosofica²⁵.

Sembra agevole la constatazione che il principale risultato della tendenza a ricondurre entro tali parametri l'individuazione dei significati di testimonianza come oggetto della dichiarazione/narrazione del testimone sia consistito in un puntuale rigetto di tutte quelle soluzioni che, eventualmente anche appaganti sotto un profilo meramente definitorio, si siano pertanto rivelate scontate e generiche nonché comunque scarsamente rappresentative della realtà. In linea più generale, non stupisce che l'adozione di questa prospettiva abbia sostanzialmente condotto piuttosto a destrutturare che a reimpiantare una univoca, comprensiva e in definitiva rassicurante definizione di oggetto della dichiarazione testimoniale.

Sembra così di poter dire che oggi il livello più avanzato dell'elaborazione dottrinale presente nel nostro ordinamento con riguardo a questo problema tende a concentrarsi specialmente intorno ad un suo aspetto fondamentale. Il riferimento è alla particolare attenzione riservata alle possibili implicazioni delle modalità di realizzazione della dichiarazione resa dal testimone sia rispetto al grado di conoscenza attribuito agli altri soggetti del processo – e principalmente al giudice – sia rispetto al loro grado di intrinseca attendibilità e veridicità²⁶. Su questa linea si viene a realizzare quello che, in sintesi estrema, si potrebbe definire uno spostamento del centro di interesse dal problema della qualità della dichiarazione – o narrazione o resoconto – del testimone a quello della sua percezione esterna²⁷.

Un riflesso di ciò può ravvisarsi nel passaggio, dall'estrema attenzione tradizionalmente riservata alla rigida predeterminazione di forti limiti formali di contenuto della testimonianza, a un tendenziale maggiore interesse per i suoi aspetti più prettamente funzionali,

²⁴ Cfr. ancora M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ Così M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, specie nella parte introduttiva, 36 ss., 71 ss., ma anche oltre 425 ss.

²⁶ Come è ormai patrimonio della nostra cultura processualistica, grazie all'adozione di una costante prospettiva di raffronto con modelli probatori come quelli di *common law*, cfr. M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., 420 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 341 ss.; già in precedenza per un'autorevole adozione di tale prospettiva e scelta metodologica v. V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, 91 ss.

²⁷ Per un'individuazione ormai risalente di tale implicazione della testimonianza v. V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.* 1962, 15 ss.

come in particolare l'effettiva messa a disposizione del giudice di rilevanti conoscenze circa le reali circostanze di fatto alla base di una controversia²⁸.

È l'esplicita individuazione nel giudice del principale referente del resoconto del testimone che conduce a rifiutare il tradizionale inquadramento entro confini predeterminati – quei limiti formali a prevalente fondamento assiologico cui si è accennato più sopra – del carattere testimoniale o non della dichiarazione resa in giudizio da un soggetto terzo rispetto alla controversia. Una circostanza che risulta ampiamente giustificata in questa prospettiva, se si considera che il nucleo del principale di tali limiti consiste nella virtuale separazione/esclusione di qualsiasi valutazione dal carattere propriamente 'testimoniale' del resoconto del testimone²⁹.

E del resto bisogna riconoscere che le critiche al riguardo hanno trovato essenziali e saldi fondamenti di ordine prevalentemente epistemologico, oltre che tecnico-giuridico.

Sul primo versante, esse hanno coinvolto la nozione di fatto, il problema della sua rappresentazione attraverso la narrazione resa in giudizio nonché la questione connessa del tipo di conoscenza fornito agli altri soggetti del processo e, come si è detto, principalmente al giudice. Il tutto si è realizzato nell'ambito di una rielaborazione che ha tenuto ampiamente conto del vasto patrimonio rappresentato – anche sul piano dell'originalità lessicale – da precedenti e ormai molto risalenti studi in materia, come soprattutto quelli carneluttiani³⁰. È prendendo le mosse da queste elaborazioni, e in particolare dalla caratterizzazione, ormai largamente acquisita presso la nostra cultura giuridica, della dichiarazione testimoniale come rappresentazione del verificarsi di eventi, «storici» in quanto appunto oggetto del resoconto del testimone, che viene in particolare sottolineato il tipo necessariamente solo indiretto di conoscenza dei fatti messo in tal modo a disposizione del giudice³¹.

Sul secondo versante, si pone in stretta relazione con queste premesse un atteggiamento più cauto o semplicemente più aperto anche nei confronti del contenuto intrinseco delle dichiarazioni rese dal testimone. Si può dire, in effetti, che una nozione complessivamente più articolata del possibile tenore del resoconto oggetto della testimonianza si sostituisca ormai saldamente alle rigidità – più sopra succintamente accennate – che avevano circondato l'inquadramento teorico del contenuto della dichiarazione testimoniale³².

Ciò sembra in particolare coincidere con il diverso atteggiamento riservato al problema dell'aggiunta o comunque della commistione, nel contesto appunto della dichiarazione testimoniale, di elementi valutativi alla stretta ed esclusiva comunicazione dei soli dati

²⁸ Cfr. in generale per una acuta disamina di tale questione M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 42 ss., 367 ss.; ID., *voce cit.*, 732, 735 ss.

²⁹ Cfr. ancora M. TARUFFO, *voce cit.*, 733-734.

³⁰ Cfr. i riferimenti già presenti nelle note *supra* all'impostazione carneluttiana di testimonianza come rappresentazione, e alla relativa classificazione, specialmente elaborata in F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 124, 127 ss.; ma anche in ID., *Sistema del processo civile*, Roma 1936, I, 681 ss.; come pure in ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma 1956, I, 157 ss. (per rilievi critici cfr. M. TARUFFO, *voce cit.*, 731; V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, cit., 14).

³¹ Si rinvia al riguardo alle prese di posizione di Denti e Taruffo indicate alla nota precedente, cui *adde* ancora M. TARUFFO, *Modelli di prova*, cit., 432 ss.

³² Così specialmente M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 348 ss. (ma più in generale 71, 152 ss. sulle nozioni di capacità conoscitiva del fatto e di attendibilità); ID., *voce cit.*, 732 ss.

fattuali rilevanti ai fini della definizione di una controversia. In realtà, più che di una presa di posizione a specifico fondamento tecnico-concettuale, questo mutamento appare piuttosto il segno dell'applicazione anche in questo campo di più recenti esperienze culturali. Con riferimento al tema in esame, si può cogliere un riflesso di ciò nel riconoscimento esplicito e comunque nell'ormai diffusa acquisizione a livello di strumenti critico-conoscitivi di base dell'impraticabilità di nette e aprioristiche separazioni fra aspetti meramente descrittivi e aspetti esclusivamente valutativi nel contesto di resoconti come quelli oggetto delle dichiarazioni testimoniali³³. Sulla linea di considerazioni in parte già svolte, a questo atteggiamento non fa riscontro una generale reimpostazione teorica del problema dell'oggetto della testimonianza. Non si assiste cioè a prese di posizioni genericamente liberalizzanti i criteri in base ai quali procedere alla qualificazione di questo tipo di dichiarazioni.

La tendenza è, piuttosto, a proporre al riguardo un approccio per così dire relativistico e funzionale. Su questa base, l'unico effettivo criterio di selezione/sceverazione viene individuato nel collegamento tra la qualità specifica di ogni singola dichiarazione e la relativa – nonché altrettanto specifica e puntuale – valutazione del giudice. Una valutazione alla quale non viene di conseguenza attribuito il mero compito di individuare apprezzamenti o aggiunte all'interno del resoconto del testimone, come elementi di per sé invalidanti la testimonianza. Ad essa viene anzi attribuita una funzione di strumento di efficace ricerca della verità, attraverso la virtuale valorizzazione di tutti gli elementi utili a una ricostruzione precisa delle circostanze di fatto alla base di una controversia civile, con la relativa espunzione di quelli svianti da tale finalità³⁴.

Ciò che in definitiva questa prospettiva comporta è pertanto sia una finora inusuale attenzione per le caratteristiche intrinsecamente proprie, anche sul piano della retorica e della specifica conformazione lessicale, delle singole dichiarazioni testimoniali, sia una notevole valorizzazione del ruolo valutativo del giudice. E tale riconoscimento dell'inevitabile carattere discrezionale dell'attività spettante in proposito a quest'ultimo non è privo di ulteriori conseguenze sul piano dell'elaborazione concernente gli aspetti contenutistici della dichiarazione testimoniale.

Per un verso, ad esso sembra possibile connettere la tendenza a prospettare ipotetici standards, in funzione di sorta di delimitazioni e di linee di indirizzo per l'apprezzamento richiesto al giudice. Così è per la distinzione tra il carattere meramente formativo della conoscenza – o delle modalità di conoscenza – proprio delle conclusioni inserite nel re-

³³ Cfr., oltre alle indicazioni alle note precedenti, i rilievi espressi in V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, cit., 15 ss.; ID., *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.* 1967, 415 ss.; ID., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, *ivi* 1972, 414 ss.

³⁴ Il richiamo è ancora – anche per vasti e aggiornati riferimenti bibliografici non solo di carattere giuridico ma anche teorico-generale – al recente lavoro di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 165 ss., 270 ss., 370 ss.; ma già, *in nuce*, ID., *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, 217 ss.; ID., *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 1559 ss.; inoltre v. anche S. PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 256 ss.; ID., *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1987, 24 ss. In giurisprudenza, circa la necessaria connessione della testimonianza con (ed esclusivamente) circostanze di fatto qualificate ai fini della decisione, v., ad es., T. Milano, 4 febbraio 1991, *FP* 1991, I, 348; Cass., 27 marzo 1990, n. 2435; ID., 13 maggio 1993, n. 5458; ribadisce di recente questo approccio Cass., 8 aprile 1995, n. 4111.

soconto in quanto collegate a altre personali nozioni del testimone riguardo alle stesse circostanze di fatto oggetto della dichiarazione testimoniale, e le conclusioni virtualmente trascurabili dal giudice in quanto aventi per oggetto circostanze di fatto ulteriori o comunque diverse³⁵.

Per altro verso, un riflesso di ciò è probabilmente ravvisabile anche nell'atteggiamento riservato al problema della distinzione, da considerarsi ormai alquanto ardua in alcune circostanze, tra le nozioni di testimonianza e di consulenza tecnica nella loro applicazione alla pratica del processo. Anche in base alle indicazioni che precedono, è agevole intendere come non risulti più del tutto appagante la tradizionale contrapposizione/distinzione fondata al riguardo – per la testimonianza – sul carattere essenzialmente enunciativo di fatti e, invece, – per la consulenza – sull'indicazione delle regole per la loro valutazione³⁶. Al riguardo appare in particolare vacillante, o incerta, la portata attuale di un criterio risalente come quello della cosiddetta «scienza privata del giudice», con la correlativa nozione di «massima d'esperienza», in quanto strumento assoluto di ripartizione e qualificazione degli ambiti rispettivamente spettanti alla testimonianza e alla consulenza³⁷.

Anche in questa circostanza si assiste infatti alla netta relativizzazione della validità di tali criteri, essenzialmente in ragione della maggiore complessità dei processi di acquisizione di conoscenze nonché della estrema diversificazione e diffusione del sapere scientifico e tecnologico. Questa evoluzione, mentre si risolve in un oggettivo minor rilievo di nozioni come quella di «scienza privata» del giudice, comporta che questi tenga virtualmente conto della eventuale utilità ai fini della decisione anche di informazioni contenute in dichiarazioni testimoniali che vedano frammista al resoconto fattuale l'enunciazione di massime d'esperienza³⁸.

³⁵ Cfr. specificamente sul punto M. TARUFFO, *voce cit.*, 733-736.

³⁶ I richiami al riguardo risalgono a G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 826; in merito v. anche F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958, 131 ss.; ID., *Testimonianza e perizia*, in *Riv. dir. proc.* 1959, 186 ss. Una fondamentale disamina di queste discrasie è specialmente presente in V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, cit., 11 ss.; ID., *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, cit., 396 ss.; in linea generale, per un'illustrazione di questa problematica nel contesto di un approccio tradizionale, G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova 1959, 55, 77 ss.; ID., *Consulente tecnico*, in *Commentario c.p.c. Allorio*, Torino 1973, I, 682 ss.; M. VELLANI, *voce Consulente tecnico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1959, IV, 335 ss.; ID., «Consulenza tecnica nel dir. proc. civ.», in *Dig. civ.*, Torino 1988, III, 524 ss.; G. NICOTINA, *Note minime in tema di consulenza tecnica*, in *Studi in onore di Satta*, Padova 1982, 1059 ss.; C. DONES, *Struttura e funzione della consulenza tecnica*, Milano 1962, *passim*; nella trattatistica v. specialmente V. ANDRIOLI, *Corso di Diritto processuale civile*⁹, Torino 1994, 157 ss.; per una conferma recente in sede giurisprudenziale del permanere di tale questione come di una questione 'viva' nell'ambito della nostra cultura processualistica, cfr. ordinanza C. Cost. del 13 aprile 1995, n. 124, in *GU* del 19 aprile 1995, n. 16, 21 ss. (in precedenza, circa il carattere valutativo dei fatti proprio dell'attività del consulente – per converso coerente con una netta reciproca differenziazione dell'attività di testimonianza da quella di consulenza – v., ad es., Cass., 29 gennaio 1993, n. 1115; Cass., 22 gennaio 1985, n. 250).

³⁷ Sul punto cfr. M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.* 1974, 88 ss.; ID., *The personal knowledge of the judge*, in *Italian National Reports to the XII International Congress of Comparative Law. Sidney 1986*, Milano 1986, 223 ss. (dell'estratto); ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 241 ss., 397 ss. (e relative indicazioni bibliografiche); ID., *voce cit.*, 733 ss.

³⁸ Cfr. ancora M. TARUFFO, *voce cit.*, 733-734; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 367, 386 ss. (e relativi richiami bibliografici).

4. Disponibilità e poteri del giudice

Lungi dall'indicare e suggerire un più ridotto ruolo del giudice riguardo all'utilizzazione del resoconto del testimone nei suoi vari aspetti contenutistici, già la tendenza che si è poco sopra illustrata segnala come la dottrina recente mostri anzi particolare attenzione per i poteri di iniziativa istruttoria a questi affidati dalla legge. Ciò a fronte della peraltro salda conservazione e riaffermazione di un generale potere di disponibilità delle parti su questo mezzo di prova³⁹.

In parte ribadendo quanto si è già accennato in precedenza, sembra in effetti da collegare proprio alla tendenza a non attribuire valore assoluto a nozioni risalenti di testimonianza – intesa e come contenuto – oggetto del resoconto del testimone e come bagaglio tecnico di criteri per il suo inquadramento e la sua interpretazione – l'assegnazione alla figura del giudice di un ruolo centrale nella 'gestione' di tale prova. E ciò per quanto, nella conseguente valorizzazione degli aspetti di inquisitorialità pure presenti nella relativa disciplina normativa, si debba tenere conto della loro scarsa omogeneità anche sul piano della relativa distribuzione all'interno di tale disciplina. Ciò che, in effetti, non si può omettere di rilevare subito è la diversa allocazione di tali poteri tra il processo ordinario e i procedimenti speciali – in particolare quelli definiti abitualmente «a contenuto oggettivo» –, con la netta minore incidenza ad essi attribuita nell'ambito del primo.

In buona sostanza, nel processo ordinario, i poteri di iniziativa istruttoria in senso proprio – ossia, tali da consentire un'attivazione positiva del giudice in ordine alla conformazione della prova testimoniale – si limitano ai due illustrati nelle disposizioni degli artt. 253 e 257 c.p.c. Per un verso, il potere del giudice di rivolgere al testimone domande con fini di chiarimento del contenuto delle sue dichiarazioni e, per altro verso, il potere di ordinare l'audizione di altri ai quali il teste abbia fatto riferimento come soggetti a conoscenza dei fatti della causa, in effetti, esauriscono l'area di tale possibile attivazione⁴⁰.

³⁹ Sul punto, in una letteratura ovviamente vasta, v. ad es. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 21 ss., note 23, 65; E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 380 ss., spec. 383-386; B. CAVALLONE, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, ivi 1976, 685 ss.; ID., *Poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 9 ss., 43, 51, nota 93; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, ivi 1977, 220 ss.; inoltre, come riferimenti di carattere generale, v. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 727, 738 ss.; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano 1951, II, 705, 732 ss. e *passim*; M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatoria del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1967, 407 ss.; ID., *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.* 1968, 9 ss.; inoltre richiami in S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, cit., 5 ss.

⁴⁰ Cfr. M. TARUFFO, *voce cit.*, 735 (e per indicazioni bibliografiche note 38 ss.); inoltre, v. ancora V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 361; S. GIBIINO, *La prova testimoniale nel processo civile*, cit., 192 ss.; per aggiornamenti anche di carattere giurisprudenziale v. infine L. TROGNI, *Commenti relativi agli artt. 253 c.p.c. e ss.*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve al Codice di procedura civile*, 3ª ed., Padova 1994, 554 ss.; in giurisprudenza, riguardo ai limiti circostanti l'esercizio dei poteri *ex art. 253 v.*, ad es., Cass., 1 febbraio 1969, n. 301; Cass., 22 febbraio 1990, n. 1312; riguardo alla utilizzazione della prova *de relato ex art. 257, v.*, sempre a titolo esemplificativo, Cass., 14 febbraio 1990, n. 1095; Cass., 8 febbraio 1991, n. 1328 (citare anche in M. TARUFFO,

Non appaiono analoghi a questi, risultando in realtà essenzialmente catalogabili come possibili misure per il funzionamento effettivo dell'attività di assunzione della prova in questione, poteri come quello di disporre la rinnovazione dell'esame dei testimoni, il loro confronto nonché la riassunzione di testimonianze già escluse in quanto ritenute in precedenza superflue⁴¹.

Funzione altrettanto diversa – ossia, non corrispondente a un'attivazione positiva del giudice in fase di assunzione della prova testimoniale – può attribuirsi ad altri poteri pure rientranti tra quelli spettanti al giudice in fase istruttoria. Si tratta di poteri significativamente descritti come «negativi», in forza dei quali l'intervento del giudice appare essenzialmente finalizzato a limitare o evitare il ricorso alla prova testimoniale, piuttosto che a disciplinarne le modalità di assunzione attraverso il ricorso a incisivi poteri di iniziativa istruttoria. Così è, manifestamente, sia per il potere di riduzione delle liste testimoniali sovrabbondanti, *ex art. 245 c.p.c.*, sia per quello, *ex art. 209 c.p.c.*, di chiusura della fase istruttoria senza l'effettiva assunzione delle testimonianze già ammesse in precedenza⁴².

Per contro, una conferma indiretta della circostanza sopra rilevata – ossia della limitatezza dei poteri del giudice in ordine alla disponibilità della prova testimoniale – è fornita dall'ampiezza relativamente maggiore ad essi conferita al di fuori del processo ordinario. È ricorrente per la sua evidenza il riferimento ai due esempi macroscopicamente dimostrativi di ciò, e individuabili nel procedimento pretorile e in quello del lavoro. Il riferimento largamente scontato è alla possibilità, assente nel procedimento ordinario, che il pretore – vecchio art. 317, attuale art. 312 c.p.c. – disponga *ex officio* la prova per testimoni in presenza di informazioni-indicazioni delle parti che ne giustifichino l'effettuazione⁴³.

Anche più ampiamente e organicamente manifesta è tale diversità con riferimento alla relativa disciplina del procedimento del lavoro. La disciplina del '73 – sulla scia di un'impostazione già presente nella normativa originale del codice, largamente più liberale riguardo ai poteri esercitabili d'ufficio dal giudice in materia di prove⁴⁴ – trova infatti il suo perno nelle disposizioni dell'art. 421 c.p.c. novellato che, oltre a prevedere per il giudice il potere di superare nell'ammissione dei mezzi di prova i limiti del codice civile,

L'istruzione probatoria, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, 326); circa la circostanzialità necessaria di tali deposizioni, v. inoltre Cass., sez. III, 12 dicembre 1994, n. 10603.

⁴¹ Cfr. ancora M. TARUFFO, *voce cit.*, 735; V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 361 ss.; S. GIBIINO, *op. cit.*, 196 ss.

⁴² Riguardo all'art. 245 v. ampiamente V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 358 ss.; al riguardo v. anche M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; inoltre nella manualistica G. A. MICHELI, *Corso*, cit., 153 ss.; S. SATTA, *Commentario*, cit., II, 1, 259 ss.; sempre riguardo all'art. 245, v. di recente – anche per i relativi riferimenti bibliografici – L. TROGNI, commento in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve*, cit., 539 ss.; quanto all'art. 209 cfr. – con le stesse modalità – F. ROTA, *Commento*, *ivi*, 484.

⁴³ Cfr. al riguardo in linea generale le considerazioni di V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1960, II, 362 ss.; Id., *Diritto processuale civile*, Napoli 1979, I, 756; inoltre v. V. DENTI (ed.), *Le prove nel processo civile*, Milano 1973, 31 ss.; v. anche M. TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 1567 ss.; per indicazioni coordinate con il recente riassetto normativo v. F. ROTA, *Commento all'art. 312*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 667-668.

⁴⁴ Per un analogo rilievo cfr. M. TARUFFO, *voce cit.*, 735.

espressamente consente a questi di sottoporre a interrogatorio libero i soggetti terzi esclusi per incapacità dalla testimonianza secondo la disciplina generale in materia⁴⁵.

È stato autorevolmente rilevato come l'esistenza di un apparato di eccezioni tanto corposo rispetto alla limitatezza dei poteri a disposizione del giudice al riguardo nel processo ordinario segnali «una più generale tendenza all'accentuazione del ruolo inquisitorio del giudice con riferimento a tutti i mezzi di prova non espressamente riservati alla disponibilità delle parti», realizzando a livello di ordinamento «una inversione del rapporto regola-eccezione attualmente fissato nell'art. 115 c.p.c.»⁴⁶. Conferma in parte la correttezza di questo giudizio l'ulteriore presenza nella nostra normativa processuale di esempi di ampi poteri del giudice di disporre della prova testimoniale; come specialmente accade nel tipo di procedimenti speciali definiti «a contenuto oggettivo»⁴⁷.

Ciò sembra tuttavia più che altro collocarsi ancora all'interno di una logica di specialità, tale in definitiva da giustificare la maggiore inquisitorialità conferita a certi procedimenti in ragione essenzialmente della loro eccezionalità, in tal modo confermando il diverso carattere globale del sistema e la sua prevalente rispondenza ad altri criteri, e soprattutto a quello di una virtualmente esclusiva disponibilità delle parti su mezzi di prova come la testimonianza. Pur apparendo quella sopra segnalata un'evoluzione oltre che auspicabile anche inevitabile, si deve infatti constatare l'assenza di espliciti segnali in tal senso nella più recente novellazione processuale; un'indicazione di scarso consenso sull'adeguamento anche del quadro disciplinare a questa esigenza?

II. CONFINI NELLA DISCIPLINA DEI CODICI

1. Incapacità e divieti

a) Il problema della limitazione dell'ambito dei soggetti abilitati a testimoniare si ricollega in parte a quello già trattato (v. *supra* par. 2) delle caratteristiche soggettive di questo mezzo di prova. Per tale ragione, non appare trascurabile anche a questo riguardo un richiamo alla tendenza a delimitare l'area dei soggetti abilitati alla testimonianza, che ha appunto segnato l'approccio tradizionalmente riservato a tale aspetto del tipo di prova qui in esame⁴⁸. Questo riferimento appare inevitabile, specie in ragione della relativa disciplina del c.p.c. In effetti, sull'assetto della normativa al riguardo del codice del '42 risulta netta l'incidenza di criteri almeno risalenti di esclusione dalla testimonianza a fondamento soggettivo – ovvero, operanti in ragione di una preventiva catalogazione delle

⁴⁵ Cfr., ad es., M. TARUFFO, *Problemi e linee evolutive*, op. loc. cit.; Id., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 383; per una panoramica dei problemi relativi – e le relative indicazioni bibliografiche – v. L. DE ANGELIS, *Commento all'art. 421*, in F. CARPI, M. TARUFFO, op. cit., 889 ss.

⁴⁶ Così espressamente M. TARUFFO, *voce cit.*, 736.

⁴⁷ V. ancora M. TARUFFO, op. ult. cit., 735.

⁴⁸ Cfr. H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire*, Paris 1964, 47, 121 ss.; J. GILISSEN, *La preuve en Europe du XVI au début du XIX siècle*, in *La preuve, Recueils de la Société J. Bodin*, Bruxelles 1965, XVII, 807 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., I, 169, 229 ss.; II, 422 ss., 792 ss.; Id., *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in Id., *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 218 ss.; V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in Id., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, 91 ss.

categorie di soggetti da considerarsi non abilitati, incapaci, a rendere testimonianza in giudizio. Bisogna anzi aggiungere che – come è stato del resto a più riprese sottolineato – nella normativa vigente il recupero di tali criteri e concezioni si segnala per modalità di realizzazione del tutto anacronistiche anche rispetto al momento storico-culturale di elaborazione della normativa del codice⁴⁹.

L'evoluzione che nel corso del secolo scorso e del primo trentennio di questo trova realizzazione proprio in questo contesto – sulla base del resto di prodromi anche più risalenti⁵⁰ – si muove infatti nella direzione di un completo superamento della schematica delimitazione dell'ambito dei soggetti abilitati alla testimonianza, e comunque della predisposizione di specifiche catalogazioni al riguardo.

Accade in sostanza che tali catalogazioni riconducibili alla tradizione tardo-medievale, e già oggetto di elaborazione critica nella trattatistica cinque-seicentesca, tendano progressivamente a ridursi e scomparire⁵¹.

Un fenomeno che si realizza intanto sul piano scientifico, ma che – con un prevedibilmente significativo scarto cronologico – trova riscontro anche in molte normative processuali a partire dal secolo scorso. È ciò che notoriamente accade per la relativa disciplina del codice del 1865, che in effetti non prevede alcuna categorizzazione specifica dei soggetti inabilitati alla testimonianza, ma un'indicazione generica della ragione di fondo per il mancato esercizio dell'attività testimoniale – essenzialmente individuata nell'interesse della causa –, con l'attribuzione comunque al giudice di un ampio potere di valutazione discrezionale del tenore dell'eventuale dichiarazione testimoniale⁵².

La diversità di impostazione della vigente disciplina dell'art. 246 c.p.c. consiste proprio nel radicale ribaltamento di tale criterio di fondo. Ciò che si realizza è la sostituzione a questa logica sostanzialmente fondata sulla mera individuazione di criteri generici di inattendibilità – i cosiddetti «motivi di sospetto» caratteristici della terminologia del codice del 1865 – nonché sulla verifica ad opera del giudice, in un momento ovviamente succes-

⁴⁹ Per una tale valutazione cfr. in particolare ancora M. TARUFFO, *voce cit.*, 736 ss.

⁵⁰ Per richiami all'impostazione che tali problemi hanno già prima della realizzazione delle grandi codificazioni, oltre a un generale rinvio alle note *infra*, v. V. ANDRIOLI, *Prova testimoniale*, cit., 239 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., I, 421 ss.; H. NAGEL, *Die Grundzüge des Beweisrechts*, cit., 73 ss.; R.C. VAN CAENEGEM, *La preuve dans le droit du Moyen Age occidental*, in *La preuve, Recueils de la Société J. Bodin*, cit., 745 ss.

⁵¹ Cfr., ad es., R. VILLERS, *La preuve dans l'ancien droit français du XVI au XVII siècles*, in *La preuve*, cit., XVII, 349 ss.; H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, 124 ss.; inoltre, per significative considerazioni al riguardo all'interno di un'indagine centrata solo apparentemente sullo specifico problema della presenza nel modello di *common law* di una regola di esclusione come la *hearsay rule*, v. M. R. DAMASKA, *Of Hearsay and Its Analogues*, in 76 *Minn. L. Rev.* 1992, 425 ss. (dell'estratto).

⁵² Il riferimento normativo è espressamente all'art. 237 del c.p.c. 1865 che fa riferimento essenzialmente ai «motivi di sospetto» che le parti sarebbero «sempre in diritto di proporre»; cfr. il rilievo di tale significativa differenza in M. TARUFFO, «*Prova testimoniale*», cit., 736; nella dottrina ottocentesca v., ad es., C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Firenze 1908, IV, 489 ss.; F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, Firenze 1878, II, 198 ss.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino 1894, II, 511 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano s.d., III, 659; Id., *Manuale della procedura civile*, Torino 1897, I, 267 ss.

sivo all'assunzione, di una logica di preventiva esclusione fondata sull'individuazione delle categorie dei soggetti incapaci⁵³.

Come è stato già da altri sottolineato, appare oggi evidente quanto l'intento razionalistico alla base di questa operazione sortisca tuttavia l'effetto – virtualmente opposto alla stessa volontà del legislatore del '42 – di un ritorno al passato più risalente, realizzando il sostanziale recupero di meccanismi di preventiva selezione dei possibili testimoni non dissimili da quelli alla base delle regole d'esclusione di matrice tardo-medievale; meccanismi e *philosophies* che, anche ove tradizionalmente presenti come negli ordinamenti di *common law* quale nucleo centrale della *law of evidence*, sono da tempo sottoposti a critiche tanto radicali da aver quasi perduto incidenza pratica a livello di sistema⁵⁴.

Al di là di queste considerazioni, bisogna dire degli ulteriori rilievi che l'analisi della disciplina del codice a questo riguardo impone in merito alla sua concreta funzionalità sul piano applicativo. Il riferimento è in via principale al carattere solo apparentemente chiaro e quasi assiomatico del testo della normativa in questione. In effetti, le difficoltà poste sul piano interpretativo e applicativo dall'art. 246 c.p.c. nel corso della sua ormai più che cinquantennale vigenza forniscono ulteriori indicazioni per valutare il senso delle scelte del legislatore del '40 a questo proposito.

A giudicare dal carattere iper-analitico, fortemente contrastato, nonché privo di sostanziale chiarezza del panorama dottrinale e giurisprudenziale, il risultato prodotto dalla norma non appare in effetti del tutto lusinghiero; posto beninteso che con qualche compiacimento non si tenda a considerare l'oscurità come un *proprium* ineluttabile delle norme processuali.

È specialmente nell'elaborazione dottrinale che trova riflesso l'esigenza di rendere tale complessità-oscurità della disciplina dell'art. 246. Nel rispetto della premessa secondo la quale è esclusa l'assunzione di testimonianze provenienti da soggetti aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimarne la partecipazione al giudizio, l'interpretazione della norma si è inevitabilmente risolta nella tendenza a realizzare distinzioni e suddistinzioni. In particolare, la tendenza è stata a catalogare tale interesse sulla base prevalente del tipo di intervento al quale il terzo sarebbe virtualmente legittimato: ora escludendosi capacità testimoniale per i terzi *tout court* legittimati a intervenire in giudizio – ossia, in qualsiasi delle tre tradizionali forme di intervento –, ora prevedendo invece un'eccezione per i creditori legittimati al solo intervento adesivo dipendente, ora estendendo quest'eccezione a tutti i soggetti non legittimati a interventi di tipo principale o adesivo autonomo; ora, per contro, sostenendo che ad essere escluso dalla testimonianza dovrebbe essere proprio il solo terzo legittimato a intervento adesivo dipendente⁵⁵.

⁵³ Si rinvia per i richiami alla logica e alla disciplina del codice del '65 alle indicazioni alla nota che precede; per l'impostazione diversa della normativa vigente v. – con un rinvio di carattere generale alle note *infra* – M. TARUFFO, *voce cit.*, 737 ss.

⁵⁴ Cfr. M. R. DAMASKA, *op. loc. cit.*; nella letteratura italiana v. A. DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 97 ss., 223 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 335 ss., 349 ss.; S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova per testimoni*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 382 ss., 389 ss.

⁵⁵ Cfr. in particolare V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 336-339; M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; L.P. COMOGGIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1976, 55 ss.; di recente, v. anche L. TROGNI, in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario*, cit., 542 ss.; in funzione esemplificativa dei riflessi in giurisprudenza delle interpretazioni – sinteticamente indicate nel

È stato da tempo messo in luce come il senso più profondo di questa impostazione della disciplina dell'art. 246 c.p.c. corrisponda essenzialmente all'intento di comprimere lo spazio di valutazione del giudice, risolvendo a priori il problema dell'attendibilità del testimone⁵⁶. Bisogna dire che l'adeguamento della dottrina a questa prescrizione – anche se, come nell'ultima posizione indicata, talvolta mirando a ridurne l'incidenza effettiva – si è ormai sostanzialmente verificato⁵⁷.

Occorre aggiungere che, nonostante qualche differenziazione concernente il processo di elaborazione della disciplina in questione, ciò è quanto in definitiva si realizza anche in giurisprudenza. Anche in quest'ambito, tuttavia, la pur naturale minor propensione sia verso criteri di interpretazione astratti sia verso la tendenza classificatoria manifestatasi in dottrina non ha sortito risultati di rilievo sotto il profilo di un'esegesi effettivamente reinterpretatrice dell'art. 246 c.p.c. È il caso del ricorso a un criterio come quello della personalità, della concretezza e dell'attualità dell'interesse del terzo come strumento per superare le limitazioni previste *ex lege*; criterio la cui coerenza evidentemente molto scarsa con la lettera dell'articolo in questione di per sé non fa che segnalare le ardue difficoltà dell'interprete a questo riguardo⁵⁸.

In realtà, come del resto è ampiamente ammesso in dottrina, è appunto il senso oggettivo di questa disposizione a rendere vani i tentativi di comprimere l'estensione del divieto in essa previsto nei confronti della testimonianza del terzo. Il «senso oggettivo» risultante dalla lettera della norma prescinde infatti del tutto da qualsiasi tipo di valutazione della natura e del carattere dell'eventuale interesse del terzo; valutazione invece con tutta evidenza alla base dei vari tentativi di interpretarne in qualche modo riduttivamente il dettato⁵⁹. Si pone su questa linea, sempre ad opera della giurisprudenza, il tentativo di catalogare come «ad eccezione di parte» la rilevazione del mancato rispetto della disposizione contenuta nell'art. 246 c.p.c.⁶⁰. Un tentativo, francamente maldestro, di aggirare il dettato fin troppo palese di questa norma, rispetto al quale appare più corretto denun-

testo – relative ai criteri di individuazione dei soggetti incapaci v. – interesse di fatto (Cass., 30 maggio 1990, n. 5079; Cass., 8 agosto 1990, n. 7990; Cass., 28 agosto 1993, n. 9126; Cass., 5 gennaio 1994, n. 32; Cass., 1 aprile 1995, n. 3846); – escluso il soggetto portatore di interesse tale da giustificare intervento principale e consequenziale ammissione del portatore di interesse di mero fatto (Cass., 13 agosto 1987, n. 6932; Cass., 3 febbraio 1993, n. 1341).

⁵⁶ Così ancora M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; L.P. COMOGLIO, *Incapacità*, cit., 52 ss.; in giurisprudenza, il carattere largamente maggioritario delle prese di posizione in favore di una netta distinzione fra la nozione di capacità a testimoniare e di attendibilità effettiva del testimone, sembrano indicare un diverso stato di evoluzione dell'elaborazione al riguardo, v., ad es., Cass., sez. II, 28 agosto 1993, n. 9126 (anche se la tendenza che recentemente sembra manifestarsi a un'attenzione per la concreta valenza dell'interesse può forse essere vista come il manifestarsi di una tendenza a valutare nel concreto la figura del soggetto-testimone, v. App. Torino, 11 giugno 1992, *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, 979, con nota di E. DALMOTTO).

⁵⁷ Cfr., oltre a M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; V. ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁸ Cfr. richiami in M. TARUFFO, *voce cit.*, 737; L.P. COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*; L. TROGNI, *op. cit.*, 543; si rinvia anche ai richiami al dato giurisprudenziale presenti nelle nn. che precedono, cui *adde*, per una quasi tautologica reiterazione del dettato della norma Cass., 1° aprile 1995, n. 3846.

⁵⁹ Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 738 (note 55-60).

⁶⁰ V. ancora M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 338-339; L. TROGNI, *op. cit.*, 544 (anche per aggiornati richiami in giurisprudenza).

ciarne l'effettiva carenza sul piano della sua *philosophy* di fondo: la già rilevata esclusione di qualsiasi attività di apprezzamento circa l'effettiva attendibilità delle dichiarazioni da parte del giudice.

A questo riguardo, piuttosto che sulla base di simili forzature esegetiche, sembra il caso di sottolineare l'anacronismo della norma in questione anche a fronte del quadro legislativo presente nel nostro ordinamento da ormai circa un ventennio. Riferimenti d'obbligo la disciplina relativa del processo del lavoro e la sentenza della Corte costituzionale del 1974, le scelte relativamente più recenti del legislatore in effetti segnalano una ormai evidente soluzione di continuità rispetto alla concezione espressa nella norma sopra illustrata.

Così è, con tutta evidenza, per quanto concerne il rito del lavoro. Appare infatti non equivoco che la scelta del legislatore del '73 sia stata nettamente nel senso di attribuire un rilievo notevole alla libera valutazione del giudice in ordine all'apprezzamento di tutti i mezzi di prova. Anche in ragione del raffronto con la disciplina del processo ordinario, è agevole la constatazione che, nella nuova versione dell'art. 421 c.p.c., questa scelta di indirizzo generale trova particolare riscontro per quanto concerne la prova testimoniale⁶¹. E appare ulteriormente significativo che nella disciplina dell'art. 421 sia espressamente prevista la possibilità di avviare al limite *ex art.* 246 in quanto ciò appaia «necessario»⁶². Una soluzione che invero, pur non realizzando una deroga in senso proprio alla disciplina di quest'ultima norma – si è in effetti correttamente messo in luce il mancato conferimento al terzo interessato dello *status* formale di testimone ma piuttosto il ricorso ad una forma di interrogatorio libero, con il conseguente collegamento alla disposizione dell'art. 116 c.p.c. per quanto concerne il valore delle dichiarazioni rese in tale sede⁶³ –, appare per ciò stesso anche più significativa della volontà del legislatore del '73 di superare i precedenti schematismi, sia di ordine concettuale sia di *stilus* della normazione in materia di prova testimoniale.

È meno esplicito il contributo a tale superamento da parte della giurisprudenza espressa dalla sentenza della Corte costituzionale del 23 luglio 1974, n. 248, avente per oggetto incapacità e divieti di testimonianza in una correlazione disgiunta fra le disposizioni – e le definizioni – contenute negli artt. 246 e 247 c.p.c.⁶⁴. Come noto, infatti, la Corte con questa sentenza dichiara la legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c., con ciò sostanzialmente recependo la *ratio* di fondo alla base delle relative scelte del legislatore del '42. Tuttavia, proprio i motivi a fondamento della doppia dichiarazione di costituzionalità-incostituzionalità nei confronti, rispettivamente, dell'art. 246 e dell'art. 247 c.p.c. possono fornire significative argomentazioni di ordine generale contro la logica alla base della disciplina dell'art. 246 c.p.c., oltre che in definitiva contro la sua costituzionalità. Ciò che in particolare sembra rappresentare il punto di maggiore debolezza nella decisio-

⁶¹ Cfr. ancora, ad es., M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 738-739; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 3^a ed., Milano 1987, 109 ss.

⁶² Cfr., anche per ampi riferimenti bibliografici, L. DE ANGELIS, *op. cit.*, 890-891.

⁶³ Cfr. M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴ Al riguardo, fra i riferimenti più tradizionali, v. L.P. COMOGLIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, cit., 41 ss.; M. CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota (A proposito della dichiarazione di costituzionalità/incostituzionalità degli artt. 246-247 c.p.c.)*, in *Giur. cost.* 1974, 3586 ss.; A. SALETTI, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 c.p.c. Prospettive e problemi*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 99 ss.

ne della Corte è il nucleo fondante la sua stessa *ratio*: il criterio dell'incompatibilità fra le posizioni processuali di testimone e di parte, con la correlativa impossibilità di testimoniare espressa con riguardo a quest'ultima nel brocardo *nemo testis in causa propria*, o in analoghe formulazioni⁶⁵.

È essenzialmente in ragione dell'assunzione a valore assolutamente prevalente di tale principio e correlazione che appare alla Corte del '74 possibile giustificare una compressione tanto rilevante del diritto alla prova delle parti. Si tratta di una logica che tuttavia suona affrettata, intrinsecamente errata, e in definitiva sviante alla luce dell'evoluzione storica delle figure di parte e di testimone, nonché infine della stessa concezione ispiratrice della disposizione contenuta nell'art. 246 c.p.c. In effetti, per un verso – come è stato a più riprese e incisivamente sottolineato in dottrina –, così nel sistema di *civil law* come in quello di *common law* sono tanto ampiamente rinvenibili esempi che contraddicono il valore di logica stringente di tale reciproca dichiarata incompatibilità processuale tra la figura di parte e quella di testimone da rappresentare anzi ciò un dato ormai acquisito e incontrovertibile⁶⁶.

Piuttosto, e per altro verso, è pure stato persuasivamente messo in luce come alla base della scelta del legislatore del '40 si ponga una forzatura di ordine e logico e tecnico-processuale. Una forzatura il cui nucleo consiste nell'immediata assimilazione della legittimazione all'intervento a «causa tipica di incapacità a testimoniare», con ciò omettendo il fondamentale passaggio logico esistente fra l'eventuale inconciliabilità della posizione di parte e quella di testimone (con la conseguente comminatoria di incapacità a testimoniare per chi parte sia) e l'estensione *tout court* anche al terzo interessato di tale incapacità⁶⁷.

È dunque anche in ragione dell'assenza di un'effettiva ponderazione di distinzioni concettuali pur imprescindibili come quella fra le nozioni di parte e di terzo nella prospettiva della testimonianza che l'operazione compiuta con la sentenza del 1974 si segnala come essenzialmente un tentativo di avallare, tramite una razionalizzazione fattizia, le precedenti scelte del legislatore al riguardo. Ciò che appare tuttavia cruciale è il risultato di tale operazione: l'aprioristica esclusione del terzo interessato dalla testimonianza, con una compressione di conseguenza virtualmente molto rilevante del «diritto alla prova» nei confronti delle parti costituite che giustifica ampiamente i ricorrenti rilievi di illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 246 c.p.c., nonché il diffuso sfavore che da un ventennio ha accolto la relativa sentenza della Corte⁶⁸.

b) Al confronto non risulta altrettanto problematico l'inquadramento teorico delle discipline degli artt. 247 e 248 c.p.c. Appare, in effetti, pacifica la fondatezza della comminatoria di incostituzionalità contenuta nelle sentenze della Corte costituzionale del '74 e del '75⁶⁹. E sembra in particolare ineccepibile la *ratio* relativa, ove vengono catalogate come ingiustificate compressioni del diritto di difesa – fondate «soltanto su motivi di sospetto e di non sincerità» aprioristici – derivanti da ragioni di parentela (la testimonianza

⁶⁵ Così v. L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 46 ss.; M. CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, 3588; nella manualistica v. V. ANDRIOLI, *Corso*, cit., II, 224, nota 5.

⁶⁶ Cfr. ancora L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 55 ss.; v. richiami in M. TARUFFO, *voce cit.*, 739.

⁶⁷ Si rinvia ancora ai rilievi in L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 52 ss.; M. CAPPELLETTI, *op. loc. ult. cit.*; A. SALETTI, *op. cit.*, 100 ss.

⁶⁸ Come è sottolineato in M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.* e V. ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁹ Cfr. spec. A. SALETTI, *op. cit.*, 99 ss.; nonché L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 46 ss.

del coniuge) o di età (la testimonianza del minore di anni 14)⁷⁰. Come è già stato rilevato, sorprende che un'analogia linearità di ragionamento – essenzialmente il richiamo al superiore principio di valutazione *a posteriori* da parte del giudice riguardo alla eventuale fondatezza o non della prova – la Corte non abbia nella circostanza ritenuto di adottare anche riguardo alla disciplina dell'art. 246 c.p.c.⁷¹.

Riguardo agli effetti della declaratoria, occorre segnalarne il diverso impatto sulle discipline degli artt. 247 e 248 c.p.c. In sé per nulla problematica sul piano interpretativo, la praticamente totale cancellazione della disciplina dell'art. 248 sembra porre come esclusivo e residuo problema quello della qualificazione del resoconto proveniente da un minore, non testimone in senso stretto ma soggetto virtualmente in grado di fornire chiarimenti, secondo un'accezione già propria del codice del '65, che parlava infatti della loro possibile utilizzazione processuale con mera finalità di «semplice schiarimento»⁷².

È per contro nota e palese la maggior problematicità della disapplicazione dell'art. 247 c.p.c. E ciò specialmente sotto un duplice profilo: quello del coordinamento con la disciplina relativa del processo del lavoro, e quello, in svariate circostanze verificabile ma comunque essenzialmente giustificato dalla finalità di non danneggiare in tal modo un proprio congiunto, della mancata disponibilità a rendere testimonianza.

Si tratta, in quest'ultima ipotesi, di un conflitto per il quale non sembra possibile rinvenire 'altrove' soluzioni nel nostro ordinamento; posta l'ovvia inapplicabilità nella fattispecie della facoltà di astensione ordinariamente prevista per il testimone a fronte della presenza di segreti, professionali o d'ufficio (*ex* rinvio dell'art. 249 c.p.c. agli artt. 351 e 352 c.p.p. peraltro non più vigenti). Come è stato già avvedutamente prospettato, è questa una delle circostanze che più nettamente sembrano necessitare di soluzioni *de iure condendo*; e rispetto alla quale sembra solo possibile auspicare la rapida adozione di previsioni normative che, previo controllo del giudice, espressamente consentano di estendere la testimonianza agli stessi soggetti indicati nella versione originale dell'art. 247 c.p.c.⁷³.

2. Prova testimoniale e documentale

Nella giustapposizione di questo binomio si sostanzia una parte essenziale del dibattito che ha interessato il problema della prova, trovando ampio riscontro sia nelle normative in materia – recenti quanto risalenti – sia nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. Si può subito aggiungere che la combinazione dei rapporti all'interno di tale binomio ha inoltre segnato la vicenda dell'evoluzione dei diritti delle prove nei vari ordinamenti.

E ciò nel senso che – procedendo per estreme approssimazioni – nel corso del tempo si è registrato, almeno negli ordinamenti di *civil law* ma in larga misura anche in quelli di

⁷⁰ Così L.P. COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*; A. SALETTI, *op. cit.*, 102 ss.

⁷¹ Cfr. L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 48 ss., 54 ss., 60 ss.

⁷² Cfr. L.P. COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*; A. SALETTI, *op. cit.*, 109; per un'analisi della disciplina della disposizione in questione del Codice del '65 (l'art. 236, il cui testo è il seguente: «I minori di anni 14 possono essere sentiti senza giuramento e per semplice schiarimento»), v. per tutti C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Firenze 1908, IV, 199 ss.

⁷³ I riferimenti sono ancora a L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 61 ss., 66 ss. (per richiami comparatistici), 71; A. SALETTI, *op. cit.*, 109, 112; nella dottrina processualpenalistica v., ad es. E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973, spec. 26 ss.

common law, un'inversione di prevalenze: da quella della prova testimoniale sulla documentale a quella della prova documentale sulla testimoniale; inversione e mutamento del resto espressi anche in 'brocardi' come il francese *lettres passent temoins*⁷⁴.

Come ogni generalizzazione, anche questa è solo relativamente veritiera e comunque di per sé non sufficientemente illustrativa della complessità di svolgimento del processo di inversione delle prevalenze, tra prova documentale e prova testimoniale, al quale si è fatto riferimento. E se in linea generale si può affermare che il risultato del processo di evoluzione dei diritti delle prove ha portato, specie negli ordinamenti europeo-continentali, all'attribuzione – per lo più, anche se variamente, codificata – di maggiore affidabilità alla prova scritta rispetto alla testimonianza, occorre subito aggiungere che questo dato necessita di una pur sintetica storicizzazione e inquadramento. Per coglierne l'effettivo significato e l'intrinseca relatività, si rende infatti necessario tenere conto di elementi ulteriori, anche non prettamente giuridici, che su vari versanti – di evoluzione storico-politica, tecnologica, epistemologica e in senso lato culturale – hanno influenzato e in larga parte determinato questo evento⁷⁵.

In una prospettiva come questa, tale evoluzione appare anzitutto non collegabile all'attribuzione su base esclusivamente teorica di un'affidabilità intrinsecamente minore alla prova testimoniale. Le ragioni fondanti questa discrepanza appaiono piuttosto da connettere ad alcune circostanze storiche che conducono alla progressiva acquisizione di maggiore affidabilità del documento nel corso di un processo che occupa un periodo di tempo del resto molto ampio, tra i secoli XIII e XVI. Si può anzi dire che costituisce un dato ormai tradizionalmente acquisito che questa evoluzione sia coincisa con un fenomeno complesso e multiforme, a sua volta composto da vari fenomeni che nel corso del tempo hanno consentito il consolidarsi di questo stato di maggiore affidabilità della prova documentale. Considerati in prospettiva diacronica, i principali di tali fenomeni possono essere sintetizzati facendo riferimento anzitutto alla circostanza della progressiva autonomizzazione nell'uso della documentazione come strumento per la realizzazione di certi atti giuridici, e conseguentemente come mezzo di prova della loro esistenza e modalità⁷⁶.

Giungendo a caratterizzare la forma scritta come condizione stessa dell'esistenza di alcuni atti, questo processo attua, per un verso, il completo distacco della documentazione dalla effettuazione preventiva di una testimonianza⁷⁷. Per altro verso, e in senso più vasto, esso segnala come l'aspetto di pre-rinascenza del passaggio epocale che si realizza nell'ul-

⁷⁴ In tema, in una letteratura intuibilmente vastissima (e con un implicito rinvio anche alle indicazioni bibliografiche alle note successive), v., ad es., fra gli studi italiani i richiami presenti in V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 329 ss., 341 ss.; M. TARUFFO, *voce cit.*, 741 ss.; Id., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 346 ss., 426 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., I, 166 ss., 187 ss., 281 ss.; V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove*, in Id., *Dall'azione al giudicato*, Padova 1983, 264 ss. (già in *Riv. dir. proc.* 1969, 12 ss.).

⁷⁵ Si rinvia al riguardo alle indicazioni bibliografiche in M. TARUFFO, *voce cit.*, *loc. cit.*, nota 83 ss.; per la parallela evoluzione del diritto di *common law* su tale versante v. di recente J.F. NIJBOER, *Common Law Tradition in Evidence Scholarship Observed from a Continental Perspective*, in 41 *Am. J. Comp. L.* 1993, 299 ss.

⁷⁶ Cfr., ad es., J. GILISSEN, *op. cit.*, 283 ss., 285 ss.; G. LEPOINTE, *op. cit.*, 169 ss.

⁷⁷ Cfr., per la situazione precedente, R.C. VAN CAENEGEM, *La preuve dans le droit du Moyen âge occidental*, in *La preuve*, cit., XVII, 745 ss.; H. LEVY-BRUHL, *La preuve*, cit., 120 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., I, 48 ss.

tima parte del cosiddetto Basso Medioevo coincide, in campo giuridico, essenzialmente con l'elaborazione di uno strumentario di certificazione tale da fornire più efficaci garanzie probatorie per la contrattualistica collegata allo sviluppo delle attività commerciali in atto in tutta Europa, e più o meno conseguentemente anche allo sviluppo di una diversa cultura del processo e delle prove al suo interno⁷⁸. Si aggiunge a questo complesso di eventi anche un ulteriore fattore di oggettivo, anche se probabilmente non equivalente, rilievo: la riduzione di affidabilità che la prova testimoniale contemporaneamente subisce per via dei molti aspetti corruttivi, e di conseguente scarsa attendibilità, connessi alla gestione della prova testimoniale nel processo civile di diritto comune medievale⁷⁹. È nonostante tutto in particolare a questo dato, piuttosto che alla crescente diffusione del documento nelle attività commerciali nonché alla progressivamente sempre più raffinata perizia certificativa dei notai, che – forse anche per ragioni di semplificazione retorica del discorso – viene fatto riferimento quando, dalla metà del XVI secolo, questo stato di cose trova un assetto a livello normativo. Così è notoriamente per quanto riguarda la Francia, come risulta dall'art. 54 dell'*ordonnance* di Moulins del 1556 e da quella più generale sistemazione della materia processuale nel *grand siècle* corrispondente all'*ordonnance* del 1667; in entrambe le circostanze, all'espressione «*lettres passent temoins*» si connette *in primis* una svalutazione della prova testimoniale, non disgiunta dall'esigenza di reagire all'estensione dei tempi del giudizio derivanti dalle modalità della sua assunzione nel processo, nonché alle relative complicazioni, in un'ottica di economia processuale⁸⁰.

Un'evoluzione come questa trova pieno riflesso nelle discipline della prova contenute nella grande normazione francese di epoca napoleonica. Appare infatti discendere direttamente dalle scelte contenute nelle *ordonnances* sopracitate, in relazione alla maggiore attendibilità attribuibile alla prova documentale, la soluzione predisposta al riguardo, nel *Code civil*, agli artt. 1341 ss.⁸¹. Si tratta invero di una norma che rappresenta e fornisce

⁷⁸ Per limitarsi a un'indicazione nella letteratura giuridica italiana, v. A. GIULIANI, «*Prova in generale. a) Filosofia del diritto*», cit., 539 ss., 543 ss.

⁷⁹ Per le relative indicazioni bibliografiche si rinvia a quanto in A. GIULIANI, «*Prova in generale. a) Filosofia del diritto*», cit., 534 ss., 540 ss.; M. TARUFFO, *voce cit.*, 741 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 353 ss.; si veda inoltre spec. e tra gli altri, R. C. VAN CAENEGEM, *La preuve au Moyen âge occidental*, cit., 745-748.

⁸⁰ Cfr., ad es., R. VILLERS, *La preuve dans l'ancien droit français*, in *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles 1965, XVII, 2, 351 ss.; J. GILISSEN, *La preuve en Europe (XVI-XIX)*, ivi, 806 ss.; richiami a questa vicenda sono comunque anche presenti in studi risalenti, così, ad es., v. C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français*, Bruxelles 1830, V, 2 ss.; V. MERCADÉ, *Explication du Code Napoléon*, Paris 1866, V, 108 ss., 370 ss.; P.S. MANCINI, G. PISANELLI, A. SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile degli Stati Sardi*, Torino 1861, III, 97 ss.; L. MATTIROLO, *Trattato del Diritto giudiziario civile italiano*, 3ª ed., Torino 1883, II, 231-236; sull'art. 54 di cui nel testo v. espressamente, fra i molti, M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris 1931, VII, 853 ss.; nella letteratura italiana, inoltre, per un'analisi dell'evoluzione storica di cui nel testo v. anche G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 829 ss.

⁸¹ Cfr., ad es., V. MERCADÉ, *Explication*, cit., 103 ss.; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 4ª ed., Bruxelles-Paris 1887, XIX, 423 ss., 429 ss., 487 ss.; C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4ª ed., Paris 1879, VIII, 299 ss. (nota 1, *ivi* per i collegamenti storici con le normative del 1667 e 1566 sulla base della presenza/conservazione dell'espressione «*toute chose*» nel *code*); K.S. ZACHARIAE, *Manuale del diritto civile francese*, Milano 1909, IV, 668 ss.; G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2ª ed., Paris 1905, III, 828 ss.; M. PLANIOL, G.

una sorta di modello per l'assetto che la questione assume da quasi due secoli a questa parte, almeno nell'area 'latina' della cultura giuridica europeo-continentale.

Il nucleo di tale sistemazione si fonda sulla individuazione e sulla catalogazione di modalità negoziali specifiche, realizzate essenzialmente per iscritto, con l'esplicita esclusione di ogni principio generale di libertà delle relative forme. È un approccio che si collega alle precedenti *ordonnances* proprio per la diretta derivazione da queste normative della formula «*passer acte*», nella quale si riflette al contempo la stretta formalizzazione delle attività negoziali nonché la superiorità attribuita alla prova documentale rispetto a quella testimoniale. Come appunto nella lettera dell'art. 1341 del *Code Napoleon*, mentre da un lato si individua in quella documentale l'unica modalità di esecuzione ai fini probatori per i negozi eccedenti certe somme di denaro, dall'altro si proibisce «*aucune preuve par témoins contre et outre le contenu*» di tali atti negoziali⁸².

La circostanza che tale disciplina trovi fedele riproduzione nella legislazione italiana unitaria del 1865 conferma quanto già detto circa la diffusione europea di un'accezione riduttiva – in termini di affidabilità relativa, rispetto al documento – della prova testimoniale⁸³. È tuttavia specialmente con la disciplina del codice del '42 che risulta chiaramente esplicitata la ratio alla base delle limitazioni predisposte a livello normativo nei confronti di questo tipo di prova⁸⁴. Ciò in quanto è già sotto il profilo strutturale che risulta possibile rinvenire in tale normativa una distinzione di massima particolarmente utile a questo fine. E anche in ragione della presenza nel nostro cod. civ. di una disciplina che manifesta nella sua stessa articolazione interna le ragioni non univoche per la predisposizione di limiti all'ingresso nel processo di mezzi di prova testimoniali.

3. Limiti di ammissibilità

È appunto seguendo lo svolgimento della disciplina dall'art. 2721 c.c. in poi che, in linea con una visione ormai consolidata delle previsioni del c.c., al riguardo, risulta tanto chiaramente tracciata quanto agevolmente individuabile una distinzione di massima in ordine ai criteri alla base di tali limitazioni⁸⁵.

Si tratta, come noto, del diverso fondamento e della diversa finalità delle limitazioni previste dagli artt. 2721 e 2725 c.c. È infatti tradizionalmente e diffusamente ricono-

RIPERT, *op. cit.*, 853 ss.; infine per una documentazione – praticamente contemporanea – della formazione della normativa del *code* sul punto v. P. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Paris 1810, IV, 128 ss.

⁸² Si rinvia alle indicazioni nella nota che precede, in parte, cfr., nella dottrina italiana, L. MATTIROLO, *op. cit.*, 240 ss.; e, in quella d'oltralpe, F. LAURENT, *op. cit.*, 431, 486-491 ss.; M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, 858 ss.; v. inoltre R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino 1993, I, 568 ss., 577 ss.

⁸³ Per un raffronto fra i molti tra le due normative v. ancora L. MATTIROLO, *op. cit.*, 239 ss.

⁸⁴ Cfr., ad es., M. TARUFFO, *voce cit.*, 743 ss. e note 99 ss.

⁸⁵ Cfr., ad es., M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Commento agli artt. 2721 c.c.*, in *Commentario al codice civile Cendon*, 202 ss.; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, spec. 342 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove*, cit., 302 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di Diritto civile italiano*, Torino 1975, 400 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*; nella manualistica v. di recente L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna 1995, 533 ss.

sciuto al riguardo che, mentre nella prima disposizione, e nelle norme immediatamente successive, si manifesterebbe l'applicazione a livello normativo di una concezione generalmente preclusiva dell'introduzione nel processo civile di prove di tipo testimoniale, nella seconda questa tendenza *ad excludendum* non assumerebbe carattere generale ma opererebbe in relazione all'incidenza attribuita alla forma scritta sulla validità di alcune categorie di contratti⁸⁶.

Assume con tutta evidenza carattere di disposizione generale la normativa dell'art. 2721, come pure quella dell'art. 2722 c.c. Per l'art. 2721 c.c., ciò sembra in primo luogo da connettere alla sua stretta derivazione, per tramite dell'art. 1341 del codice del 1865, dalla normativa del *Code* e da quella delle *ordonnances* francesi sopracitate⁸⁷. Per quanto la dizione della norma, in ragione del riferimento a «contratti» e non a «*conventions*» o ad «*actes*», si mostri più specifica rispetto sia all'art. 1341 italiano sia all'omologo francese, si è correttamente parlato al riguardo di norma a carattere piuttosto dichiarativo che precettivo, se non quasi consuetudinario⁸⁸.

Una circostanza che del resto è resa evidente e confermata dal carattere meramente simbolico del riferimento presente in tale norma a una somma di denaro significativamente mai rivalutata nel cinquantennio della sua vigenza⁸⁹.

In effetti, è proprio per via di quest'ultima circostanza che la disposizione dell'art. 2721 c.c. sembra pacifico che svolga nel nostro – con qualche raro e singolare ripensamento in sede giurisprudenziale nella direzione del recupero di un qualche significato effettivamente preclusivo, almeno per alcune categorie di contratti⁹⁰ – piuttosto un ruolo genericamente quanto astrattamente preclusivo che una funzione di sbarramento effettivo nei confronti dell'utilizzazione nel processo di dichiarazioni testimoniali come prove di atti scritti.

Tale appare in effetti il ruolo che alla norma è venuta attribuendo la giurisprudenza, attraverso il ricorso a interpretazioni tutte sostanzialmente convergenti verso questo obiettivo. Così è riguardo all'estensione attribuita alla disposizione dell'art. 2721 c.c., ossia alla forte delimitazione dei suoi spazi di applicabilità; come dimostra la tendenza ad escluderne l'applicazione relativamente ai fatti – e ciò indipendentemente dal loro eventuale rilievo nel contesto della fattispecie contrattuale –, nonché ad attività con carattere non esplicitamente negoziale dalle quali non possano pertanto derivare diritti e obblighi

⁸⁶ Cfr., ad es., R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 571 ss.

⁸⁷ Per tale collegamento, oltre alle indicazioni alle note *supra* v. V. ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ Cfr. M. TARUFFO, *voce cit.*, 743; ID., *Commento all'art. 2721 c.c.*, cit., 202; L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 304 ss.

⁸⁹ Sul punto specificamente v. A.C. JEMOLO, *Limiti di valore nella prova per testi*, in *Riv. dir. civ.* 1969, 471 ss.; v. inoltre U. NATOLI, R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione, Prove*, in *Commentario U.T.E.T.*, Torino 1962, 342; R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 568; in giurisprudenza, ad es., v. Cass., 6 aprile 1992, n. 4210 (onere della parte che lamenta il mancato esercizio da parte del giudice del potere discrezionale di derogare al limite «di indicare le circostanze pretermesse [...] che reputa determinanti ai fini dell'ammissione del mezzo istruttorio»); Cass., 26 agosto 1993, n. 9021 (limite *ex* 2721 c.c. – come *ex* 2722 c.c. – non di ordine pubblico ma nell'interesse delle parti «sicché l'inosservanza delle dette limitazioni non può essere eccepita dalla parte dopo l'espletamento della prova»).

⁹⁰ Cfr. al riguardo le indicazioni in M. TARUFFO, *voce cit.*, 744, note 103, 104; ID., *Commento all'art. 2721*, cit., 203; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 343-344.

per le parti (atti unilaterali, riferimento al contratto da parte di un terzo, contratti tra parti e terzi)⁹¹.

Un'analoga finalità riduttiva della portata della norma in esame è ravvisabile nell'ampia possibilità di deroga al riguardo attribuita alle parti. Particolarmente significativa di questa finalità e ampiezza appare la modalità di realizzazione della deroga consentita ormai per costante giurisprudenza: la previsione dell'art. 2721 c.c. si intende infatti derogata ove le parti realizzino un comportamento non coerente con l'intento di pretendere l'effettiva applicazione, attraverso la presentazione di una specifica eccezione⁹².

Si colloca infine nella stessa direzione anche il ruolo che al riguardo viene attribuito in giurisprudenza al potere del giudice di consentire l'ammissione della prova testimoniale su base discrezionale, come peraltro risulta espressamente previsto dallo stesso art. 2721 c.c. I criteri direttivi di tale potere, individuati in dottrina e in giurisprudenza, appaiono invero tanto labili da indicare – sulla base del richiamo all'inciso «ogni altra circostanza» – un'ampiezza di spazi di discrezionalità virtualmente indefinita⁹³. Ciò sembra del resto abbondantemente evidenziato da tentativi di integrazione della lettera della legge come quelli rappresentati dal richiamo a criteri quali la svalutazione monetaria, la qualità di imprenditore commerciale di una delle parti, il combinato con il n. 2 dell'art. 2724 c.c., nonché la richiesta residua di motivazione specifica delle ragioni per l'ammissione⁹⁴.

Caratteri di maggiore rigidità manifesta la disposizione dell'art. 2722, anche in ragione del collegamento alla logica presente nelle già citate *ordonnances* francesi del XVI e XVII secolo, che ne fa uno degli elementi cardine della disciplina in materia di limiti di ammissibilità della testimonianza. Occorre subito dire che, ciononostante, l'interpretazione prevalente della norma permane nel segno di una restrittività analoga a quella adottata per l'art. 2721 c.c. Così, sulla scorta della logica già sperimentata con quest'ultima norma, anche l'applicazione dell'art. 2722 c.c. appare fortemente limitata dal fatto che essa viene ritenuta derogabile se non sia espressamente richiesta la sua applicazione da almeno una delle parti⁹⁵. Inoltre, un limite evidentemente molto forte è rappresentato dall'interpretazione secondo la quale il patto aggiunto opera solo se esso assuma valore effettivamente convenzionale e ne derivino pertanto modificazioni dirette di diritti e obblighi per le parti (o almeno una di esse), non invece qualora esso possa rappresentare un elemento di

⁹¹ Cfr., ad es., V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 344; M. TARUFFO, *voce cit.*, 743 (nota 102); ID., *Commento all'art. 2721 c.c.*, cit., 202; L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 304, nota 25; in giurisprudenza, riguardo all'inciso nell'ultimo capoverso, come esempio di tendenziale limitazione/disapplicazione della norma in esame, v., ad es., Cass., 21 novembre 1988, n. 6263, in *Foro it.* 1991, 2495, con nota di G. VETTORI; in tema di mancata applicazione dei limiti *ex* 2721 c.c. alla prova del *pactum fiduciae* nel cosiddetto negozio fiduciario; riguardo all'inapplicabilità delle prescrizioni dell'art. 2721 c.c. in assenza di un carattere prettamente negoziale, dal quale derivino cioè diritti e obblighi per le parti, v. di recente Cass., 25 marzo 1995, n. 3562 (in precedenza Cass., 16 giugno 1992, n. 7400; Cass., 7 aprile 1987, n. 3351, *Arc. giur.* 1987, 996).

⁹² V. ancora V. ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*; M. TARUFFO, *voce cit.*, 744; ID., *Commento art. 2721 c.c.*, cit., 203.

⁹³ Così v. M. TARUFFO, *voce cit.*, 744; ID., *Commento all'art. 2721 c.c.*, cit., 202.

⁹⁴ Cfr. in part. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 344.

⁹⁵ Cfr. spec. L.P. COMOGGIO, *Le prove*, cit., 306 ss.

interpretazione del contratto, del suo oggetto o scopo; in ogni caso, qualora venga assunto come mero fatto storico⁹⁶.

Su di una linea riduttiva si colloca anche l'interpretazione prevalente della portata di una norma come quella dell'art. 2723 c.c. In questa circostanza, la tendenziale limitazione della finalità preclusiva della norma appare peraltro coerente con la sottoposizione dell'ingresso di prove testimoniali sull'esistenza di patti aggiunti ad un criterio di verosimiglianza, in definitiva corrispondente ad una valutazione discrezionale del giudice – svolta in base alla qualità delle parti e della natura del contratto – riguardo a pattuizioni posteriori alla stipulazione di un contratto⁹⁷.

4. Relative eccezioni

Da quest'ultima annotazione emerge la portata complessivamente limitata delle disposizioni dall'art. 2721 c.c. rispetto alla finalità di escludere il ricorso alla prova testimoniale nelle circostanze indicate, ossia di esistenza di contratti o di patti aggiunti; un problema che risulta peraltro risolto con ben maggiore efficacia dalle norme in materia di forma/esistenza del contratto, che si riflettono nel divieto di utilizzazione della testimonianza ogniqualvolta la forma scritta ne costituisca un elemento di validità⁹⁸. Anche più evidenti sono questi limiti se si tiene conto del consistente gruppo di eccezioni previste dal legislatore del '42 all'art. 2724 c.c. pur semplificando notevolmente rispetto alle analoghe norme dei precedenti codici napoleonico e unitario⁹⁹.

In ragione della loro ampiezza, con tali eccezioni al divieto di testimonianza l'area dell'esclusione risulta in effetti ridotta a un margine estremo di inammissibilità; anche se l'espressione «in ogni caso» che apre la norma e precede l'elencazione delle singole eccezioni risulta, come è stato osservato, almeno imprecisa rispetto alla derogabilità della prova scritta per i contratti nei quali la forma scritta è richiesta *ad substantiam vel probationem*¹⁰⁰. Così è anzitutto con riferimento alla prima delle tre previste, se si considera la portata generalmente molto vasta attribuita alla nozione di «principio di prova scritta», tale ad esempio da comprendere anche le risposte rese all'interrogatorio libero¹⁰¹. Ciò, del

⁹⁶ Cfr. M. TARUFFO, *voce cit.*, 744-745; ID., *Commento all'art. 2722 c.c.*, cit., 203 ss.; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 347; in giurisprudenza, per una divaricazione giurisprudenziale che al riguardo in parte conferma e in parte sembra allontanarsi dalla linea interpretativa indicata nel testo – e del resto, v. n. 90 *supra*, valida anche per le limitazioni *ex art.* 2721 c.c. – v. Cass., 26 agosto 1993, n. 9021; App. Trento, 17 luglio 1992, in *GCo* 1993, II, 387.

⁹⁷ Cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 348; L.P. COMOGGIO, *Le prove*, cit., 307-308; M. TARUFFO, *voce loc. cit.*; ID., *Commento all'art. 2723*, cit., 204; circa il carattere discrezionale della valutazione del giudice sulle circostanze relative alla prova per testimoni di patti aggiunti o contrari posteriori alla formazione di un documento, e la sua conseguente insindacabilità se congiuntamente motivata, v. di recente Cass., 20 dicembre 1994, n. 10969.

⁹⁸ V. specialmente R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., I, 571 ss.

⁹⁹ Cfr. ancora R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 584 ss.; riguardo all'art. 2724 c.c., v. M. TARUFFO, *Commento all'art. 2724 c.c.*, cit., 205-206; ID., «Prova testimoniale», cit., 745 ss.; L.P. COMOGGIO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁰ Si rinvia alle indicazioni alla nota che precede, v. inoltre V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 350 ss.

¹⁰¹ Cfr. ancora M. TARUFFO, *voce cit.*, 746; ID., *Commento all'art. 2724 c.c.*, cit., 205-206; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 349 ss.; nella giurisprudenza recente v. al riguardo, ad es., Cass., 16 aprile 1993,

resto, in coerenza con le stesse modalità di individuazione della categoria presenti nella norma. La provenienza dalla controparte o dal suo rappresentante dello scritto nonché l'apparente verosimiglianza della circostanza da provare non sembrano invero fornire un sicuro criterio di collegamento logico fra, appunto, provenienza e verosimiglianza; talché il tutto si è tradizionalmente risolto nel carattere *tout court* discrezionale della valutazione, virtualmente incensurabile in Cassazione¹⁰².

La seconda ipotesi, dell'impossibilità morale o materiale di procurarsi prova scritta, conferma la già indicata ampiezza e tendenziale estensibilità delle eccezioni previste dall'art. 2724 c.c. L'evidente rinvio a valutazioni caso per caso, e all'apprezzamento del singolo giudice sulle circostanze oggettive e soggettive relative, ha reso pertanto superflua anche l'elaborazione di criteri interpretativi generali al riguardo¹⁰³. Con la terza eccezione, si è – nonostante l'apparente analogia – al di fuori del carattere genericamente estensivo dell'ipotesi n. 2. L'ammissione della prova testimoniale ove la parte che la richieda abbia perduto senza sua colpa il documento si configura in effetti come la più rilevante delle eccezioni previste nell'art. 2724 c.c., in quanto in grado di superare ogni limite al riguardo; anche quello a tutela delle forme scritte *ad substantiam vel ad probationem* previsto nel successivo art. 2725 c.c., che non a caso ad essa rinvia nei suoi primi due commi. La previsione della norma si configura come decisamente molto estesa, a comprendere oltre alla perdita incolpevole anche lo smarrimento del documento e – come altri ha rilevato – la concreta impossibilità della sua produzione a seguito di rifiuto alla sua esibizione¹⁰⁴.

Riveste in ogni caso rilievo essenziale in proposito l'atteggiamento soggettivo della parte che intenda avvalersi della prova. Così, su di essa graveranno in via preliminare oneri quali la dimostrazione del carattere non colposo – non imprudente, non negligente, anche riguardo alla custodia – della perdita nonché, con riferimento alla formazione del documento, della sua realizzazione secondo le prescrizioni di legge¹⁰⁵.

Oltre a queste disposizioni di carattere generale, una conferma della non assolutezza della scelta del legislatore del '42 in favore della prova scritta è fornita dalla presenza di altre previsioni del codice civile che configurano ulteriori circostanze di possibile utilizzazione della prova testimoniale. È quanto ad esempio si verifica, sulla base di una *ratio* di tendenziale facilitazione della prova in casi specifici, per la prova della simulazione *ex art.*

n. 4522 (principio di prova scritta desumibile dalle risposte fornite dalle parti all'interrogatorio); Cass., 24 gennaio 1992, n. 802 (necessaria provenienza della scrittura di riferimento da persona contro cui fatta valere la prova testimoniale).

¹⁰² Si rinvia alle indicazioni alla nota che precede, cui *adde* L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 309 (e indicazioni alla nota 50).

¹⁰³ Cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 351; M. TARUFFO, *voce cit.*, 746; ID., *Commento all'art. 2724 c.c.*, cit., 206; in giurisprudenza, come esempio di un indirizzo chiaramente finalizzato ad una verifica concreta delle circostanze dell'impossibilità v. Cass., 26 marzo 1992, n. 3750 (concorso di «altre speciali e particolari circostanze confluenti e concorrenti»).

¹⁰⁴ Cfr. M. TARUFFO, *op. loc. cit.*; ID., *voce cit.*, 746, note 123, 124; v. in giurisprudenza, ad es., Cass., 11 febbraio 1993, n. 1745; Cass., 1° marzo 1994, n. 2017.

¹⁰⁵ V., ad es., L.P. COMOGGIO, *op. ult. cit.*, 310, nota 55.

1417 c.c. che – oltre che da terzi o creditori – anche tra le parti sarà realizzabile in via testimoniale, se relativa a una domanda per fare valere l'illiceità del contratto dissimulato¹⁰⁶.

Concludendo in tema di limiti all'utilizzazione della prova testimoniale, occorre in ogni caso ribadire la forte incidenza, nonostante il tentativo di ridurne la portata attuato ai vari livelli giurisprudenziali. Pur non del tutto trascurabili, gli interventi al riguardo non hanno intuitivamente potuto modificare la prospettiva generale adottata dal legislatore del codice civile, che vede come del tutto eccezionale il ricorso alla prova testimoniale, infatti normalmente esclusa. Del resto, anche al di là della disciplina specifica in materia di limiti, da quella relativa alle singole fattispecie contrattuali – in ragione del drastico formalismo che la ispira – viene una inequivocabile conferma di questo stato di cose¹⁰⁷.

Uno stato di cose che avrebbe tuttavia la possibilità di configurarsi in maniera parzialmente diversa, almeno sotto due profili. In primo luogo, come è stato ricorrentemente rilevato, non appare infatti scontata la sovrapposizione logica fra il requisito della forma scritta *ad substantiam* e il divieto di utilizzazione della prova testimoniale, estendendo alla forma della prova una condizione di validità del contratto¹⁰⁸. In prospettiva non del tutto dissimile si collocano anche le ipotesi di superamento dei limiti di valore in ragione della verosimile mancata precostituzione di una prova scritta¹⁰⁹.

In secondo luogo, non appare trascurabile il riflesso sulla inaffidabilità attribuita alla testimonianza delle tecniche processuali per la sua assunzione. Le relative modalità, che qui di seguito si illustreranno, segnalano in effetti discrasie tali da rendere in larga misura giustificato, per quanto non auspicabile *de iure condendo*, questo atteggiamento di sfiducia¹¹⁰.

III. REGOLAMENTO PROCESSUALE

1. Modi di deduzione e di ammissione

La disciplina delle modalità di deduzione della prova testimoniale è *in toto* contenuta nell'art. 244 c.p.c. La norma risulta profondamente segnata dall'abrogazione, con la novella del '90, dei commi secondo e terzo per ragioni di coordinamento con le trasformazioni subite dalla disciplina degli artt. 183 e 184 c.p.c. in tema di preclusioni; che – nell'ottica appunto della reintroduzione di una logica generale di preclusioni rigide –

¹⁰⁶ V. ancora M. TARUFFO, *voce cit.*, 746-747 (e *ivi*, nota 127); nella giurisprudenza recente v. al riguardo Cass., 28 settembre 1994, n. 7899; inoltre cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., 400-403.

¹⁰⁷ In questo senso v., ad es., R. SACCO, *Il contratto*, cit., 423, 488 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 568 ss.; in generale sulla tendenziale sottovalutazione della prova testimoniale e la conseguente organizzazione di una disciplina e una concezione fortemente limitatrici al riguardo si vedano ancora le considerazioni di G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 829 ss.

¹⁰⁸ Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 577 ss.; L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 303 ss.; M. TARUFFO, *voce cit.*, 747.

¹⁰⁹ Cfr., ad es., ancora M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 748.

¹¹⁰ Su questa linea cfr. M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., 438 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 352 ss.; V. DENTI, M. TARUFFO, *Simplifying the Taking of Evidence*, in F. WEDEKIND (ed.), *Justice and Efficiency*, Deventer-Antwerpen-Boston 1989, 319 ss.

rende in effetti incongruo e del tutto superfluo il riferimento all'eventuale indicazione da parte del giudice di termini per l'indicazione di testimoni ad opera delle parti¹¹¹.

Nella sua nuova versione, l'art. 244 c.p.c. conserva comunque il nucleo centrale della precedente disciplina. Così, la norma continua a regolamentare il momento iniziale della tradizionale scansione che disciplina la gestione/acquisizione propriamente processuale della prova per testimoni nelle tre fasi di deduzione, ammissione e assunzione. La norma in effetti concerne la deduzione della prova, secondo modalità altrettanto tradizionalmente catalogate come «procedimento secondario» rispetto all'ordinanza di ammissione, alla quale fa capo configurandosi in un'iniziale istanza di ammissione¹¹². Riferita all'ipotesi-tipo della deduzione come manifestazione del potere dispositivo della parte interessata – ma con un'estensione virtualmente ulteriore e generale –, la disposizione dell'art. 244 comporta che la deduzione si realizzi attraverso l'indicazione specifica dei soggetti da interrogare nonché dei fatti, «formulati in articoli separati». Correlativamente, nella logica del principio di *unità della prova*, anche la controparte dovrà controdedurre nel primo atto di risposta¹¹³.

L'aspetto della specificità, che più propriamente caratterizza le modalità di deduzione, permane anche quello con maggiori difficoltà interpretative. In particolare, incerto e controverso appare il senso da attribuire alla nozione di specificità in relazione all'indicazione dei fatti. Sul piano giurisprudenziale, tale nozione è stata fatta oggetto di un'elaborazione interpretativa che si è invero limitata al suo collegamento, in pratica senza ulteriori chiarificazioni, ad un ulteriore criterio a sua volta indicato sulla base della mera definizione, e consistente nella presenza degli «estremi essenziali» dei fatti richiesti di essere provati in via testimoniale¹¹⁴. In tale prospettiva sembra comunque possibile cogliere il senso effettivo della previsione dell'art. 244 c.p.c. nel carattere inevitabilmente circostanziale, da verificare caso per caso, della valutazione del giudice in merito alla sufficiente specificità dell'indicazione dei fatti. Si tratta in effetti di una valutazione discrezionale di rilevanza – come tale sottoposta al regime di incensurabilità proprio di tale categoria di giudizi¹¹⁵ – da realizzarsi anche con riferimento alle possibili attività di controparte in termini di eccezione di inammissibilità o di irrilevanza¹¹⁶.

¹¹¹ Si rinvia al commento relativo alla novellazione degli artt. 183 e 184 c.p.c. ad opera di M. TARUFFO, in M. TARUFFO (ed.), *Le riforme della giustizia civile*, Torino 1993, 235 ss.; ID., voce *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1994, X, 12 (dell'estratto); v. inoltre al riguardo le considerazioni espresse in E. DALMOTTO, in *Nuova giur. civ. comm.* 1994, 138 ss.

¹¹² Cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 353 ss.; S. SATTA, *Commentario*, cit., 253 ss.; M. TARUFFO, *voce cit.*, 748 ss.; ID., *Modelli di prova, loc. cit.*; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 352 ss.

¹¹³ Cfr., ad es., il commento relativo di L. TROGNI, in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve*, cit., 534 ss.; nella manualistica v., ad es., L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 535 ss.

¹¹⁴ Cfr. ancora V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 355; M. TARUFFO, *voce cit., loc. ult. cit.*; ID., *Rilevanza e specificità dei fatti nella deduzione della prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.* 1970, 688 ss.; L. TROGNI, *op. cit.*, 535; in giurisprudenza, come significative avvisaglie di una maggiore rigore al riguardo, v. decisioni come la recente Cass., 1° marzo 1995, n. 2337; Cass., 23 marzo 1995, n. 3380; Cass., 20 aprile 1995, n. 4426; Cass., 29 settembre 1995, n. 10272; Cass., 3 ottobre 1995, n. 10371.

¹¹⁵ Cfr. ad es. L. TROGNI, *op. loc. cit.*; come recente conferma giurisprudenziale di ciò v. Cass., 29 marzo 1995, n. 3693.

¹¹⁶ Cfr. M. TARUFFO, *op. loc. cit.*; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 356.

Sempre in questa prospettiva, la dottrina ha ulteriormente precisato nel senso di vedere il limite della presenza o dell'assenza di specificità al riguardo nella effettiva possibilità che – sulla base dell'indicazione dei dati di fatto – il giudice possa o non prevenire ad un giudizio preliminare di rilevanza ai fini della decisione¹¹⁷. Correlativamente, si è anche ritenuto che tale valutazione incida sulle attività a disposizione della controparte a fronte della deduzione di una prova testimoniale; ove la possibilità di apprezzarne la rilevanza in ragione del rispetto di questa accezione del criterio di «specificità» consentirà di adeguare eventuali controdeduzioni, mentre in caso contrario sarà solo possibile eccepire una violazione dell'art. 244 c.p.c.¹¹⁸.

Il problema della mancata specificità in ordine alle circostanze di fatto si risolve in buona sostanza in quello delle sue conseguenze sul piano processuale, per giurisprudenza pressoché costante corrispondente alla inammissibilità della prova¹¹⁹.

Il procedimento logico tendenzialmente seguito essendo quello della catalogazione di irrilevanza della prova da parte del giudice in ragione dell'impossibilità di valutarne concretamente la rilevanza, tale giudizio si collega necessariamente a due ulteriori questioni concernenti le modalità di accertamento della specificità.

In primo luogo, non appare dubbio il carattere di giudizio di fatto, discrezionale e pertanto incensurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione. Più problematica a questo riguardo sembra invece la cogenza o non della rilevazione da parte del giudice. Nonostante la prevalenza dell'indirizzo giurisprudenziale contrario alla rilevabilità d'ufficio della violazione, con l'implicita ammissione della prova in caso di acquiescenza della controparte, la crucialità del requisito al fine della valutazione della rilevanza della prova da parte del giudice fa propendere per la sua rilevabilità *ex officio* (salva la possibilità per la parte avversaria di attivarsi, anche solo limitandosi a controdedurre prova contraria, qualora il giudice non abbia rilevato il mancato rispetto del requisito di specificità tout court ammettendo la prova)¹²⁰.

In secondo luogo, appare non privo di rilievo anche il problema degli effetti in sede di decisione della prova esperita nonostante il mancato rispetto del requisito di specificità. Al carattere non specifico o generico delle indicazioni fattuali al riguardo è stato prevalentemente attribuito effetto invalidante, salva in ogni caso la sanatoria derivante dall'acquiescenza della controparte. Più aderente ad una visione rispettosa dei poteri di valutazione discrezionale del giudice in materia è l'opinione di chi – argomentando dal carattere

¹¹⁷ Cfr. ancora M. TARUFFO, *op. cit.*, 749 e i relativi richiami alle note 141 ss.; L. TROGNI, *op. cit.*, 536-537.

¹¹⁸ Cfr., ad es., V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 357; M. TARUFFO, *voce cit.*, 749-750; v. inoltre anche S. GIBIINO, *op. cit.*, 137 ss.

¹¹⁹ V. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 749; v. in giurisprudenza, ad es., Cass., 1° marzo 1995, n. 2337; Cass., 21 febbraio 1995, n. 1864 (sanatoria delle nullità *ex art. 244 c.p.c.* «per acquiescenza se non eccepite tempestivamente ai sensi dell'art. 157 c.p.c. perché stabilite dalla legge a tutela degli interessi delle parti e non per motivi di ordine pubblico»).

¹²⁰ Cfr., per l'attenta considerazione del dato giurisprudenziale, L. TROGNI, *op. cit.*, 535; per recenti prese di posizione della giurisprudenza in materia si rinvia alle indicazioni alla nota che precede, alle quali *adde* Cass., 29 marzo 1995, n. 3693; Cass., 20 aprile 1995, n. 4426 (la prescrizione dell'art. 244 c.p.c. da intendersi «non in senso formalistico, ma in relazione all'oggetto della prova»); in precedenza v., ad es., Cass., 27 marzo 1990, n. 2435; Cass., 27 giugno 1991, n. 7205; App. Torino, 11 giugno 1992, *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, 976).

comunque strumentale del requisito di cui all'art. 244 c.p.c. – tende invece a collegare la sopravvivenza o non degli effetti della prova esperita in tal modo al rilievo effettivo delle risultanze fattuali in sede di decisione¹²¹.

In giurisprudenza, l'individuazione del carattere di specificità appare oscillante, se si prescinde dal prevalente ricorso al criterio della definizione degli elementi essenziali dei fatti dedotti (in termini di tempo, luogo e modalità di svolgimento)¹²². A variare sono invero gli approcci culturali sulla base dei quali operare in particolare tale individuazione con riferimento alle esigenze proprie del processo come strumento di definizione di controversie su fatti determinati. Esempio di ciò sono le due tendenze che, pur nell'ambito della comune attribuzione di una essenziale funzione strumentale a tale requisito, individuano il nucleo del carattere di specificità, l'una, in chiave per così dire teleologica, nell'idoneità della definizione dei fatti ad ottenere l'accoglimento della domanda, l'altra, muovendo da una più aggiornata concezione dei problemi gnoseologici e di concatenazione dei criteri causali, nella probabile idoneità a influenzare sia l'accertamento dei fatti sia la decisione¹²³.

Operativamente, il procedimento di deduzione si conclude con l'ordinanza di assunzione di cui all'art. 245 c.p.c. Con tale ordinanza il giudice provvederà ad ammettere, o escludere, la prova testimoniale dedotta sulla base dei criteri dettati dalle disposizioni – già considerate *ante* – in materia di incapacità e limiti della prova testimoniale¹²⁴. Sottoposto al regime generale delle ordinanze in tema di ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova (art. 178 c.p.c., art. 187, comma 4, c.p.c.), il provvedimento in questione viene emesso a seguito di una valutazione delle testimonianze dedotte che include anche il potere del giudice di semplificarne la configurazione, operando sia l'eventuale riduzione delle liste sovrabbondanti di testimoni (attività per la quale, accanto alla ricorrente richiesta di una tendenziale prudenza, si è anche sostenuta l'opportunità di invitare il deducente a conformarsi al numero indicato dal giudice nell'indicazione dei testimoni e a segnalare *ex ante* i testi principali) sia l'eliminazione dei testimoni la cui audizione non sia consentita *ex lege*¹²⁵.

Giurisprudenza e dottrina consentono inoltre ampiamente sulla possibilità che il giudice – nel rispetto di un generale principio di economia degli atti del processo – possa anche ridurre/correggere i capitoli di prova. Ciò tuttavia esclusivamente, in un'analogia

¹²¹ Cfr. M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.* (anche per opportune indicazioni bibliografiche in nota); in giurisprudenza, v., ad es., Cass., 4 febbraio 1994, n. 1163; Cass., 1° marzo 1994, n. 2017; Cass., 10 agosto 1990, n. 8137.

¹²² Ancora, per un'illustrazione di questa sorta di incertezza, cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 355 ss.; di recente v. L. TROGNI, *op. loc. ult. cit.*; per ragguagli giurisprudenziali, v. le indicazioni alle note 119 ss.

¹²³ Cfr. M. TARUFFO, *voce cit.*, 749-750.

¹²⁴ V. ancora V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 358; M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 750; e, per aggiornamenti anche di carattere giurisprudenziale il relativo commento di L. TROGNI, in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve*, cit., 539 ss.

¹²⁵ Si rinvia soprattutto a M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; in giurisprudenza, per un coordinamento delle discipline degli artt. 244 e 245 c.p.c. nel senso della impossibilità di sostituzione dei testi decaduti con altri testi non preventivamente indicati *ex art.* 244, v. Cass., 5 aprile 1993, n. 4071; Cass., 29 maggio 1992, n. 6515; Cass., 21 febbraio 1995, n. 1864.

logica di economicità, al fine di definire – riducendolo – l'oggetto della prova, e non per estenderlo invece al di là delle indicazioni risultanti dalle deduzioni di parte¹²⁶. Si colloca inoltre all'interno dei poteri discrezionali del giudice in ordine alla gestione dell'attività di assunzione della prova testimoniale la possibilità che, nonostante il consenso delle altre parti alla rinuncia da parte di una di esse di alcuni testimoni, la loro audizione venga ritenuta utile ed effettuata; come del resto potrà accadere per l'audizione anche di quei testimoni «rinunciati» con l'assenso dello stesso giudice, ma la cui audizione questi ritenga in seguito opportuna¹²⁷.

2. Assunzione

È un dato ormai da tempo messo accuratamente in luce in dottrina che le norme processuali tendano piuttosto a disciplinare le «cautele» preliminari all'assunzione dei testimoni che non i singoli aspetti di tale procedimento in senso proprio¹²⁸. In effetti, alle operazioni preliminari all'interrogatorio del testimone è dedicata una nutrita serie di disposizioni che, a partire dall'art. 249 c.p.c., per così dire circondano il momento cruciale dell'audizione, la cui specifica disciplina è invece in pratica concentrata in una singola norma, corrispondente all'art. 253 c.p.c.¹²⁹.

Nella sequela delle norme relative alle operazioni preliminari all'interrogatorio assume rilievo particolare quella dell'art. 250 c.p.c., non fosse che in ragione della sua essenziale finalità di garantire l'effettiva presenza del testimone nonché la sua disponibilità a deporre in sede di interrogatorio. In realtà, a questa disposizione si ricollega una serie di poteri, di obblighi e di sanzioni tutti concernenti l'interrogatorio del testimone e finalizzati a garantirne l'effettuazione.

Così è in via preliminare per la previsione contenuta appunto nell'art. 250 c.p.c.; posto che la norma disciplina l'attività di comparizione dei testimoni, prevedendone contestualmente – con l'intimazione ad opera dell'ufficiale giudiziario su richiesta delle parti interessate – anche le modalità di massima, attraverso le relative indicazioni di tempo e luogo¹³⁰. La necessaria attivazione della parte perché l'intimazione del teste sia effettuata regolarmente e con tempestività è sanzionata con decadenza, *ex art.* 104 disp. att. c.p.c.;

¹²⁶ Cfr., in linea generale sulla nozione di economia processuale e la sua applicazione in diritto positivo, L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova 1982, II, 339 ss.; riguardo allo specifico considerato, v. ancora V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 358; M. TARUFFO, *voce cit.*, *loc. ult. cit.*; ID., «Interrogatorio», cit., 3 ss. (dell'estratto); in giurisprudenza, circa la non censurabilità in Cassazione della valutazione del giudice sull'opportunità di ridurre la lista dei testimoni, v. Cass., 27 luglio 1993, n. 8396.

¹²⁷ Cfr. M. TARUFFO, *voce loc. cit.*; L. TROGNI, *op. cit.*, 541; oltre alle indicazioni in giurisprudenza ivi fornite, circa l'inammissibilità della prova rinunciata, in fase di appello, v. di recente Cass., 3 febbraio 1994, n. 1103.

¹²⁸ In questa direzione v. M. TARUFFO, *voce cit.*, 751 ss.; nella manualistica L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 536 ss.

¹²⁹ Riguardo all'art. 253 c.p.c., v., ad es., il relativo commento di L. TROGNI in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve*, cit., 554-555; nella manualistica, per un'indicazione recente, v. L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 537.

¹³⁰ V., ad es., ancora L. TROGNI, *Commento all'art. 250 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 549-550; M. TARUFFO, *voce cit.*, 751.

costituisce tuttavia un dato pacifico che l'assenza di tali requisiti sia comunque sanata dalla comparizione del testimone all'udienza fissata¹³¹.

All'obbligo di comparire per rendere testimonianza fa riscontro il potere del giudice di assicurare la realizzazione della prova anche contro la volontà del soggetto intimato. In base alla previsione dell'art. 255 c.p.c., in caso di mancata comparizione, se ne potrà infatti disporre l'accompagnamento coattivo, oltre alla condanna a una sanzione pecuniaria e al pagamento delle spese derivate dalla mancata comparizione¹³². Tali sanzioni dell'obbligo di testimonianza non saranno invece applicabili se il soggetto intimato si trova nell'impossibilità materiale di testimoniare in udienza, o risulta da ciò esentato *ex lege*, salva la possibilità (*ex art. 203 c.p.c.*) che il suo interrogatorio si realizzi comunque altrove¹³³.

Di diversa natura è, ovviamente, l'astensione di cui all'art. 249 c.p.c.; trattandosi in questo caso di una facoltà collegata alla protezione accordata al segreto professionale o di ufficio *ex artt. 351 e 352 c.p.p.* (abrogato)¹³⁴. È infatti notorio che la *ratio* di fondo dell'astensione non risiede tanto in particolari caratteristiche di ordine soggettivo attinenti al testimone, quanto semmai all'intrinseca natura dei fatti meritevoli di protezione nonché alle ragioni della loro conoscenza *ex officio*. Il che sposta in buona sostanza le ragioni della scelta dell'astensione sul versante delle opportunità generali di segretezza che non su quello delle specifiche circostanze di fatto oggetto della testimonianza¹³⁵.

Strettamente correlato al procedimento di assunzione della prova testimoniale è, per contro, il repertorio delle operazioni preliminari finalizzate a tutelarne la correttezza e la veridicità. Così è in particolare per la prestazione del «giuramento di verità», disciplinato anche con specifico riferimento alla formula nell'art. 251 c.p.c.¹³⁶.

¹³¹ Si rinvia alle indicazioni alla nota che precede, alle quali *adde* S. SATTA, *Commentario*, cit., II, 272 ss.; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 359; in giurisprudenza, per le conseguenze della mancata intimazione, v. Cass., 29 marzo 1993, n. 3759; Cass., 27 settembre 1994, n. 7881.

¹³² V., ad es., al riguardo S. GIBIINO, *La prova testimoniale*, cit., 188; inoltre cfr. S. SATTA, C. PUNZI (ed.), *Diritto processuale civile*, 10ª ed., Padova 1987, 351; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1960, II, 1, 280 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., Napoli 1956, II, 210 ss.

¹³³ Alle indicazioni alla nota che precede si aggiunge, ad es., M. TARUFFO, *voce cit.*, 751; L. TROGNI, *Commento all'art. in questione* in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve*, cit., 556-557.

¹³⁴ Cfr., ad es., V. ANDRIOLI, *Commentario*, cit., 208-209; S. SATTA, *Commentario*, cit., 270-271.

¹³⁵ Così, ad es., M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; L. TROGNI, *Commento all'art. 249 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 548.

¹³⁶ Cfr. al riguardo ancora V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 359 ss.; M. TARUFFO, *voce cit.*, 751-752; L. TROGNI, commento relativo in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve*, cit., 551 ss.; sulla vicenda della compatibilità costituzionale della formula del giuramento proposto v., nella manualistica, cenni in L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni*, cit., 537; sulla linea della progressiva adozione di un approccio effettivamente laico in ordine all'impegno che con tale giuramento si assume il testimone, alla pronuncia della C. Cost., n. 117 del 1979 fa ora seguito – in coerenza con le modifiche all'art. 497, comma 2, c.p.p. – quella della stessa Corte del 5 maggio 1995 n. 149, con la quale si dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 251, 2º co., in relazione appunto alla esigenza di modificare la formula adeguandola a quella del consapevole impegno a dire il vero già presente nel processo penale (per tale sentenza v. *Foro it.* 1995, 2042 ss., con nota di F. DONATI).

Al riguardo, si è posto il problema delle conseguenze sulla prova della eventuale mancata prestazione del giuramento, anche con riferimento al mancato rispetto delle specifiche indicazioni della legge in ordine alle sue modalità di realizzazione. È, ad esempio, il caso della omessa ammonizione sulle conseguenze del falso – per la quale si tende tuttavia ad escludere la conseguenza della nullità della prova –, ma soprattutto della mancata effettuazione *tout court* del giuramento. Si tratta di una questione rispetto alla quale si registra una sostanziale divaricazione delle posizioni di dottrina e giurisprudenza. Sulla base di argomenti letterali, come essenzialmente la mancanza di un'espressa comminatoria di nullità nella legge, la giurisprudenza tende a non considerare *in absentia* invalida la prova comunque già assunta¹³⁷. Procedendo dalla considerazione del rilievo del giuramento sul versante dell'induzione a dichiarazioni veritiere, la dottrina ha invece fatto tendenzialmente discendere una sanzione di nullità della prova dalla sua mancata prestazione. Al riguardo sembra di poter ribadire quanto da altri già rilevato: ossia, la prevalenza al riguardo di più generali principi di acquisizione e di economia processuale; tanto più data la possibilità, comunque presente per una prova acquisita, di verificare in ogni momento l'effettiva corrispondenza alla verità dei fatti da parte del giudice¹³⁸.

Fra le operazioni preliminari alla testimonianza disciplinate nel codice di rito si colloca infine l'attività di controllo che al giudice spetta effettuare circa l'imparzialità del testimone. A questo scopo, la legge – art. 252 c.p.c. – opera per così dire in negativo, prevedendo intanto un espresso riferimento alle possibili cause di incapacità dei testimoni in ragione dei loro rapporti, parentali o più ampiamente di contiguità/dipendenza con una delle parti o anche di personale interesse nella causa, allo scopo della loro esclusione sulla base del richiamo alla normativa dell'art. 246 c.p.c.¹³⁹. Nel contesto di una disposizione intesa a realizzare nel senso più ampio una corretta individuazione della figura soggettiva del testimone, si prevede inoltre di giungere a verificarne l'imparzialità; ciò anche attraverso il vaglio – del tutto discrezionale peraltro – da parte del giudice circa le osservazioni formulate dalle parti riguardo alla sua attendibilità, e circa i chiarimenti al riguardo eventualmente forniti dallo stesso testimone¹⁴⁰.

¹³⁷ Si rinvia a quanto nella nota precedente, cui *adde* M. TARUFFO, *voce cit.*, 751-752; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 352 ss.; L. TROGNI, *Commento* relativo in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 552; come esempio di decisione in linea con quanto rilevato nel testo (mancata comminatoria di nullità in caso di mancata prestazione del giuramento) v. Cass., 4 dicembre 1990, n. 11617.

¹³⁸ Cfr., ancora, M. TARUFFO, *voce loc. cit.*; V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 359; ID., *Commentario*, cit., 207; S. SATTA, *Commentario*, cit., 273-274; nella manualistica v., ad es., L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino 1994, II, 117.

¹³⁹ Cfr. ancora M. TARUFFO, *voce cit.*, 752; V. ANDRIOLI, *Commentario*, cit., 207-208; S. SATTA, *op. ult. cit.*, 275; in giurisprudenza, sul carattere del tutto discrezionale dell'attività richiesta al giudice al riguardo, v. Cass., 16 febbraio 1984, n. 1182; Cass., 27 maggio 1987, n. 4759; Cass., 11 aprile 1988, n. 2834.

¹⁴⁰ Cfr. oltre alle indicazioni alla nota che precede, L. TROGNI, *Commento all'art. 252*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 553-554; in giurisprudenza, sul valore probante della dichiarazione testimoniale e in generale sulla valutazione di affidabilità da parte del giudice, v. Cass., 11 febbraio 1987, n. 1492; Cass., 11 aprile 1988, n. 2834; Cass., 14 aprile 1994, n. 3498.

All'assunzione propriamente detta procede il giudice attraverso l'interrogatorio del testimone, disciplinato dall'art. 253 c.p.c.¹⁴¹. In effetti, la norma mette in chiara evidenza questa circostanza dell'essere appunto il giudice l'unico soggetto preposto a tale attività, pur non essendo del tutto escluso un ruolo per le parti – tramite i loro difensori – in questo contesto. Si tratta della possibilità di richiedere al giudice di rivolgere al testimone domande utili al chiarimento dei fatti oggetto della sua deposizione¹⁴².

Ad uno spazio tanto ridotto di intervento ad opera delle parti, fa riscontro un sostanziale monopolio del giudice sull'assunzione. A quest'ultimo spettano attività come il controllo dell'attendibilità del soggetto chiamato a rendere la dichiarazione testimoniale nonché l'intrinseca veridicità di questa; il tutto da realizzarsi attraverso il ricorso a poteri di vario tipo: dalla possibilità di domande chiarificatrici (art. 253 c.p.c.), al confronto di testimoni in caso di divergenza fra le deposizioni (art. 254 c.p.c.), all'assunzione di nuovi testimoni se utile alla conoscenza dei fatti – con l'eventuale riaudizione dei testimoni già interrogati – (art. 257 c.p.c.), infine (art. 256) alla comminazione di una sanzione come la denuncia qualora vi sia sospetto di reticenza o di falsità da parte del testimone¹⁴³.

Si è correttamente rilevato che, alla luce dello scarso impiego effettivo nella pratica del processo di poteri di tale estensione e virtuale incidenza per la ricerca della verità attraverso la testimonianza, un qualche ruolo abbia giocato proprio lo scarto fra questi vastissimi poteri del giudice e la pratica impossibilità di effettivo intervento delle parti in materia di assunzione¹⁴⁴. Non è evidentemente misurabile allo stato, ma appare invero molto probabile, l'effetto di stimolo ad un'attivazione 'informata' del giudice istruttore al riguardo; effetto che potrebbe derivare da un maggiore potere di intervento delle parti, come al momento già accade in minima parte per le domande di chiarimento, in ragione del minimo potere di iniziativa pur consentito alle parti.

Non sembra il caso di dilungarsi ulteriormente a rilevare quanto in proposito risulta ormai diffusamente acquisito a livello di conoscenza media anche del giurista italiano, e cioè che i modelli di giustizia nei quali il momento dell'interrogatorio del testimone assume maggiore efficacia sono quelli di *common law*, nei quali – attraverso il metodo della

¹⁴¹ Cfr. V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 351, 353 ss.; ID., *Commentario*, cit., 208-209; S. SATTA, *Commentario*, cit., 276-279; M. TARUFFO, *voce loc. cit.*; L. TROGNI, *Commento all'art. 253 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 554-555.

¹⁴² Per alcuni riscontri giurisprudenziali al riguardo v., per limitarsi a pronunce recenti, Cass., 30 dicembre 1993, n. 13011; Cass., 5 febbraio 1994, n. 1173; Cass., 8 aprile 1995, n. 4111 (per la parte nella quale, ribadito il divieto ad apprezzamenti e interpretazioni da parte del teste, non si esclude che questi possa dare conto di suoi convincimenti circa – in senso lato – modalità e caratteristiche del fatto in oggetto).

¹⁴³ Cfr. V. ANDRIOLI, *Commentario*, cit., 212-213; S. SATTA, *Commentario*, cit., 282 ss., 284 ss.; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 228; L. TROGNI, *Commento agli artt. 256, 257 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 557, 559; nella giurisprudenza recente, per quanto concerne l'art. 257, v., ad es., Cass., 25 luglio 1994, n. 6903 (mancata analogia fra l'istanza di sollecito all'esercizio dei relativi poteri d'ufficio e la previsione dell'art. 420 c.p.c.; nessuna soggezione a termini trattandosi di giudizio di mera opportunità); ribadisce questa circostanza – e la conseguente incensurabilità in sede di legittimità – Cass., 1 marzo 1995, n. 2320; inoltre v. Cass., 5 aprile 1993, n. 4071 (in tema di tassatività delle regole in materia di assunzione dei testi che non siano stati preventivamente e specificamente indicati).

¹⁴⁴ Così M. TARUFFO, *voce cit.*, 752-753.

cross examination – il ruolo dell’iniziativa delle parti per tramite dei loro avvocati risulta del tutto prevalente rispetto a quello del giudice¹⁴⁵. Una prevalenza che anzi necessita in quei modelli di giustizia – e soprattutto in quello statunitense – di un incisivo bilanciamento attraverso l’esercizio da parte del giudice di efficaci poteri di controllo sulle attività dei difensori di parte nel momento dell’esame dei testimoni, nonché – come rileva ricorrentemente la dottrina più avveduta – anche di autonome iniziative *ex officio*, al fine di bilanciare il carattere drasticamente *adversarial* che il processo tende ad assumere proprio nella fase di assunzione della testimonianza¹⁴⁶.

3. Valutazione

Il principio del libero convincimento del giudice codificato dall’art. 116 c.p.c. presiede all’attività di valutazione delle prove e quindi anche di quella testimoniale, in collegamento con l’assoluta e costantemente ribadita incensurabilità in Cassazione di tale attività, se corredata di congrua motivazione¹⁴⁷. Questo quadro indica il superamento di logiche risalenti come quelle delle regole di prova legale proprie del diritto comune, coincidenti con regole probatorie prefissate e impositive al giudice di automatici risultati sul piano della valutazione delle prove¹⁴⁸. Si tratta tuttavia di un superamento che pone numerosi e profondi problemi all’interprete e in senso lato al giurista.

Ciò accade, in effetti, se si considera il problema del libero apprezzamento del giudice come prospettiva generale nella quale inquadrare il problema della valutazione della prova, di quella testimoniale in particolare. Una prima e pressoché automatica conseguenza dell’adozione di questa prospettiva essendo quella della motivazione delle scelte adottate in questa sede da parte del giudice, appare altrettanto inevitabile il rimando al problema dell’adeguatezza della mera esistenza formale di tale requisito, con la conseguenziale pratica incontrollabilità di motivazioni così concepite¹⁴⁹.

Una questione questa che appare strettamente collegata al problema del significato da attribuire alla nozione di libero convincimento del giudice; e che ha assunto particolare

¹⁴⁵ In materia di *cross examination* v., ad es., V. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo «adversary»*, Genova 1988, 276 ss.; A. CALAMANTI, *La «cross-examination». Studio comparato sull’esame dei testimoni nel dibattimento penale italiano e nel «trial» angloamericano «in open court»*, in *Arch. Pen.* 1985, 76 ss.; sempre limitandosi alla dottrina edita in Italia, cfr. inoltre espressamente, per quanto in una prospettiva prevalentemente processualpenalistica, M. STONE, *La cross examination. Strategie e tecniche* (trad. it. a cura di E. AMODIO), Milano 1990, 4 ss. e *passim*; P.H. CORBOY, *L’interrogatorio incrociato. Limiti imposti dall’etica professionale*, in A. DONDI (ed.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 293 ss.; J.D. PIORKOWSKI, *Condotta professionale e preparazione dei testimoni per il dibattimento: quali i limiti accettabili*, *ivi*, 305 ss.

¹⁴⁶ Per limitarsi alla letteratura pubblicata in Italia, cfr. G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 157 ss.; e, tra i molti, A. MILLER, *Il sistema «adversary»: dinosauro o araba fenice?*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit., 277 ss.

¹⁴⁷ Cfr. V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 362; L. TROGNI, *Commento all’art. 257 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *op. cit.*, 560.

¹⁴⁸ Così, essenzialmente, M. TARUFFO, *voce cit.*, 753 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 106 ss., 322 ss.; riguardo ai criteri caratteristici della logica giuridica medievale e tardo-medievale v. anche A. GIULIANI, *«Prova in generale. a) Filosofia del diritto»*, cit., 525 ss., 534 ss.

¹⁴⁹ V. ancora M. TARUFFO, *voce cit.*, 754 (e i riferimenti bibliografici alle note 183-184).

rilievo in ragione del ricorrere della tendenza a ipersemplificare tale nozione attribuendole sostanzialmente un significato tautologico di totale e libera discrezionalità, tanto da sconfinare con il virtuale arbitrio del giudicante. Occorre subito precisare che, tuttavia, dalla parte più avvertita della cultura processualistica a ciò si è contrapposta quantomeno l'esigenza di realizzare forme di razionalizzazione di tale attività, e di fornire pertanto parametri – logici, paralogici, teorici e culturali – di riferimento al giudice per la formazione del suo pur sempre libero convincimento¹⁵⁰.

Si tratta di un'operazione resa comunque particolarmente difficile dal vacuum tradizionalmente caratteristico della nostra cultura giuridica sul versante dei criteri di valutazione della prova. I tentativi di razionalizzazione devono infatti scontare l'estrema confusione e casualità delle soluzioni di tempo in tempo proposte e dei criteri formulati al riguardo. Tale in particolare appare il panorama relativo alla prova testimoniale, al raffronto con le altre culture e specie con la raffinata e quasi eccessiva articolazione di tali questioni nella cultura della *law of evidence* in *common law*¹⁵¹. Così è infatti con riguardo alla grossolanità di approccio finora dimostrata dalla nostra giurisprudenza relativamente al valore da attribuire alla testimonianza «indiretta»; ove – in assenza del complicato sistema di regole di ammissione in via eccezionale rispetto a una regola di esclusione di ordine generale come la *hearsay rule*¹⁵² – accade piuttosto casualmente che ad esempio non si attribuisca valore alla testimonianza *de relato* se riferita a dichiarazioni dell'attore, oppure se ne attribuisca tout court uno maggiore alla testimonianza *de visu* rispetto a quella *de auditu*¹⁵³.

Se ciò segnala l'inadeguatezza dell'elaborazione realizzata per razionalizzare l'attività di valutazione della prova e della testimonianza in particolare, occorre aggiungere che in effetti un ruolo rilevante al riguardo gioca anche la coincidente inefficienza dell'attività di assunzione, con la conseguente mancata acquisizione delle necessarie conoscenze concernenti l'attendibilità del testimone. Ma ancora più rilevante è l'effettiva 'lontananza' del giudice dalla prova; il che – al di là della distanza che è stata definita «istituzionale» tra questo tipo di prova e l'organo giudicante nei giudizi presso il tribunale – accade anche per il giudice monocratico, in ragione del carattere di scarsa concentrazione dei procedimenti, con la conseguenza che la prova effettivamente oggetto di valutazione del giudice

¹⁵⁰ V. di recente e con ampiezza M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 368 ss. e *passim*.

¹⁵¹ Per tale raffronto, nella dottrina disponibile in italiano, v. ancora M. TARUFFO, *op. ult.*, cit., 143 ss., 232 ss., 203 ss.; ID., *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., 422 ss.; più di recente, per un approccio che dà implicitamente conto di tale complessità di elaborazione v. ID., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 785 ss.; sul carattere di fondo della *law of evidence* e sul suo essere fondata sull'esistenza di *rules of exclusion*, v. A. GIULIANI, *op. cit.*, 547 ss.

¹⁵² Al riguardo v. di nuovo M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 335 ss.; nella letteratura disponibile in italiano cfr. anche A. DONDI, *L'evoluzione della «Hearsay Rule» nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.* 1979, I, 97 ss., II, 223 ss.; per uno studio recente che inquadra in prospettiva storico-filosofica i relativi problemi, oltre che in chiave comparatistica, v. M.R. DAMASKA, *Of Hearsay and Its Analogues*, in 76 *Minn. L. Rev.* 1992, 425 ss. (dell'estratto); nella manualistica v. di recente, ad es., J.W. STRONG (ed.), *McCormick on Evidence*, 4^a ed., St. Paul Minn., 1992, II, 97 ss.

¹⁵³ Così, v. quanto al riguardo in M. TARUFFO, *voce cit.*, 754; in giurisprudenza, per un recente esempio di utilizzazione 'liberale' della prova *de relato* «quantomeno come fonte sussidiaria di prova», cfr. Cass., 9 giugno 1995, n. 6550.

risulti quella sintetizzata, in maniera inevitabilmente lacunosa, nel verbale di udienza¹⁵⁴. Lasciata prevalentemente al riferimento a tali documentazioni parziali, appare pertanto evidente che la valutazione della prova testimoniale risulti sostanzialmente incompleta nella considerazione di elementi anche di notevole rilievo sul piano dell'attendibilità, come l'atteggiamento complessivo del testimone al momento dell'assunzione.

Negli interventi dottrinali in materia la segnalazione di questo stato di cose è ormai molto risalente e del resto tradizionalmente ribadita. Appare in particolare diffusamente accolta la considerazione che proprio su questo versante non abbiano trovato effettiva realizzazione principi di derivazione chiovendiana come quello di oralità, immediatezza e concentrazione¹⁵⁵. In assenza di ciò, non sembra neppure possibile immaginare forme adeguate di razionalizzazione dei criteri di valutazione di prove come quella testimoniale. Rappresentando la riforma della struttura del processo un'inevitabile *prius* rispetto a ciò, è anche facile intendere come, *in absentia*, la sorte della prova testimoniale risulti inevitabilmente segnata da caratteri di inaffidabilità e di generale incertezza.

IV. CONCLUSIONI E CENNI DI DIRITTO COMPARATO

1. Aspetti della testimonianza in altri ordinamenti:

a) *Civil law*

Un rapido raffronto con l'assetto altrove riservato alla prova testimoniale appare ampiamente giustificato dall'esigenza – più volte anche qui *supra* segnalata – di una ridefinizione delle sue caratteristiche all'interno del nostro ordinamento; un'esigenza certo non resa meno pressante dal totale silenzio sul punto della riforma apprestata con la legge n. 353 del 1990, peraltro in netto contrasto con le direttive sulle quali intendeva muoversi il più autorevole precedente in materia, rappresentato dal cosiddetto «progetto Liebman»¹⁵⁶. In una prospettiva di riforma, tale esigenza trova ulteriore giustificazione alla luce della circostanza che i modelli di più diretta derivazione o costante ispirazione – quello francese e quello tedesco – sono invece stati oggetto di incisive riforme a questo proposito. Sicché, nel guardare ad essi da una prospettiva italiana, la sensazione prevalente è quella di una netta arretratezza rispetto a situazioni da tempo largamente evolute.

Lo scarto in tema di prova testimoniale rispetto agli ordinamenti di *civil law* è particolarmente rilevante anche in ragione del fatto che si registra sia nei confronti dell'ordinamento di diretta derivazione sul piano normativo, quello francese, sia di un ordinamento, quello tedesco, tanto frequentemente oggetto di richiami, spunti e raffronti nel nostro dibattito dottrinale.

Quanto a quest'ultimo, è già stata autorevolmente rilevata l'assenza – pur all'interno di un'impostazione notoriamente diversa del sistema probatorio tedesco, ma anche austria-

¹⁵⁴ V., in particolare al riguardo i rilievi di V. ANDRIOLI, *voce cit.*, 363-364; e anche M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., 437 ss.

¹⁵⁵ Così, ad es., M. TARUFFO, *voce cit.*, 755; ID., *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 1149 ss.

¹⁵⁶ Al riguardo v., ad es., anche per i richiami bibliografici presenti, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 10 ss.

co, da quello vigente nel nostro ordinamento¹⁵⁷ – di limitazioni come quelle connesse alle incapacità a testimoniare dei terzi interessati o alla impossibilità *tout court* di testimoniare su contratti al di sopra di un certo valore o, infine, all'impossibilità di contrastare una prova documentale con la testimonianza¹⁵⁸.

Sono tuttavia, del resto intuitivamente, anche più significative le discrepanze tra il nostro modello e quello francese di derivazione originaria. È, in effetti, mancata al nostro l'opera di radicale reimpostazione subita dall'ordinamento francese dalla fine degli anni '50 e, ancora più incisivamente, dalla metà degli anni '70 fino a oggi¹⁵⁹. Costituisce un dato ricorrentemente messo in luce anche presso la nostra dottrina che, specie dalla riforma realizzata con il *Nouveau Code*, tali trasformazioni hanno radicalmente scosso l'originaria impostazione del tutto dispositiva del diritto delle prove. Una circostanza in particolare evidenziata dalla versione vigente dell'art. 10 c.p.c. fr., che consente al giudice di disporre d'ufficio ogni mezzo di prova giuridicamente ammissibile¹⁶⁰.

Passando da norme di carattere generale allo specifico della prova testimoniale, appare coerente con questa impostazione di riforma anche l'eliminazione dei limiti soggettivi alla testimonianza, trasformata per coniuge, parenti o affini in mera possibilità di astensione. In un'analoga possibilità si sono anche trasformate le vecchie incapacità; salvo il mantenimento delle incapacità naturali e personali (indegnità), che comunque non consentono più l'esclusione *tout court* dei soggetti interessati dalla testimonianza, ma semmai fanno luogo a testimonianze rese senza preventivo giuramento¹⁶¹.

In ambito francese, anche sul piano delle regole in senso lato di assunzione l'incidenza delle riforme è stata rilevante, e indirizzata a una generale semplificazione delle relative procedure. Così è avvenuto per la deduzione della prova testimoniale, rispetto alla quale risulta ormai da quasi un quarantennio superata la logica dell'articolazione prevista dal nostro art. 244 c.p.c. E, sempre in questo contesto, è del tutto assente ogni preclusione relativa all'indicazione dei testimoni¹⁶².

¹⁵⁷ V. ancora M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., 431 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove*, cit., *passim*.

¹⁵⁸ Nella dottrina italiana cfr. L.P. COMOGGIO, *Incapacità e divieti di testimonianza*, cit., 53 ss.; nella manualistica, per indicazioni solo esemplificative di quanto nel testo circa la presenza nella cultura giuridica tedesca della prova testimoniale di minori vincoli 'preventivi' e formali circa la sua utilizzazione nel processo, se rilevante e necessaria, v. nella manualistica W. ZIMMERMANN, *ZPO Kommentar*, 3ª ed., Heidelberg 1993, 502 ss., 508 ss.; L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 15ª ed., München 1993, 704 ss.; R. ZOLLER, *Zivilprozessordnung*, 18ª ed., München 1993, 979 ss., 983 ss.

¹⁵⁹ Nella dottrina pubblicata in Italia, v. J. PERROT, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 228 ss.; M. TARUFFO, *voce cit.*, 756 (e ivi note 198-200).

¹⁶⁰ Nella dottrina pubblicata in Italia v., ad es., con cenni di riferimento all'art. 10 nel *Nouveau code* M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., 433; A. DONDI, *Effettività*, cit., 73 ss.

¹⁶¹ Cfr. al riguardo i rilievi già in M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; si rinvia inoltre alle indicazioni alla nota che precede.

¹⁶² Cfr., ad es., J. NORMAND, *I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 722 ss.; e, nella manualistica francese, v., ad es., J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 23ª ed., Paris 1994, 651 ss., 655 ss. (ove è oltretutto illustrato il doppio modello di assunzione di «testimonianze» in senso lato, come conoscenze di terzi, tramite

Da queste poche indicazioni risulta il carattere comunque radicale delle trasformazioni realizzate in Francia; nonché la loro direttiva essenziale, consistente in una generale semplificazione dei procedimenti probatori collegata – circostanza questa particolarmente rilevante per la prova testimoniale – con un'altrettanto ampia apertura sul piano soggettivo, sfociata nell'eliminazione dei limiti cui si è accennato. Ciò, anche se riguardo all'ordinamento francese occorre tuttavia rilevare una discrasia di fondo nel mantenimento della doppia disciplina del diritto delle prove, con la distinzione tra codice civile e codice di rito. In particolare per quanto qui interessa, è da segnalare la permanenza di norme di esclusione – art. 1341 c.c. fr. – analoghe a quelle del nostro codice civile, pur essendo invero anche da segnalare che l'intervento giurisprudenziale ha da tempo ridotto significativamente la portata di tali disposizioni nella pratica¹⁶³.

b) *Common law*

Quest'aspetto dell'evoluzione in atto nell'ordinamento francese segnala un'altra circostanza della quale, in prospettiva di riforma, occorrerà comunque tenere conto anche presso di noi. Si tratta del mantenimento di una inevitabilmente minore affidabilità della testimonianza rispetto alla prova scritta, in quanto la disciplina processuale della prova testimoniale non venga adeguatamente trasformata allo scopo di garantirne appunto l'affidabilità. In conclusione, è proprio in questa prospettiva che si impone un cenno agli ordinamenti – quelli di *common law* – nei quali questo aspetto assume invece da sempre un ruolo centrale nel qualificare il regime o l'assetto della testimonianza nel sistema delle prove oltre che, evidentemente, rispetto alla funzione di ricerca della verità del processo civile¹⁶⁴.

In questi modelli, e in quello statunitense in particolare, se non si è assistito nel corso del nostro secolo ad un drastico avvicinamento all'idea della intrinseca superiorità della prova scritta rispetto a quella orale è in gran parte da attribuirsi alla disciplina della *witness testimony*, sia quando contenuta nella *law of evidence* sia quando nella disciplina del pro-

cioè *attestations* scritte – artt. 200 ss. del *Nouveau code* – e più tradizionalmente tramite *enquête* – artt. 144 ss., 226 ss. N.c. –, e ciò anche *ex officio* sulla base dei principi generali introdotti appunto in materia dell'art. 10 N.c.); J. LARGUIER, P. CONTE, *Procédure civile. Droit judiciaire privé*, Paris 1993, 141.

¹⁶³ Si vedano al riguardo, ad es., i rilievi presenti in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., *loc. cit.*; sull'oggetto e le modalità di deduzione, nonché sulle caratteristiche del cosiddetto *calendrier de l'enquête* – art. 226 N.c. –, v. quanto in J. VINCENT, S. GUINCHARD, *op. cit.*, 655 ss.; di recente, occorre tuttavia sottolineare il riflesso sul 'sistema delle prove' nell'ordinamento francese di normative come la *Loi* 1 febbraio 1995, n. 95-96 in materia di eliminazione delle clausole abusive nei contratti, sugli effetti della quale e sulla direttiva di applicazione relativa v. J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX VAN MELLE, *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la Loi n. 95-96 du 1 février 1995*, in *Sem. Jur.*, n. 25 (21 giugno 1995), I, spec. 278 ss.

¹⁶⁴ Nella dottrina italiana v., ad es. e in particolare, M. TARUFFO, *Modelli di prova*, cit., 422. ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 348 ss.; già in precedenza si vedano anche i rilievi in V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, cit., 14 ss.; nella dottrina statunitense, per cogliere il senso del valore praticamente inverso attribuito almeno «in principio» e tradizionalmente in termini di affidabilità al rapporto testimonianza-documento scritto, cfr. J.H. WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, Boston 1940, I, 6 ss., 396 ss., 401 ss.

cesso¹⁶⁵. Il rilievo comunque assunto dalla prova documentale nel processo civile non ha, in effetti, soppiantato la tradizionale incidenza della prova testimoniale in questi modelli non solo in ragione del peso culturale di tale tradizione ma essenzialmente per via del costante aggiornamento realizzatosi sulle sue originarie direttive.

Così è avvenuto che, a fronte del sempre più frequente ingresso nel processo di masse rilevanti di prove documentali complesse, alla prova testimoniale è stato conservato il ruolo essenziale di prova 'ultima', asseverativa e della veridicità del contenuto delle documentazioni acquisite e – sempre più spesso – interpretativa ed esplicativa degli aspetti meno evidenti o culturalmente complessi delle informazioni fornite da tali documentazioni. Ne è conferma l'espandersi, specie nell'ultimo ventennio e prevalentemente in ambito statunitense, del ricorso alla cosiddetta *expert testimony*, nonché l'estrema vivacità e profondità del relativo dibattito¹⁶⁶. Da ciò è anche derivata la messa in discussione degli aspetti cruciali della testimonianza sotto il profilo gnoseologico, a fronte della necessità di realizzare giustizia su questioni a vari livelli complesse; oltre che sul piano scientifico, anche della concezione complessiva del processo, e della sua funzionalità in controversie non solo a legittimazione multipla ma di massa¹⁶⁷.

A fronte di questi problemi e della loro sempre più approfondita conoscenza, l'esempio fornito dal modello statunitense è dunque non quello del tendenziale rifiuto e della progressiva sostituzione della prova testimoniale ma di un suo ulteriore riassetto, nella prospettiva di incrementarne le potenzialità come strumento di ricerca della verità nel processo, e quindi in termini di giustizia. Si pongono in effetti su questa linea le costanti revisioni subite dalle *Federal Rules of Evidence* adottate da circa un ventennio¹⁶⁸. Il tentativo ricorrente è stato quello di aggiornare – precisandola rispetto alla circostante evoluzione culturale e della pratica del processo – la portata delle nozioni di fondamentali *rules of exclusion*, come la *hearsay* o la *opinion evidence*; e ciò anche alla luce della maggiore incidenza a loro volta assunta da eccezioni rispetto a tali *rules*, quale soprattutto la già citata *expert witness testimony*¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Nella dottrina italiana, tale rilievo della prova testimoniale per l'evoluzione complessiva del diritto delle prove statunitense e di *common law* è evidenziato, nella prospettiva di una *rule of exclusion* fondamentale come la *hearsay rule*, ad es. in A. DONDI, *L'evoluzione della «Hearsay Rule»*, cit., loc. cit.

¹⁶⁶ Sul punto, anche per rinvii alla vasta bibliografia recente in ambito soprattutto statunitense, v., ad es., A. DONDI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel diritto processuale statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 264 ss.; nella dottrina statunitense v., ad es., J. SANDERS, *From Science to Evidence: the Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, in 46 *Stan. L. Rev.* 1993, 1 ss.; F.F. ROSSI, *Expert Witnesses*, Chicago, 1991, 11 ss.; e, nella manualistica, v. ad es., R. ALLEN, R. KUHN, *An Analytical Approach to Evidence. Texts, Problems, and Cases*, Boston-Toronto-London 1989, 740 ss.

¹⁶⁷ Così soprattutto J.B. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in 88 *Nw. L. Rev.* 1994, spec. 538 ss.; ID., *Improving Expert Testimony*, in 20 *U. Rich. L. Rev.* 1986, spec. 475 ss.

¹⁶⁸ Illustrano questo dato, ad es., J.B. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas*, cit., loc. cit.; P.C. GIANNELLI, *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1993, 219 ss. (e praticamente tutti gli altri studi presenti nello stesso fascicolo di tale periodico).

¹⁶⁹ La progressivamente minore rigidità delle *rules of exclusion* all'interno del sistema delle prove statunitensi costituisce una caratteristica di fondo dell'evoluzione del modello, come risulta da numerosi studi in materia (ad es., nella dottrina italiana, v. A. DONDI, *L'evoluzione della «Hearsay*

Sul piano più propriamente processuale, questi problemi si sono convertiti sia in quello della gestione della testimonianza in udienza, tradizionalmente al momento della sua assunzione attraverso *cross examination* al *trial*, sia in quello della predisposizione di forme anomale di testimonianza attraverso la previsione di figure come quella degli *written interrogatories*; disciplinati all'interno della normativa sul *discovery*, collocati pertanto nella fase di *pre trial*, e diventati ormai sempre più strumenti per saggiare l'effettiva utilità della testimonianza nella eventualmente successiva fase decisoria¹⁷⁰. Nei due casi, la linea di intervento è consistita prevalentemente nell'attribuzione al giudice di ampi spazi di controllo – nel *pretrial* – e di valutazione discrezionale – nel *trial* –; valutazione 'guidata', per così dire, proprio dalle trasformazioni intervenute a livello normativo e dall'articolato dibattito in atto su questi temi a livello giurisprudenziale¹⁷¹.

Rule», *loc. cit.*). Nella dottrina statunitense è netto il rilievo che tale diminuita incidenza coincide e si collega alla altrettanto progressiva prevalenza di tipi di prove, scientifiche o tecniche ma comunque fornite tramite relazioni e deposizione in udienza di *experts*, intrinsecamente incompatibili con il sistema della *rules of exclusion* appunto (e non a caso tradizionalmente ammesse in via eccezionale rispetto ad esse); cfr., ad es., R.J. ALLEN, *The Evolution of the Hearsay Rule to a Rule of Admission (A Response to Professor Friedman)*, in 76 *Minn. L. Rev.* 1992, 723 ss.; C. B. MUELLER, *Post modern Hearsay Reform: the Importance of Complexity*, *ivi*, spec. 381 ss.; R.F. MAGILL, *Issues under Federal Rule of Evidence 803(18): The «Learned Treatise» Exception to the Hearsay Rule*, in 9 *St. John's J. Leg. Comm.* 1993, spec. 57 ss.; R.L. CARLSON, *Experts as Hearsay Conducts: Confrontation Abuses in Opinion Testimonies*, in 76 *Miami L. Rev.* 1992, 859 ss.

¹⁷⁰ Sul problema del *discovery*, fra gli ormai ricorrenti interventi anche nella nostra dottrina v., ad es., A. DONDI, *Effettività*, cit., 135 ss.; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa. Il modello statunitense*, Padova 1991, 124, ss.; su questo problema e anche sul rapporto fra mezzi di prova testimoniali e modalità di assunzione v. M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile, nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. civ., sez. priv.*, Torino 1989, VI, 324 ss.

¹⁷¹ Per un'approfondita analisi di questa evoluzione cfr. ancora J.B. WEINSTEIN, *op. loc. ult. cit.*; nella dottrina pubblicata in italiano v. G.C. HAZARD, *La nozione di «substantial evidence» nel processo civile statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 251 ss.; nella dottrina italiana v. ancora M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 70 ss. e *passim*; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 788 (dell'estratto).

35. PROBLEMI DI UTILIZZAZIONE DELLE 'CONOSCENZE ESPERTE' COME *EXPERT WITNESS* *TESTIMONY* NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE*

SOMMARIO: 1. Prospettive di inquadramento. – 2. Recente evoluzione: la decisione *Daubert*. – 3. (*Segue*.) Riflessi sul piano giurisprudenziale e disciplinare. – 4. Qualche minimo rilievo dal raffronto con l'assetto del problema in altri ordinamenti di *common* e di *civil law*.

1. Prospettive di inquadramento

Non sono frequenti nella cultura giuridica anglosassone – e specialmente in quella statunitense – fenomeni di profonda e pervasiva incidenza sulle prospettive generali di evoluzione del modello di giustizia come l'attenzione riservata all'incirca nell'ultimo decennio alle modalità di utilizzazione nel processo civile dei testimoni esperti¹. In effetti, la concentrazione intorno alle numerose e complesse questioni riconducibili a quest'area di problemi di un dibattito serrato quanto ampio ed estremamente articolato appare tale da comportare un ripensamento anche radicale di alcuni aspetti centrali dell'ordinamento statunitense, e in particolare di quelli riconducibili alla sua caratterizzazione come *adversary system of litigation*². Non appare una circostanza secondaria che questo fenomeno trovi come unico precedente di analoga portata e rilievo nell'esperienza statunitense il dibattito, nonché le successive e numerose riforme normative, che hanno riguardato la filosofia e i problemi di funzionamento del meccanismo di *discovery*³.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 1133-1162, e riproduce, con aggiunte di dettaglio riguardo al testo e la previsione di un apparato minimo di note l'intervento presentato all'incontro di studio in tema di «Ricostruzione del fatto e prova scientifica» organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e tenutosi a Roma nei giorni, 11-13 giugno 2000.

¹ Per riferimenti bibliografici di base a questo riguardo e come esempi di diffusione dell'interesse per il fenomeno anche al di fuori del mondo statunitense, v. M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 219 ss.: A. DONDI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel diritto statunitense*, ivi, 261 ss.

² Come recente illustrazione e approfondita analisi di tale nozione nelle sue multiformi implicazioni pratiche si rinvia, ad es., a D. RHODE, *In the Interests of Justice. Reforming the Legal Profession*, Oxford 2000, 89 ss., 93 ss., spec. 105 ss. (con specifico riguardo ai riflessi di tale concezione come pratica della difesa tecnica in giudizio sul tema qui considerato); D. RHODE (ed.), *Ethics in Practice. Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation*, Oxford 2000, *passim* (fra i vari saggi nei quali, all'interno di questo volume, questa impostazione riceve sotto varie angolazioni particolare attenzione, v., oltre a *Ethics in Practice* della stessa Rhode, spec. 9 ss., ad es., R.W. GORDON, *Why Lawyers Can't Just Be Hired Guns*, 46, 51 ss., G.C. HAZARD, *Ethical Theory, Ethical Rules, Ethical Conduct*, spec. 76, 90 ss., C. MENKEL-MEADOW, *The Limits of Adversarial Ethics*, spec. 12 ss.).

³ Limitando il riferimento a interventi recenti, e relativi anche alle riforme in atto a tale riguardo, cfr., ad es., M. PARLMUTTER, *Cooperative Versus Competitive Strategies. Rewriting the Unwritten Rules of Procedure*, in 63 *Tex. L. Rev.* 2000, 848 ss.; C.W. TOBIAS, *Congress and the 2000 Federal Civil Rules Amendments*, in 22 *Cardozo L. Rev.* 2000, 75 ss.; WARD, *Will the Proposed Amendments*

Come è ormai ampiamente noto anche alla nostra cultura giuridica, la percezione di tali problemi da parte della dottrina e della giurisprudenza ha condotto, nel corso di un'evoluzione molto lunga e accidentata (svoltasi nel corso di oltre un cinquantennio, ma probabilmente non ancora giunta a definitiva conclusione), a un inquadramento radicalmente diverso sul piano normativo di tale 'istituto' rispetto alla sua configurazione originaria nelle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938⁴. In particolare un elemento di tale evoluzione, rilevante a livello generale, appare del tutto fondamentale per quanto qui interessa; si tratta dell'attenzione riservata ai ruoli svolti dagli avvocati e dai giudici in questo contesto, con la valutazione progressivamente critica tanto delle attività abusive del *discovery* da parte degli avvocati statunitensi quanto dell'originaria esclusione di qualsiasi forma di effettivo controllo da parte del giudice sullo svolgimento delle attività di *disclosure* al fine di stimolare il funzionamento di tale meccanismo come strumento di ricerca della verità attraverso la raccolta delle informazioni utili alla definizione della controversia, in fase di *pre-trial* o nella prospettiva successiva dell'eventuale *trial*⁵.

to the Federal Rules of Civil Procedure Improve the Pretrial Process?, in 72 *N.Y. State B. J.* 2000, 18 ss.; in aggiunta, per un riferimento di sicuro rilievo come epitome di un recente e rinnovato atteggiamento a questo riguardo da parte della dottrina statunitense, v. J. RESNIK, *From «Cases» to «Litigation»*, in 54 *L. & Coni. Probs.* 1991, 22 ss., 37 ss.

⁴ Per una ricostruzione della vicenda nella letteratura italiana, v., ad es., A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 158 ss., 202 ss.; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa. Il modello statunitense*, Padova 1991, 124 ss.; nella letteratura statunitense, per limitarsi alla manualistica, cfr., ad es., F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*⁴, Boston-Toronto-London 1992, 231 ss.; G.C. HAZARD, C. TAIT, W. FLETCHER, *Pleading and Procedure. State and Federal (Cases and Materials)*, New York 1999, 8 ss., 901 ss.; J. FRIEDENTHAL, M. KANE, A. MILLER, *Civil Procedure*², St. Paul Minn. 1993, 379 ss.; R. L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation. Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul Minn. 1998, 499 ss.; per un testo ampiamente commentato delle *rules* dalla 26 alla 37 aggiornato alle più recenti riforme, cfr., ad es., G.S. COLEMAN, in *O'Connor's Federal Rules, Civil trials. Practice Guide & Annotated Federal Rules of Civil Procedure & Evidence*, Marshall 2001, 296 ss.; sulla riforma alla quale è stata costantemente sottoposta la normativa di *discovery* nelle *Federal Rules* v., ad es., P.V. NIEMEYER, *Where We Go Again: Are the Federal Discovery Rules Really in Need of Amendments?*, in 34 *Boston Co. L. Rev.* 1998, 519 ss.; sulla logica complessiva del *discovery* come meccanismo di esplicazione di tattiche e strategie difensive v., specialmente, G.C. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 1667 ss.; su questa linea di discorso, tuttavia con una forte radicalizzazione della scelta, v. inoltre R. NADER, W.J. SMITH, *No Contest. Corporate Lawyers and the Perversion of Justice in America*, New York 1996, 63 ss., 77 ss. (con riferimenti alla vicenda che qui si considererà specificamente della decisione *Daubert*), 101-105 ss. (riguardo al funzionamento tendenzialmente abusivo del *discovery*).

⁵ Al riguardo cfr., ad es., R. DESSEM, *Pretrial Litigation. Law, Policy, and Practice*, St. Paul Minn. 1998, *passim*; R. NADER, W.J. SMITH, *No contest*, cit., spec. 101, 105 ss.; LASTERBROOK, *Adversary Inferences*, in 20 *Harv. J. L. & Pub. Pol.* 1997, 503 ss.; per una capace sottolineatura dell'incidenza sul modello delle scelte strategico-difensive degli avvocati, v. D.D. RHODE, *The Professional Problem*, in 39 *William & Mary L. Rev.* 1998, 288 ss., 294 ss.; per richiami selezionati si rinvia ai saggi raccolti in G.C. HAZARD, J. VETTER, *Perspectives on Civil Procedure*, Boston-Toronto 1989, 123 ss.; specificamente in tema di utilizzazione distorta del meccanismo di *discovery* cfr. R.L. MARCUS, *Retooling American Discovery for the 21st Century: Towards a New World Order?*, in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Right. Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague-Boston 1999, spec. 285 ss.; riguardo a tali problemi v. inoltre, nella letteratura italiana, ad es., A.

La sensibilità diffusamente sviluppatasi a questo proposito, e i parametri di riferimento ormai saldamente acquisiti riguardo al ruolo di giudici e avvocati nel processo civile federale, possono essere indicati come la premessa, lo sfondo culturale, l'occasione insomma, dell'attenzione riservata in questi ultimi anni nell'ordinamento statunitense alle modalità di utilizzazione delle prove scientifiche. Ciò detto, bisogna anche precisare subito che proprio tali parametri di riferimento assumono caratteri del tutto particolari in questo contesto.

Così è, infatti, se si tiene conto della circostanza che, pur essendo analoga a quella del dibattito relativo al *discovery* la prospettiva di partenza – ossia, la valutazione delle discrasie funzionali di tale meccanismo attraverso l'analisi dei ruoli concretamente svolti da avvocati e giudici – risultano qui fortemente diverse le caratterizzazioni di tali ruoli. Si tratta di differenziazioni che si collegano anzitutto alle specifiche caratteristiche dell'argomento in questione, ma che hanno anche a che vedere con un diverso contesto di riferimento. In effetti, a differenza che per il *discovery*, il tema delle testimonianze esperte non trova collocazione in un ambito normativo delimitato in maniera specifica e articolata, ma piuttosto in un quadro generale di definizione dei ruoli di giudici e avvocati, del tutto ispirato ai principi di base dello *adversary system of litigation*, con l'attribuzione virtualmente esclusiva ai difensori dei poteri di iniziativa concernenti il ricorso alla *expert witness testimony*, oltre che la sua configurazione⁶.

È in questo quadro e a questo riguardo che, con riferimento al ruolo dell'avvocato, vengono in particolare evidenziate due modalità di comportamento professionale, eventualmente anche sovrapponibili nella pratica, e catalogabili come prevalentemente ispirate, le une, a finalità tattico-difensive mentre, le altre, piuttosto a finalità di strategia processuale. Appare collocabile più verosimilmente sul versante della messa in atto di tattiche difensive, in controversie nelle quali la ricostruzione di aspetti tecnico-scientifici si configuri come la questione fattuale largamente principale e assorbente, la tendenza a fare ricorso a *expert opinions* con essenziali finalità di complicazione o di dilazione dell'accertamento al momento del *trial*, e pertanto di definizione della controversia. Per converso, sembra collocabile fra le scelte con valenza sostanzialmente strategica l'utilizzazione di *expert opinions* «improprie» in quanto di incerta validità scientifica; opinioni in definitiva inaffidabili con riguardo all'applicazione dei loro presupposti come criteri per la ricostruzione e la valutazione di questioni con particolari livelli di complicazione sul piano scientifico o tecnico nel contesto di una controversia civile⁷.

DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso nel processo civile*, in *Diritto privato 1997*, III *L'abuso del diritto*, Milano 1998, 482.

⁶ In tema si rinvia alle considerazioni contenute nei saggi facenti parte del volume *Ethics in Practice. Lawyers' Roles*, cit. in nota 2.

⁷ Al riguardo, per l'assunzione di un'analoga prospettiva di considerazione dei problemi dell'utilizzazione delle conoscenze scientifiche nel processo civile statunitense come prevalentemente se non essenzialmente problemi di utilizzazione distorta a fini strategico-difensivi ad opera dei difensori, v. A. DONDI, *Paradigmi*, cit., loc. cit.; nella letteratura statunitense si rinvia, per tutti a questo livello di considerazioni, all'ultima edizione del già cit. P.C. GIANNELLI, E.J. IMWINKELRIED, *Scientific Evidence*, Charlottesville 1999, spec. 133 ss. (anche per richiami all'utilizzazione proprio in fase di *discovery* delle opinioni esperte come strumento di difesa spesso abusiva); sempre riguardo alla tendenziale utilizzazione delle *expert testimonies* come meri strumenti di offesa-difesa – piuttosto che come mezzi di chiarificazioni oggettive di realtà scientifiche complesse – v. anche

Nella percezione della dottrina e della giurisprudenza statunitensi, del tutto particolare è anche la connotazione che a questo riguardo assume la funzione del giudice. Tuttavia, per quanto non si assista alla configurazione di un ruolo del tutto corrispondente a quello di *managerial judge* da tempo impostasi con riguardo allo svolgimento delle attività di *discovery*, è sulla linea di questa evoluzione – ossia, al maggiore coinvolgimento del giudice nelle attività procedurali tanto in termini di supervisione quanto in termini di sollecitazione e di iniziativa autonoma – che si colloca l'evoluzione in atto nel processo civile federale riguardo alla gestione delle conoscenze esperte. Appare agevole considerare una conferma di ciò la circostanza che questa evoluzione per buona parte si sia svolta attraverso l'elaborazione di una particolare nozione di «giudice controllore». La nozione è corrispondente a quella di un giudice al quale spetti ed effettivamente eserciti un esplicito controllo riguardo all'accesso nel processo (non casualmente l'espressione ricorrente a questo proposito è stata quella di *gatekeeper*) delle conoscenze esperte, valutandone la qualità in termini di affidabilità ai fini decisori, con la correlativa esclusione delle *expert opinions* più sopra definite «improprie», ossia aventi essenziali finalità strategico-difensive in assenza di reale fondamento scientifico, e pertanto generalmente definite esempi di *junk science* nell'ormai particolare gergo elaborato al riguardo dalla dottrina statunitense⁸.

Si può fin d'ora affermare che il reale esercizio di questa funzione selettiva o di filtro costituisce l'aspetto più significativo, nonché la vera novità, del fenomeno che si esamina. Per questa ragione, l'elaborazione realizzata nell'ultimo decennio sembra corrispondere a un mutamento di prospettiva coinvolgente in maniera piuttosto radicale il ruolo del giudice e, di riflesso, anche quello dei difensori. Un fenomeno che segna inoltre il superamento, fra incertezze invero ancora molto notevoli, di un assetto del problema delle prove scientifiche nel processo civile assai risalente e all'apparenza stabile nella cultura giuridi-

J. LEUBSDORF, *Legal Malpractice and Professional Responsibility*, in 48 *Rutgers L. Rev.* 1995, spec. 120 ss.; sull'incidenza della prassi di utilizzare a scopo strategico-difensivo le prove scientifiche e – come più oltre si dirà con ampiezza – sull'impatto virtuale al riguardo della decisione *Daubert*, v. Worthington, *The 'Citadel' Revisited: Strict Tort Liability and the Policy of Law*, in 36 *S. Tex. L. Rev.* 1995, spec. 271-273.

⁸ Come esempio risalente dell'utilizzazione di tale definizione – oltre alle indicazioni di carattere bibliografico rintracciabili in A. DONDI, *Paradigmi*, cit., 277, nota 58, v., fra gli ormai moltissimi, P.W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, New York 1991, 17, 92 ss. e *passim*; ID., *Junk Science in the Courtroom*, in 26 *Valparaiso L. Rev.* 1992, 725-740; sulla stessa linea e con un interessante critica del modello anche sotto il profilo delle strategie difensive ampiamente coinvolgenti in certi tipi di controversie tali conoscenze scientifiche manifestamente inaffidabili e prive di accuratezza, cfr., in particolare negli anni precedenti il caso *Daubert*, B. EPSTEIN, M. KLEIN, *Use and Abuse of Expert Testimony in Product Liability Actions*, in *Seton Hall L. Rev.* 1987, spec. 657, 676 ss.; come esempio, invece, di tale approccio critico nei confronti della cosiddetta «junk science» nel periodo successivo alla decisione *Daubert*, v., fra i moltissimi, *Developments in the law. Confronting the New Challenges of Scientific Evidence*, in 108 *Harv. L. Rev.* 1995, 1490 ss., 1523 ss. (ove è realizzata con ampiezza la differenziazione ormai corrente fra «hard» e «soft science», come distintiva del carattere saldamente fondato – o non – dei presupposti scientifici a sostegno di *expert opinions*); v. anche M.H. GRAHAM, *Abandoning New York's «General Acceptance» Requirement: Redesigning Proposed Rule of Evidence 702(b) after Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, in 43 *Buffalo L. Rev.* 1995, spec. 243.

ca statunitense⁹. Questo carattere di incertezza qualifica come probabilmente ancora in corso l'evoluzione di cui parliamo, come segnala la vitalità tuttora estrema del dibattito intorno alle modalità di ammissione e di utilizzazione nel processo civile di *opinions* in qualità di *scientific evidence*; dibattito dal quale inoltre emerge da ultimo anche una diffusa difficoltà in dottrina e in giurisprudenza rispetto all'applicazione pratica delle soluzioni adottate a questo proposito sul piano normativo.

2. Recente evoluzione: la decisione *Daubert*

Si tratta di difficoltà e di incertezze del resto ampiamente giustificabili, se si tiene conto dell'ampiezza dei mutamenti realizzati e della intrinseca complessità delle relative soluzioni. Fra gli elementi alla base di queste difficoltà, non sembra in particolare trascurabile l'esigenza di fornire ridefinizioni di tipo generale e astratto di questioni al contempo complesse sul piano teorico, ossia epistemologico, e concrete per il loro impatto sulla realtà, come appunto quelle coinvolte nell'utilizzazione di particolari conoscenze scientifiche o tecniche nel processo civile; il tutto in un contesto culturale a radici ancora diffusamente e profondamente empiriche¹⁰. A questo elemento si può ricondurre buona parte delle frizioni e dei contrasti che all'incirca in questi ultimi dieci anni hanno caratterizzato, rendendola a volte decisamente accidentata, la vicenda che si esamina. Questo rilievo trova ampia giustificazione nel tipo di inquadramento e di profonda riformulazione dei termini delle questioni connesse al problema dell'utilizzazione di «prove esperte» nei procedimenti civili elaborato dalla Corte suprema federale nel caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, notoriamente indicato come il vero *leading case* in materia, oltre che come l'occasione ormai simbolica di un rinnovamento di prospettiva fondamentale a questo riguardo¹¹.

Prescindendo dal dato storico o quantomeno fattuale consistente nella circostanza incontestabile che a tutti gli effetti la decisione *Daubert* rappresenta il momento di maggiore evidenza del problema che qui interessa nel panorama della cultura giuridica statunitense, è stato a più riprese messo in luce come esistano sufficienti ragioni tanto per confermare come per negare – su di un piano squisitamente qualitativo – un tale rilievo

⁹ Come illustrazioni di tale visione, collocate forse non del tutto casualmente a livello temporale proprio nell'imminenza della cruciale trasformazione realizzata con la decisione *Daubert*, v., fra i molti possibili, soprattutto P.C. GIANNELLI, E.J. IMWINKELRIED, *Scientific evidence*², Charlottesville 1993, 8 ss., 20-29, 109 ss.; R.L. CARLSON, *Policing the Bases of Modern Expert Testimony*, in 39 *Vand. L. Rev.* 1986, spec. 582 ss., 586 ss.; B. BLACK, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, in 56 *Fordham L. Rev.* 1988, 599 ss., 609 ss., 613 ss., 627 ss. (con riguardo alla dottrina del caso *Frye*), 681-692 ss.; M.H. GRAHAM, *Expert Witness Testimony and the Federal Rules of Evidence: Insuring Adequate Assurance of Trustworthiness*, in *U. Ill. L. Rev.* 1986, 45.

¹⁰ Si rinvia, per tutti, alle suggestive considerazioni svolte in proposito da M.R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London 1997, 145.

¹¹ Per i dati di riferimento di base riguardo a tale decisione si rinvia ancora a A. DONDI, *Paradigmi*, cit., loc. cit. (ove è anche fornita una traduzione del *dictum* della Corte suprema); in ogni caso, per il testo originale dell'ultima decisione *Daubert* (per le altre si rinvia alla nota 1 di Dondi *ult. cit.*), cfr. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, in 113 *S. Ct.* 1993, 2786 ss.

a questo *dictum*¹². Intuibilmente fondate su opposte valutazioni del nucleo centrale della sua *ratio*, o della sua filosofia di fondo, tali ragioni concernono appunto l'attribuzione di un valore (positivo) o di un disvalore alle scelte effettuate qui dalla *Supreme Court* sotto il profilo sia dell'attribuzione al giudice di un particolarmente articolato potere/dovere di valutazione del livello di affidabilità della *expert opinion* sia della predisposizione di un catalogo apparentemente molto rigido di criteri di riferimento utilizzabili appunto dal giudice come *standard* sulla base dei quali articolare tale valutazione¹³. Si dirà anche in séguito come tali valutazioni trovino principale fondamento in visioni generali sulla ripartizione combinata dei ruoli di parti e giudice nel processo, in pratica nella percezione dell'attribuzione al giudice di questo specifico ruolo come una possibile minaccia al mantenimento al modello di processo civile statunitense del tradizionale carattere di *adversary system of litigation*; ma non in via esclusiva¹⁴. Invero, di natura evidentemente differente sono le anche numerose critiche alla soluzione adottata nel caso *Daubert* concernenti, fra l'altro e soprattutto, l'eccessivo schematicismo al quale la Corte perviene nella formulazione degli *standard* di affidabilità probatoria cui si è fatto riferimento¹⁵. Anche solo un cenno

¹² Per non fornire che alcuni, pochi, esempi di tale pressoché immediata percezione in dottrina, v., specialmente, E.J. IMWINKELRIED, *The Daubert Decision and the Admissibility of Scientific Evidence: the Supreme Court Chooses the Right Piece for All the Evidentiary Puzzles*, in 9 *St. John's J. Of Leg. Commentary* 1993, 8 ss., 13 ss. (specie con riferimento alla struttura della disciplina federale in materia di *evidence* di cui alle *rules 702 e 703 delle Federal Rules of Evidence*); e, nel contesto di un'indagine di grandissimo rilievo ancorché non specificamente dedicata a *Daubert* ma ad esso comunque riferentesi, v. J.W. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in 88 *Nw. U. L. Rev.* 1994, spec. 555; per un'analisi dei problemi dell'*expert evidence* che sembra, in brevissimo anticipo sulla decisione in esame, preludere ai temi in essa affrontati e alla linea di risoluzione adottata v. R.A. EPSTEIN, *A New Regime for Expert Witnesses*, in 26 *Valparaiso L. Rev.* 1992, 757 ss., spec. 763.

¹³ Al riguardo v., ad es., i riferimenti in M. TARUFFO, *op. loc. cit.*; A. DONDI, *Paradigmi*, cit., 270; R.F. BLONQUIST, *The Dangers of «General Observations» on Expert Scientific Testimony: a Comment on Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 82 *Ky. L. J.* 1994, spec. 711 ss.

¹⁴ Considerazioni di carattere generale riguardo a questi problemi sono rintracciabili in J.W. WEINSTEIN, *Ethical dilemmas*, cit., spec. 493 ss.; inoltre, v. anche J.W. STEMPER, *Cultural Literacy and the Adversary System. The Enduring Problems of Distrust, Misunderstanding, and Narrow Perspective*, in 27 *Valparaiso L. Rev.* 1993, 315 ss., spec. 354, con riguardo alle interconnessioni fra i problemi che si esaminano e il contesto del processo, specie con riferimento all'utilizzazione – e come – di strumenti di reciproca informazione fra le parti in fase di *discovery*. Sull'evoluzione in termini di impostazione teorico-generale della cultura giuridica nordamericana, e anche riguardo all'influenza di ciò sulle questioni qui considerate v., ad es., – con riferimento all'affermarsi di un approccio neopragmatista in gran parte coerente con le scelte operate a livello giurisprudenziale con le decisioni che qui si considerano – G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York 1995, 236 ss., 248 ss.; analoghi rilievi in A. MILLER, *Critical Rationalism: a Restatement and a Defence*, Chicago 1994, *passim*; in precedenza rispetto alla decisione che qui si considera, per una ampia analisi dei problemi collegati, con speciale riguardo al ruolo di giudici e avvocati in questo contesto, v. R.L. CARLSON, *Policing the Bases of Modern Expert Testimony*, in 39 *Vand. L. Rev.* 1986, 580 ss.

¹⁵ Si rinvia ancora a M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; A. DONDI, *op. loc. ult. cit.* Come esempio (segnalato in A. DONDI, *op. ult. cit.*, 271 s.) dell'immediato riflesso sul piano giurisprudenziale della decisione *Daubert*, v. le considerazioni in tema di affidabilità scientifica delle *expert opinions* i rilievi espressi nella decisione «*in re*» *Paoli* in 35 *F. (3d)* 1994, spec. 743 (riguardo in particolare

come questo, mentre fornisce un indizio a conferma della ormai più volte rilevata vivacità del dibattito sviluppatosi intorno a questo *dictum*, ne segnala l'importanza e per converso l'impossibilità di omettere una pur rapida illustrazione dei suoi caratteri salienti, del resto già da tempo analizzati anche ad opera della nostra dottrina.

Tali caratteri si possono sintetizzare in due profili essenziali: la *departure* che questa decisione realizza rispetto all'assetto della giurisprudenza precedente, la già accennata configurazione di un meccanismo di selezione della *scientific evidence* attraverso il duplice strumento della predisposizione di un catalogo predefinito di criteri di valutazione, nonché l'imposizione di un dovere di verifica effettiva da parte del giudice in ordine alla qualità dell'informazione scientifica messa a disposizione dallo *expert witness*.

Il primo di tali profili è anche quello concernente l'indicazione e l'elaborazione da parte della *Supreme Court* delle ragioni per realizzare il superamento del precedente stato del problema, in pratica della dottrina assestatasi con la statuizione del caso *Frye v. United States* e risalente al primo ventennio del XX secolo¹⁶.

Mentre può apparire agevole vedere già nel riferimento a questo dato cronologico un'intrinseca giustificazione per l'adozione di nuove soluzioni a questo riguardo, questa elaborazione è per certo risultata molto impegnativa alla Corte del caso *Daubert*, non fosse che per le sue numerose implicazioni di ordine giuridico e soprattutto culturale. Sono, tuttavia, proprio questi aspetti che la Corte nella decisione *Daubert* mostra di voler affrontare appieno, in una prospettiva di complessiva riformulazione dell'approccio ormai tradizionalmente acquisito, non trascurando le trasformazioni nel frattempo intervenute a livello in senso lato epistemologico. In effetti, la differenziazione di fondo che questa decisione segna rispetto a un passato coincidente in buona sostanza con la filosofia alla base della decisione adottata nel caso *Frye* si colloca in particolare su questo versante, e si concretizza essenzialmente nel rifiuto, in primo luogo, di una concezione 'moderna' in

ai criteri di qualificazione dell'esperto, analoghi per quanto meno rigidi a quelli utilizzati, come *infra* si dirà nel testo, in *Daubert*); nel quadro del dibattito da subito concernente le scelte della Corte suprema nel caso *Daubert v.*, ad es., E.J. IMWINKELRIED, *The Meaning of «Fact or Data» in Federal Rule of Evidence 703: The Significance of the Supreme Court's Decision to Rely on Federal Rule 702 in Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 54 *Md. L. Rev.* 1995, spec. 374 ss. (ove si sottolineano gli aspetti di ristrettezza nell'interpretazione della legge – ossia qui la *evidence rule 703* – in *Daubert* attraverso il collegamento della nozione di validità epistemologica all'area dei «proper source for the case specific data»); J. SANDERS, *From science to evidence: the testimony on causation in the Bendectin Cases*, in 46 *Stan. L. Rev.* 1993, spec. 64; A.W. TAMARELLI, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical: Pushing the Limits of Scientific Reliability. The Questionable Wisdom of Abandoning the Peer Review Standard for Admitting Expert Testimony*, in 47 *Vand. L. Rev.* 1994, spec. 1181-1188, 1196 ss.

¹⁶ Al riguardo, per il testo della decisione, v. *Frye v. United States* in 293 *F. (D. C. Cir.)* 1923, 1013 ss.; per un'analisi della vicenda del successo e dall'abbandono molto successivo della «theory Frye», v. P.C. GIANNELLI, *The Admission of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States a Half Century Later*, in 80 *Colum. L. Rev.* 1980, 1197 ss.; L. GONZALES, *The Admissibility of Scientific Evidence: the History of Demise of Frye v. United States*, in 48 *U. Miami L. Rev.* 1993, 373-375, 389-396; fra i moltissimi possibili rinvii anche all'interno dei saggi già citati finora, v., ad es., anche per le relative ulteriori indicazioni bibliografiche, A. DONDI, *op. ult. cit.*, 262, nota 7, 264, nota 12; ROSSI, *Expert Witnesses*, Chicago 1991, 27 ss.; R.J. ALLEN, J.S. MILLER, *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, in 87 *Nw. U. L. Rev.* 1993, spec. 1141 ss. (e i richiami in nota 38, ivi); B. BLACK, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, cit., 62, nota 171.

senso storico della conoscenza scientifica e, di conseguenza, anche dei suoi *standard* di affidabilità¹⁷. In sintesi davvero estrema, ciò che con *Daubert* si realizza è l'abbandono della nozione di «*general acceptance*» (beninteso, nell'ambito della comunità scientifica accreditata) che la decisione del caso *Frye* configura quale sufficiente condizione per l'ammissibilità al processo di mezzi di prova catalogabili come *scientific evidence*; nozione rispetto alla quale appare, per inciso, coerente anche la formulazione del resto piuttosto generica della disciplina originaria della *Federal Rule of Evidence 702* (intitolata *Testimony by Experts*), che come si dirà è stata recentemente oggetto di una significativa revisione¹⁸.

A un assetto come questo, fondato sostanzialmente sull'attribuzione del tutto «demandata» di una qualificazione esterna e formale (del tipo, «è scienza e pertanto affidabile ciò che viene generalmente accettato come tale dalla maggioranza degli scienziati») al dato scientifico da utilizzare come prova nel processo civile, l'impostazione del problema adottata dalla Corte suprema nel caso *Daubert* contrappone esigenze di valutazione di volta in volta rapportabili («*fitting*») alle circostanze di fatto concretamente in questione nella specifica controversia. Si tratta di una relativizzazione che, tuttavia, non si risolve in un generico ricorso a poteri discrezionali, ma si configura anzi come fortemente «strutturata»; come avviene tanto sulla base di un'attenta presa d'atto del diverso panorama culturale odierno riguardo alle «certezze» scientifiche (o, più propriamente, dell'ormai pacifica assunzione dell'incertezza come un carattere costantemente presente a questo riguardo), quanto in ragione della previsione di metodologie di acquisizione o piuttosto di selezione delle conoscenze scientifiche virtualmente utili per la determinazione da parte del giudice di, secondo un'espressione contenuta nell'opinione di maggioranza, *standards of probative reliability*¹⁹.

Se dunque, su di un primo versante, un aspetto in ogni caso notevole della decisione *Daubert* è rappresentato dall'adeguamento culturale – con estrema approssimazione qua-

¹⁷ Cfr., ad es., N.S. FARRELL, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: Epistemology and Legal Process*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1994, 2187 ss. (e il relativo saggio di Bernstein a 2142 ss., ivi); per una vasta analisi della elaborazione della nozione di affidabilità in *Daubert*, anche nella prospettiva delle decisioni che ne hanno seguito lo *stream* v. in giurisprudenza, ad es., le opinioni espresse dallo *U.S. Amicus Curiae* in *General Electric, Co. v. Joiner*, in 118 *S. Ct.* 1997, 512 (circa la necessità dell'applicazione di tali *standard* nel contesto di una «*detailed and specific analysis*»; in dottrina cfr. al riguardo P.S. MILLER, B.W. REIN, *Whither Daubert? Reliable Resolution of Scientific-Based Causality Issues in Toxic Tort Cases*, in 50 *Rutgers L. Rev.* 1998, 564 (anche per le indicazioni bibliografiche in nota 1), 572 ss., 577 ss.

¹⁸ Per il testo della norma v., ad es., E. REEN, C. NESSON, P. MURRAY, *Federal Rules of Evidence*, New York 1999, 155; in tema, v., ad es., riguardo alle riforme normative, il testo degli emendamenti entrati in vigore il 1° dicembre 2000, del tutto corrispondente a quello dei «*proposed amendments*» 1998 che è reperibile in 181 *FR.D.* 1999, 1444 ss.; sul punto cfr. P.C. GIANNELLI, E.J. INWINKELRIED, *Scientific Evidence*, 3ª ed., cit., 68; H. Cwik, J.L. NORTH (eds.), *Scientific Evidence Review (monograph n. 4)*, Chicago 1999, 7 ss.; per ulteriori indicazioni si rinvia alle note relative *infra*.

¹⁹ Specificamente sul punto v. W.J. BLANTON, *Reducing the Value of Plaintiffs' Litigation Option in Federal Courts: Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 2 *Geo. Mason L. Rev.* 1995, 177 ss. (sulla nozione di validità in *Daubert* come non connessa alla generale accettazione in ambito scientifico di certi risultati), 188 (sul suo impatto in termini di aumenti dei costi delle controversie, ad es.), 193 ss. (sulla pratica capacità di una «*valid scientific theory*» di *fit* rispetto alle questioni controverse); *Developments in the Law*, cit., spec. 1509 ss.; M.H. GRAHAM, *Abandoning New York's «General Acceptance» Requirement*, cit., 245 ss., spec. 248, 255 ss.

lificabile come postmodernista – da essa introdotto nel panorama dell'elaborazione giurisprudenziale è, per altro verso ma sempre su questa linea, lo strumentario a garanzia della *testability* ad opera del giudice dell'affidabilità delle conoscenze scientifiche a qualificare come effettivamente innovative le scelte adottate. La percezione della conoscenza scientifica come costantemente in evoluzione e sottoposta a ricorrenti processi di «falsificazione», escludendo stabilità garantite da generale accettazione in una comunità scientifica a sua volta fortemente divisa fra variegate istanze di conservazione e di innovazione, sortisce due fondamentali risultati in *Daubert*: la legittimazione implicita di teorie minoritarie o innovative e la necessaria sottoposizione a verifica empirica («*sole distinguishing feature of science*» secondo Popper) dell'affidabilità in termini di «*good science*» delle opinioni esperte²⁰.

È sotto questo profilo che si configura come centrale il ruolo del giudice, garante della qualificazione della *scientific information* messa a disposizione dallo *expert witness* in termini di affidabilità sul piano del fondamento scientifico e di rilevanza ai fini della definizione della controversia. Ad assistere il giudice in questo compito vengono, come accennato, predisposti cinque criteri *standard* di verifica di tale affidabilità probatoria, in termini di: a) verificabilità (*testability*) come raffronto finalizzato al vaglio della fondatezza della *expert opinion*; b) pubblicazione dei risultati delle relative ricerche (*peer review*); c) conoscenza del livello di mancato funzionamento (*rate of error*); d) presenza di *standard* costanti di verifica (*maintenance of standards*); e) accettazione diffusa all'interno della comunità scientifica (*general acceptance*)²¹. Da non intendersi come rigida e cogente, questa griglia di verifica si collega nella *philosophy* della decisione *Daubert* piuttosto all'assunzione di un atteggiamento più aperto e articolato da parte del giudice in ordine alla verifica della fondatezza dei presupposti scientifici delle *expert opinions* dedotte dalle parti (e a questo fine non appare trascurabile che la stessa formulazione vaga della principale disciplina della materia – la *evidence rule 702* – venga interpretata come una sorta di stimolo a controlli non meccanici o formali delle informazioni scientifiche a disposizione ma anzi progressivamente selettivi della loro effettiva genuinità nella prospettiva della decisione della specifica controversia)²².

²⁰ Così, per il testo originale della decisione, v., espressamente, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, in 509 U.S. 1993, 592 ss. (per la nozione di *testability*, con precipuo riferimento alle «congetture e confutazioni» di matrice popperiana) 595 s. (per il superamento della nozione di *general acceptance*); per il testo tradotto in italiano, cfr. A. DONDI, *Paradigmi*, cit., 279 s.; sul *Frye test* di «*general acceptance*», inteso come parametro da superare nella decisione *Daubert* v. M. TARUFFO, *Le prove scientifiche*, cit., 233 ss.

²¹ Per questa «griglia di verifica» nella versione originale della decisione in esame, v. l'indicazione in nota 20 *supra*, 594 s. (mentre, per la traduzione italiana, v. corrispondentemente ivi 281); nella dottrina statunitense, fra i moltissimi commenti al riguardo, v., ad es., M.A. BERGER, *Procedural Paradigms for Applying the Daubert Test*, in 78 Minn. L. Rev. 1994, 1345 ss.; J. SANDERS, *Scientific Validity, Admissibility, and Mass Torts After Daubert*, in 78 U. Miami L. Rev. 1994 (e gli altri saggi ivi contenuti e collegati al relativo *symposium* in tema di «*scientific evidence*»), spec. 1395-1398; A.E. TASLITZ, *Daubert's Guide to the Federal Rules of Evidence: a Not-so-plain-meaning Jurisprudence*, in 32 Harv. J. Leg., 1995, 46 ss.

²² Si rinvia, per analisi recenti, a H. CWTIK, J.L. NORTH (eds.), *Scientific evidence*, cit., loc. cit.; M.H. GRAHAM, *Handbook of Federal Evidence*, 4^a ed., St. Paul Minn. 1996, 43 ss., 58 ss., 73ss. (e i commenti rubricati al § 702.5 nel *Supplement* 2000); per riflessi nella manualistica e comunque

3. (Segue) Riflessi sul piano giurisprudenziale e disciplinare

Si è detto all'inizio dell'impatto vasto e incisivo nel contesto della cultura giuridica statunitense dell'ultimo decennio di questo *révirement* nel senso, qui grossolanamente sintetizzato e semplificato, della doverosa ingerenza del giudice nella verifica del carattere per così dire di 'scienza scientifica' dei contenuti delle *expert testimonies*. Si tratta di un impatto che registra varie aree di manifestazione spesso reciprocamente intersecate, in sede tanto giurisprudenziale come dottrinale e a livello di riforma normativa, con un dibattito che evidenzia l'attribuzione in area statunitense di un rilievo centrale e a tratti assorbente a questa tematica.

Intuibilmente è, comunque, il versante giurisprudenziale quello nel quale si manifesta in maniera più massiccia l'incidenza del *dictum* di *Daubert*, con la pressoché immediata creazione di uno *stream* esteso di decisioni conformi o, se non del tutto allineate, ad esso collegabili. Bisogna dire che l'adesione costituisce il tratto distintivo diffuso delle decisioni immediatamente successive, che si collega in genere a un apprezzamento pressoché entusiastico per l'apertura/adeguamento che *Daubert* realizza nei confronti delle recenti concezioni evolutive – in via molto approssimativa inquadrabili in un atteggiamento ispirato a «empirismo critico» – riguardo al sapere scientifico e alla stabilità dei risultati conoscitivi derivabili dalle relative scoperte²³. Diversa e più complessa appare invece da subito la questione della concreta applicazione dei criteri selettivi elaborati in *Daubert* per qualificare e distinguere *good science* da *junk science*, da utilizzare in controversie civili.

La questione per così dire del contesto di riferimento si pone a questo riguardo come effettivamente centrale, in quanto, ricondotta alla sua fruibilità nel concreto della pratica del processo, la dottrina *Daubert* manifesta problemi applicativi non secondari, ed evidenziati pur con difficoltà anche in sede giurisprudenziale. Lo scarto logico ma anche funzionale fra la presa d'atto della *scientific uncertainty* e la necessità per il giudice comunque di decidere la controversia, una volta stabilito se e come sulla base di *expert witness testimonies*, non appare infatti agevolmente superabile ricorrendo alla sintetica griglia di riferimento per la verifica dell'affidabilità delle prove esperte adottata peraltro quasi som-

nella trattatistica in materia di *evidence*, v. S.A. SALTZBURG, M.M. MARTIN, D.J. CAPRA, *Federal Rules of Evidence Manual*, 7^a ed., Charlottesville 1998, spec. 1224 ss., 1229 ss.; A. BEST, *Evidence. Examples and Explanations*, Boston 1994, 159 ss.; R. CHARROW, M.I. BERNSTEIN, *Scientific Evidence in the Courtroom. Admissibility and Statistical Significance After Daubert*, Washington 1994, 3 ss.; fra i moltissimi, nella saggistica apparsa sui periodici giuridici, v., ad es., E.J. IMWINKELRIED, *The Daubert Decision on the Admissibility of Scientific Evidence: the Supreme Court Chooses the Right Piece for All the Evidentiary Puzzles*, in 9 *St. John's J. Leg. Comm.* 1994, 11-25.

²³ Per un'attenta analisi della formazione e delle caratteristiche di tale indirizzo, già a ridosso della decisione *Daubert*, v. ad es., con particolare riferimento alle questioni di gestione processuale di tale *dictum*, R.E. COX, *Goodbye, Frye; Hello, Daubert*, in 5 *Prac. Litigator* 1994, 15 ss.; C.C. COLCHAGOFF, *A New Era for Science and the Law: the Face of Scientific Evidence in the Federal Courts After Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 29 *Tulsa L. Rev.* 1994, spec. 740 ss.; M.I. BERNSTEIN, *The Admissibility of Scientific Evidence After Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 15 *Cardozo L. Rev.* 1994, spec. 2145 ss. (nonché i relativi saggi di Hutchinson e di Maskin, rispettivamente 1875 ss., 1929 ss., ivi, nel contesto di un *symposium* espressamente dedicato al tema, e intitolato: «*Scientific Evidence After the Death of Frye-Daubert and Its Implications for Toxic, Tort, Pharmaceutical, and Product Liability Cases*»); K.R. FOSTER, P.W. HUBER, *Judging Science. Scientific Knowledge and the Federal Courts*, Cambridge 1997, 32, 34 ss.

messamente nella decisione *Daubert*²⁴. Ciò che viene in evidenza sono due tipi di questioni strettamente correlate con riguardo a questa decisione: la sua «qualità tecnica» e, come si è accennato, la complessità del quadro reale di riferimento.

La «qualità tecnica» di questa decisione sembra costituire una delle ragioni per cui la giurisprudenza successiva, tentando di applicare i criteri in essa elaborati al fine di realizzare una più *liberal admissibility* delle prove scientifiche attraverso il superamento di criteri formali stretti come quello di *general acceptance* in favore di un'analisi bilanciata e combinata di vari fattori (si ripete, i cinque sopraindicati non sono infatti intesi come esclusivi in *Daubert*, ed è esplicito l'intento di non escludere per questo tramite *novel evidence*), è per lo più pervenuta a risultati del tutto opposti. Che l'attribuzione al giudice di un compito di seria selezione abbia per contro funzionato come un effettivo strumento di generale limitazione dell'ingresso di *scientific evidence* in cause civili, sembra trovare fondamento nella povertà stessa delle soluzioni contenute in *Daubert* al problema – in quanto tale invece posto in maniera corretta – di disciplinare l'ingresso nel processo di opinioni esperte non escludendo *ex professo* quelle fondate su indirizzi minoritari e nuove scoperte (appunto la c.d. *novel evidence*). Sicché, in altri termini, l'assunzione di un atteggiamento genericamente restrittivo a questo riguardo da parte della successiva giurisprudenza si può dire che trovi fondamento in questa imposizione al giudice di un'attività di setaccio/selezione molto impegnativa ma priva di strumenti operativi adeguati, in quanto al più meramente definitivi²⁵. Al quadro di riferimento applicativo sono da collegare altri, anche più rilevanti, fattori all'origine del funzionamento non del tutto soddisfacente nella pratica della 'dottrina *Daubert*'. Fra di essi, probabilmente il principale è costituito dal diretto riferimento di questa decisione a una particolare categoria di controversie, catalogate come di *product liability* o di *mass tort litigation*, nelle quali l'incidenza dell'u-

²⁴ Valutazioni sullo questo profilo molto critiche di *Daubert* sono rintracciabili, ad es., in M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; nel contesto di una letteratura molto vivace al riguardo, v., di recente, ad es., M.H. GRAHAM, *The Expert Witness Predicament: Determining «Reliable» Under the Gatekeeping Test of Daubert, Kumho, and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence*, in 54 *U. Miami L. Rev.* 2000, spec. 321 (dove quella di *Daubert* viene definita come una «bad decision»); S. BREWER, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, in 107 *Yale L. J.* 1998, 1543-1551.

²⁵ Così è, ad es., se si tiene conto anche dell'impatto oggettivamente limitativo collegato ai maggiori doveri-poteri del giudice dopo *Daubert*, come è rilevato in D.L. FAIGMAN, *Mapping the Labyrinth of Scientific Evidence*, in 46 *Hastings L. J.* 1995, 557-564; più in generale sul *chilling effect* sotto questo profilo provocato da *Daubert* v., ad es., COMMENT: *Sharpening the Focus on Daubert's Distinction Between Scientific and Nonscientific Expert Testimony*, in *San Diego L. Rev.* 1997, 1743 ss., 1750 ss., 1763 ss.; E. BEECHER-MONAS, *Blinded by Science: How Judges Avoid the Science in Scientific Evidence*, in 71 *Temple L. Rev.* 1998, 55 ss., 61 ss.; L. NOAH, *Sanctioning scientific peer review: Publication as a Proxy for Regulatory Decision Making*, in 59 *U. Pitt. L. Rev.* 1998, spec. 691; BLATON, *op. cit.*, 188-195, 216 ss.; *Developments in the Law*, cit., 1509 ss.; M.H. GRAHAM, *Abandoning New York's «General Acceptance»*, cit., 248 ss.; NOTE, *The Limitations of Daubert and Its Misapplication to Quasi-scientific Experts, a Two-year Case Review of Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 35 *Washburn L. J.* 1995, 140-144; W.A. WORTHINGTON, *The «Citadel» Revisited*, cit., 271, 273 (v. nota 221) ss.; C.H. CŰIK, *Guarding the Gate: Expert Evidence Admissibility*, in 25 *Litigation* 1999, 8 ss.; per una recente critica dell'applicazione di *Daubert* alla luce delle complicazioni oggettive della nozione di affidabilità tecnico-scientifica, v. COMMENT: *Navigating Uncertainty: Gatekeeping in the Absence of Hard Science*, in 113 *Harv. L. Rev.* 2000, 1471 ss.

tilizzazione di prove esperte come *scientific evidence* risulta effettivamente cruciale per la risoluzione del problema dei rapporti di causalità (*causation*) in ordine ai danni derivati dall'utilizzazione di un prodotto²⁶. Proprio in ragione delle difficoltà collegabili a livello probatorio alla risoluzione del problema della *causation*, queste controversie vengono ormai fatte rientrare appieno nell'area delle c.d. *complex litigations*²⁷. In effetti, la risoluzione dei problemi concernenti la qualificazione in termini di affidabilità delle prove esperte rappresenta ormai un fattore tipico della nozione di complessità delle controversie civili, intersecandosi con la tendenza a fare del ricorso a *expert witness testimonies* uno strumento di abuso in fase di *discovery* (come risulta anche dalla disposizione della *Federal Rule* 26 (a) (2) (B) evidentemente riformulata allo scopo di arginare tale fenomeno), oltre che al *trial*²⁸. Sotto questo profilo, non sembra da escludersi che una tendenziale chiusura o una più rigorosa selezione nei confronti dell'utilizzazione strategica o tattica di questi tipi di prova, come conseguenza dell'applicazione del *test* suggerito nel 1993, costituisca l'altro vero intento implicitamente perseguito dalla Corte suprema con la decisione *Daubert*, oltre a quello chiaramente esplicitato di liberalizzare l'approccio alle prove scientifiche non escludendo *expert opinions* fondate su *novel science*²⁹.

²⁶ Per indicazioni di carattere generale, v., ad es., W. SHWARZER, *Management of Expert Evidence*, e M.A. BERGER, *Evidentiary Framework*, in *Moore's Federal Practice. Reference Manual on Scientific Evidence*, New York 1997, rispettivamente 15 ss., 71 ss.; sulla nozione di «*mass tort litigation*» v., ad es., *Report on mass tort litigation (february 15, 1999)*, St. Paul Minn., 1999, 9 ss.; sulla gestione di tali controversie v., ad es., F.E. MCGOVERN, *Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation*, in 53 *U. Chicago L. Rev.* 1986, 440 ss.; J. RESNIK, *From «cases» to «litigation»*, cit., 5 ss.; H.M. ERICHSON, *Mass Tort Litigation and Inquisitorial Justice*, in 87 *Georgetown L. J.* 1999, spec. 1988 ss.

²⁷ Il richiamo a questa nozione, come riferita al mondo giuridico statunitense, è ormai risalente anche nella letteratura giuridica italiana, cfr., ad es., A. DONDI, *Effettività*, cit., 189 ss.

²⁸ Sul punto specificamente si rinvia a G.P. JOSEPH, *Emerging Expert Issues Under the 1993 Disclosure Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in 164 *F.R.D.* 1997, 97 ss., spec. 105; per una precedente analisi di tali problemi v. anche D.S. DAY, *Discovery Standard for the Testimonial Expert under the Federal Rule of Civil Procedure 26 (b) (4): A Twentieth Anniversary Assessment*, 133 *F.R.D.*, 1990, 209 ss.

²⁹ In questo senso, v., ad es., nel contesto di un'ampia analisi delle questioni alla base dell'utilizzazione di prove scientifiche anche avendo ormai ampiamente maturato l'esperienza dell'apertura realizzata attraverso *Daubert*, K.R. FOSTER, P.W. HUBER, *Judging Science*, cit., 13-19 ss., 36 ss. (con un'attenta e vasta disamina della nozione di «*fitting the case*» come riferita alle conoscenze scientifiche selezionate per la decisione di controversie attraverso il *Daubert test*), 112 ss., 231; analogamente, v., ad es., E.J. IMWINKELRIED, *A Final Comment. The Importance of the Procedural Framework*, in 50 *Case W. Res. L. Rev.* 2000, spec. 671 ss.; anche D.L. FAIGMAN, D.H. KAYE, M.J. SAKS, *How Good is Good Enough? Expert Evidence Under Daubert and Kumho*, *ivi*, spec. 645 (con particolare riferimento alla necessità di applicare la griglia, o le griglie, alla luce del principio di «*best evidence*»); R.H. UNDERWOOD, *Evaluating scientific & forensic evidence*, in 24 *Am. J. Trial Advocacy* 2000, 154-161 (con un'interessante prospettiva «dalla parte dell'avvocato» che include la distinzione fra gli interessi difensivi dell'avvocato dell'attore e del convenuto sotto il profilo dell'adesione a differenti *standard* di qualificazione delle conoscenze scientifiche e tecniche nel processo); sui problemi concernenti l'uso concreto di meccanismi di «certificazione» della *liability* in controversie complesse, in quanto scientificamente caratterizzate, v., ad es., L. WALKER, J. MONAHAM, *Sampling Liability (Use of Statistical Sampling in Complex Litigation). Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in 85 *Va. L. Rev.* 1999, spec. 332 ss.

Un ulteriore aspetto del problema dell'area di applicazione della decisione *Daubert* è coinciso con la determinazione da parte della giurisprudenza della sua estensione e dei relativi confini. Pacifica, ancorché non agevole nella pratica, la sua applicazione a scienze di tipo sociale e a discipline connesse (come *test* psicologici concernenti disordini psichici derivanti da traumi, sindromi da maltrattamenti e da abusi di tipo sessuale, o altro), fino alla fine degli anni '90 è rimasta aperta la questione della sua estensione a conoscenze non propriamente scientifiche ma tecnico-specialistiche. Sembra tuttavia che con una decisione recente, resa nel 1999 dalla Corte suprema nel caso *Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael*, tale questione abbia trovato una soluzione soddisfacente³⁰. La decisione *Kumho* in effetti contiene un'elaborazione ampia e articolata dei problemi in questione, e sembra qualificarsi come un'autorevole e forse definitiva interpretazione delle istanze contenute nel *dictum* di *Daubert*. Sulla base di un'esegesi semplice quanto rigorosa del dettato della *Evidence Rule 702* (che «*does not distinguish between scientific knowledge and technical or other specialized knowledge, but makes clear that any such knowledge might become the subject of expert testimony*»), si fornisce anzitutto una risposta affermativa alla questione se la «*gatekeeping obligation*» del giudice – ossia, la filosofia di base della decisione *Daubert* – si possa applicare anche a *expert testimonies* non scientifiche ma concernenti conoscenze tecniche o altrimenti specialistiche³¹. Ma non solo: in questa decisione sono anche contenute indicazioni preziose circa le modalità di realizzazione della verifica di genuinità/qualità delle conoscenze esperte, nella forma di direttive chiare sull'applicazione giurisprudenziale dei parametri di selezione predisposti in *Daubert* alla luce di un pervasivo criterio di flessibilità. In questa prospettiva, prevale rispetto all'utilizzazione puntuale di tali parametri la possibilità per il giudice di esplicitare la più vasta «*latitude in deciding how to test an expert's reliability*» valutando le caratteristiche delle prove dedotte nella

³⁰ Con riguardo al testo di questa decisione, cfr. *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael* in 119 U. S. S.C.t. 1999, 1167 ss.; fra i moltissimi commenti, ai quali si farà anche riferimento nelle note *infra*, v., ad es., P.C. GIANNELLI, E.J. IMWINKELRIED, *Scientific evidence*, 3ª ed., cit., 44 ss.; D.J. HIRSH (ed.), *Challenging Unreliable Technical Experts After Kumho*, Chicago 1999, *passim*; P.A. KREBS, B.J. DE TRAY, *Kumho Tire Co. v. Carmichael: a Flexible Approach to Analyzing Expert Testimony Under Daubert*, in 34 *Tort & Insurance L. J.* 1999, 989 ss.; H. HRABOSKY, *Stretching Daubert Beyond Recognition. Kumho Tire Co. v. Carmichael*, in 8 *George Mason L. Rev.* 1999, 203 ss.; M.J. VIGILANTE, *Screening Expert Testimony After Kumho Tire Co. v. Carmichael*, in 8 *J. L. & Policy* 2000, 543 ss.; S. ANDROGUÉ, A. RATLIFF, *Kicking the Tires After Kumho: The Bottom Line on Admitting Financial Expert Testimony*, in 37 *Huston L. Rev.* 2000, spec. 437 (per una valutazione in prospettiva storica dell'impatto di *Kumho* e del suo collegamento a *Daubert*), 452-475 (sui problemi dei *trial judges* di fronte alla «*flexibility*» in tal modo introdotta in «*particular circumstances and issues*»).

³¹ Così, espressamente, in *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, cit., 1169 (che continua con le altrettanto significative affermazioni secondo le quali: «*It is the Rule's word 'knowledge', not the words – like 'scientific' – that modify that word, that establishes a standard of evidentiary reliability*» e inoltre «*it would prove difficult, if not impossible, for the judges to administer a 'gatekeeping' obligation upon a distinction between 'scientific' knowledge and 'technical' or 'other specialized' knowledge, since there is no clear line dividing the one from the others and no convincing need to make such distinction*»); al riguardo v., ad es., M.H. GRAHAM, *The Expert Witness Predicament*, cit., 332 ss.; inoltre, fra moltissimi, M.M. KAPSA, C.B. MEYER, *Scientific Experts: Making Their Testimony More Reliable. Kumho Tire Co. v. Carmichael*, in 35 *Cal. W. L. Rev.* 1999, 313 ss.; W.H. STEVENSON, *Admissibility of Expert Testimony After Kumho Tire Co. v. Carmichael*, in 28 *Colorado Law* 1999, 73 ss., spec. nota 4.

specificata controversia³². Una prospettiva che, sottolineando al contempo il carattere necessariamente flessibile (o forse più propriamente «*situational*», come è stato recentemente proposto) dei criteri da utilizzare nella selezione delle prove esperte ma anche la necessità di serie verifiche al riguardo da parte del giudice, mostra di voler in particolare valorizzare il ruolo del *trial judge* come *gatekeeper* nei confronti della giuria, in quanto filtro e garante che le opinioni esperte ammesse abbiano sufficienti fondamenti teorici per produrre risultati corretti³³. Questa tendenza a rafforzare il potere discrezionale del giudice di prima istanza rispetto alla valutazione delle prove spettante alla giuria è del resto ricorrente nell'elaborazione giurisprudenziale che prende le mosse dalla decisione *Daubert*. Come dimostrano le prese di posizione alla base di decisioni come *General Electric Company v. Joiner* del 1997, questo particolare riguardo al ruolo del *trial judge* non conduce tuttavia allo svuotamento dei valori di affidabilità scientifica propugnati in *Daubert*, ma anzi si muove nel senso di consentire al giudice di individuare discrezionalmente – specie in controversie di particolare complessità – i metodi più propri per valutare l'affidabilità anche di conoscenze esperte del tutto anomale (ad esempio verificando che le opinioni proposte nella forma di «*explanative theories*» si fondino sul rispetto di metodologie abitualmente applicate dagli esperti nel campo)³⁴.

³² L'interpretazione del *dictum* in *Daubert* come centrato sull'espressione «*may consider*», da intendersi riferita all'ampia discrezionalità del *trial judge* in ordine all'applicazione di uno piuttosto che un altro dei «*Daubert's factors*», è alla base di questo approccio informato a diffusa flessibilità; una circostanza confermata dall'utilizzazione nella decisione *Kumho* di espressioni come: «*The Daubert factors do not constitute a definitive checklist or test*» (cfr. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, cit., 1170). A conferma di questa impostazione – sempre in questa decisione (1179) – si rinvia inoltre al rilievo, in larga misura conclusivo sul punto, secondo il quale: «*In sum, Rule 702 grants the district judge the discretionary authority, reviewable for its abuse, to determine reliability in light of the particular facts and of the circumstances of the case*»; a commento di questa decisione e per analisi in proposito, anche in prospettiva di futuri ampliamenti su base interpretativa, cfr., ad es., R.C. MANGRUM, *Kumho Tire Company: The Expansion of the Court's Role in Screening Every Aspect of Every Expert's Testimony at Every Stage of the Proceedings*, in 33 *Creighton L. Rev.* 2000, spec. 527-534, 537 ss.; M.A. SCHWARTZ, *Kumho Tire Co. v. Carmichael: The Supreme Court Follows Upon The Daubert test*, in 16 *Touro L. Rev.* 2000, spec. 302, 303 ss.; R.T. STILWELL, *Kumho Tire: The Battle of Experts Continues*, in 19 *Rev. of Litigation* 2000, 202-206; S.R. JENNETTE, *Attacking the Plaintiff's Hazardous Substance Expert in the Post-Kumho Era*, in 41 *For the Defense* 1999, 33 ss.

³³ Per un'originale analisi di questa prospettiva «situazionale» connessa al *dictum* di *Kumho*, cfr., ad es., COMMENT: *Navigating uncertainty*, cit., loc. cit.; sulla filosofia di questa decisione e in generale sulle sue implicazioni, nonché riguardo alla maggiore attività richiesta ai giudici in ordine alla valutazione dell'affidabilità delle conoscenze (se tecniche o scientifiche qui non rileva più), v., in particolare E.J. IMWINKELRIED, *The Taxonomy of the Testimony Post-Kumho. Reinforcing the Bottom Lines of Reliability and Necessity*, in 30 *Cumberland L. Rev.* 2000, spec. 191-199 (ove è significativamente ricordato il «*dissenting*» del giudice Rehnquist sulla originaria povertà della decisione *Daubert* in termini di qualificazione della conoscenza qualificata scientificamente come solo attraverso definizioni quali «*grounded in the methods and procedure of science*», v. – per la traduzione anche di questa *dissenting opinion* – A. DONDI, op. cit.), 209-212.

³⁴ Cfr. *General Electric co. v. Joiner* in 522 U. S. 1997, 136 ss. (ma specialmente 146, ove è emblematicamente sintetizzato questo indirizzo, ad esempio in prese di posizione come: «*we hold that the Court of Appeal erred in its view of the exclusion of Joiner's expert testimony. In applying an overly 'stringent' review it failed to give the trial court deference*»); al riguardo, v., ad es., R.C. MANGRUM, op. cit., 537 ss.; P.A. KREBS, B.J. DE TRAY, *Kumho Tire Co. v. Carmichael: A Flexible*

L'evoluzione fin qui sommariamente descritta non può, tuttavia, essere limitata alla sola trasformazione del quadro giurisprudenziale realizzatosi, rispetto ai criteri di qualificazione delle prove esperte nel processo civile, con le decisioni *Daubert*, *Joiner* e *Kumho*. La portata del fenomeno appare, infatti, più ampia e concerne il suo potente impatto culturale su di un settore fondamentale della cultura giuridica statunitense, come il diritto probatorio. Di ciò la dottrina statunitense ha dato ampiamente conto in questi ultimi anni, analizzando un fenomeno di profonda trasformazione della *law of evidence* anche attraverso il riferimento a esso di alcune definizioni illuminanti, come in particolare quella di «*evidence law adrift*» di Damaska, o quella corrispondente all'espressione «*navigating uncertainty*» che rende in maniera pregnante la sensazione di diffusa insicurezza – o di perdita di rassicuranti certezze – occasionata dalle trasformazioni in atto³⁵.

Per certo di fondamentale rilievo è stata e continua a essere l'attenzione riservata in questa sede alle nozioni utilizzate in giurisprudenza a questo riguardo. È in gran parte alla analitica elaborazione di queste nozioni realizzata a vari livelli nel corso dell'ultimo decennio – ma invero più risalente, se si tiene conto dell'illuminante scetticismo presente nelle parole del giudice Weinstein nel famoso caso *Agent Orange* riguardo alla «*false aura of scientific infallibility*»³⁶ – che si deve la ormai pacifica acquisizione nella cultura giuridica statunitense della necessaria relativizzazione della validità dei risultati di opinioni esperte da utilizzare come prove in controversie civili. Da ciò, e dal complesso degli obblighi di verifica, selezione, controllo imposti al giudice dalla nuova giurisprudenza in tema di *expert opinions* non poteva che derivare una spinta rilevante all'adeguamento anche della disciplina in materia contenuta nelle *Federal Rules of Evidence* del 1975³⁷.

Approach to Analyzing Expert Testimony Under Daubert, in 34 *Tort & Ins. L. J.* 1999, 996 ss., 1000-1006.

³⁵ Sul punto, v. M.R. DAMASKA, *Evidence law adrift*, cit., loc. cit.; anche ID., *Truth in Adjudication*, in 49 *Hastings L. J.* 1998, spec. 301 ss.; NOTE, *Navigating Uncertainty*, cit., 1471 ss.; E.J. IMWINKELRIED, *A final comment*, cit., spec. 671 ss.; ID., *The Escapes Hatches from Frye and Daubert: Sometimes You Don't Need to Lay Either Foundation in Order to Introduce Expert Testimony!*, in 23 *Am. J. of Trial Adv.* 1999, 3 ss., 17 ss.; E. SWIFT, *One Hundred Years of Evidence Law Reform: Tayer's Triumph*, in 88 *Cal. L. Rev.* 2000, spec. 2472 ss.

³⁶ Per l'espressione di J.W. WEINSTEIN, che più estesamente recita «*false aura of scientific infallibility, coupled with law probative value, increases resistance to admitting evidence*», v. *In re «Agent Orange» product liability litigation* in 611 *F. Sup. (E.D.N.Y.)* 1985, 1256. Riguardo a tale dictum e in genere all'impatto nei confronti della successiva giurisprudenza (anche prima di *Daubert*) di questa decisione, v., ad es., M.D. GREEN, *Expert Witness and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation: the Legacy of Agent Orange and Bendectin litigation*, in 86 *Nw. U. L. Rev.* 1992, 643 ss.; al riguardo, oltre, ovviamente a J.W. WEINSTEIN, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, cit., loc. cit., si rinvia alle considerazioni in G.C. HAZARD, *Reflections on Judge Weinstein's Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in 88 *Nw. U. L. Rev.* 1994, 570 ss.

³⁷ Per un'analisi approfondita della riforma – specie nel contesto complessivo dell'utilizzazione più propria dei mezzi di prova oggetto della disciplina in particolare delle *Federal Rules of Evidence* 702-706, e quindi avendo anche in collegamento con la rinnovanda disciplina della *Federal Rule of Civil Procedure* 26 (b) (1) in tema di *discovery* – v. specialmente: A.L.I.-A.B.A. *Course study material. Federal Judicial Center. New Directions in Expert Testimony: Scientific, Technical, and Other Specialized Knowledge Evidence in Federal and State Courts (May 4-5, Boston, Mass.)*, Philadelphia 2000, spec. 155 ss.; sui prodromi della riforma, cfr., ad es., i saggi contenuti nel

A tale dibattito e comunque a tale evoluzione si ispirano nettamente i recenti emendamenti che hanno in particolare interessato la *evidence rule 702*. In effetti, nella riformulazione del testo di questa norma, l'adeguamento della disciplina ai criteri selettivi e qualificatori della validità delle *expert testimonies* elaborati in giurisprudenza costituisce un intento dichiarato del legislatore. Senza riprodurre nello specifico la soluzione elaborata in *Daubert*, ma con riferimento all'intera evoluzione giurisprudenziale al riguardo, la nuova norma si limita a prevedere tre distinti criteri di riferimento per selezionare l'ammissione di «*scientific, technical, or other specialized knowledge*», ossia: il sufficiente fondamento fattuale della *opinion*, l'utilizzazione di principi e metodologie affidabili, l'applicazione coscienziosa di tali metodologie alle circostanze di fatto oggetto della controversia³⁸.

4. Qualche minimo rilievo dal raffronto con l'assetto del problema in altri ordinamenti di *common* e di *civil law*

Non si registrano ancora nella letteratura giuridica statunitense valutazioni sufficientemente approfondite riguardo a questa nuova formulazione della *evidence rule 702*³⁹. È comunque prevedibile che, per quanto appare dalla scarsa originalità dei tre criteri di qualificazione previsti, essa si configuri più che altro come un mediocre adeguamento al nuovo clima culturale, destinata a svolgere – come del resto già la versione originaria della norma – un ruolo marginale in un settore nel quale risulta comprensibilmente netta la prevalenza delle direttive provenienti dall'elaborazione dottrinale e, come si è visto, soprattutto giurisprudenziale. Riguardo all'assetto disciplinare contenuto nelle *Federal Rules of Evidence*, un rilievo in negativo può essere infine riservato al potere del giudice (previsto nella *rule 706*, appunto intitolata «*Court Appointed Experts*») di nominare testimoni esperti, a sua discrezione o a séguito di preventivo accordo fra le parti⁴⁰. La norma

relativo «*symposium*» in 28 *S.W.U.L. Rev.* 1999, 389 ss.; inoltre, v. M.H. GRAHAM, *Expert Witness Predicament*, cit., 326 ss. e note 30-31.

³⁸ Si fornisce qui di séguito il testo della nuova disciplina della *Federal Rule of Evidence 702*, in vigore dal 1° dicembre 2000, che recita: «*Testimony by Experts: If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case*». Al riguardo, v., ad es., per la versione della norma corredata con la relativa «*advisory committee note*», *Amendments to the Federal Rules of Evidence. Communication from the Chief Justice, the Supreme Court of the United States transmitting amendments to the Federal Rules of Civil Procedure that have been adopted by the Court (pursuant to 28 U.S.C. 2072)*, Washington 2000, 41-53; per il dibattito relativo al *draft* di tale riforma, ove risulta evidente l'impatto e della decisione *Daubert* e della sua estensione/interpretazione in *Kumho*, cfr. *Committee on rules of practice and procedure of the judicial conference of the United States – Preliminary draft of proposed amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and Evidence*, in 181 *F.R.D.* 1999, 144 ss.; per i prodromi di questa riforma, v., ad es., S.A. SALTZBURG, M.M. MARTIN, D.J. CAPRA, *Federal Rules of Evidence Manual*, 7ª ed., cit., 138 ss.

³⁹ Si rinvia alle indicazioni nella nota che precede.

⁴⁰ In tema, cfr., ad es., per considerazioni di carattere generale sulla tendenziale non utilizzazione di questa disciplina da parte dei giudici statunitensi, J. SANDERS, *From Science to Evidence: the Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, in 46 *Stan. L. Rev.* 1993, spec. 67 ss.; R.J. KLEMM,

invero, se non del tutto disapplicata, riceve un'applicazione estremamente limitata nella pratica del processo civile, forse anche perché congegnata in maniera piuttosto approssimativa (ad esempio, mancano del tutto indicazioni relative alle procedure di selezione di tali *judge appointed experts*). La ragione di fondo sembra tuttavia collocarsi altrove, e in particolare nel permanere come filosofia di base anche della normativa federale del 1975 dell'attribuzione risalente a Thayer di una essenziale «*excluding function*» alla *law of evidence*, consistente nel determinare «*what classes of evidence shall not be received*» a tutela dell'agevole svolgimento di una funzione decisoria comunque virtualmente pensata come spettante in via esclusiva a un giudice del fatto coincidente con la giuria, come ancora accade nel modello statunitense⁴¹.

Il mancato superamento di questa barriera culturale – da combinare anche alla tendenza a percepire l'eventuale esercizio di poteri discrezionali di iniziativa probatoria da parte del giudice come una minaccia al mantenimento di solidi caratteri di *adversariness*

A Court-appointed Expert as the Sole Source of Statistical Analysis, in 48 *U. Miami L. Rev.* 1993, 149 ss.; J.S. CECIL, *Court-appointed Experts*, in *Federal Judicial Center. Reference Manual on Scientific Evidence*, St. Paul Minn. 1994, 527-535 ss.; più di recente, cfr. S.H. CHOY, *Judicial Education: The Use of Court-appointed Experts: Merkmán v. Westview Instruments, Inc.*, in 47 *U.C.L.A. L. Rev.* 2000, 1427-1430, 1441 ss.; nella manualistica (anche per il testo e i relativi commenti alla *evidence rule 706*) v., ad es., E.D. GLEN, C.R. NESSON, P.L. MURRAY, *Federal Rules of Evidence*, Aspen 1997, 164 ss.; M.H. GRAHAM, *Handbook of Federal Evidence*, 4ª ed., St. Paul Minn. 1996, 175 ss.

⁴¹ Per richiami a questa impostazione, v., ad es., ancora E. SWIFT, *One Hundred Years*, cit., 2447-2449 ss.; C. WALSH, B. ROSE, *Increasing the Useful Information Provided by Experts in the Courtroom: a Comparison of the Federal Rules of Evidence 703 and 803(18) with the Evidence Rules in Illinois, Ohio, and New York*, in 26 *Seton Hall L. Rev.* 1995, 186-188, 196-202 ss.; per riferimenti all'impatto sul problema che si considera – oltre che sul modello probatorio in generale – della tuttora significativa presenza della giuria in controversie civili, a livello statale come federale v., fra i molti, S. LANDSMAN, *The Civil Jury in America*, in 62 *L. Cont. Probs.* 1999, 285 ss. (v. anche gli altri saggi presenti in questo numero monografico dedicato alla *Common law jury*); ID., *The Civil Jury in America: Scenes From an Unappreciated History*, in 44 *Hastings L. J.* 1993, 579 ss.; S.S. DIAMOND, J.D. GASPER, *Blindfolding the Jury to Verdict Consequences: Damages, Experts and the Civil Jury*, in 26 *L. Soc'y Rev.* 1992, 513 ss.; J. GOODMAN, E. GREENE, E.F. LOFTUS, *What Confuses Jurors in Complex Cases*, in *Trial (nov.)* 1985, 65 ss.; R.O. LEMPERT, *Civil Juries and Complex Cases: Taking Stock After Twelve Years*, in R. LITAN (ed.), *Verdict: Assessing the Civil Jury System*, Washington 1993, 183 ss., 190-193, 212-220 (ivi, per una valutazione e dell'impatto percentuale dei *jury trials* e della funzionalità effettiva dell'istituto, cfr. M. GALANTER, *The Regulating Function of the Civil Jury*, 63 ss., 72 ss., 81-86); per un riflesso di questo dibattito rispetto all'utilizzazione di una fondamentale *rule of exclusion*, v. C.B. MUELLER, *Post-modern Hearsay Reform: the Importance of complexity*, in 76 *Minn. L. Rev.* 1992 (nel contesto di un numero monografico intitolato *Hearsay reform conference* e contenente numerosi altri saggi di interesse al riguardo), 381 ss., 398 ss.; con specifico riferimento al rapporto giudice-giuria rispetto all'introduzione e all'utilizzazione di *expert evidences*, cfr., ad es., S.J. ADLER, *The Jury: Trial and Error in the Courtroom*, New York 1994, 226 ss.; L. SANDSTROM-SIMARD, W.G. YOUNG, *Daubert's Gatekeeper: The Role of the District Judge in Admitting Expert Testimony*, in 68 *Tul. L. Rev.* 1994, 1459-1463; in generale, ancora sul tema precedentemente all'accadimento rappresentato dalla decisione *Daubert*, v. P.W. HUBER, *Junk Science and the Jury*, in *U. Chicago L. Forum* 1990, 298-302 (ivi, cfr. anche J.L. PRIEST, *The Role of the Civil Jury in a System of Private Litigation*, 161 ss., 197 ss.; W.W. SCHWARZER, *Reforming Jury Trials*, 120 ss.); in generale sull'incidenza del ruolo della giuria come freno all'evoluzione del modello di processo in cause complesse, v. inoltre J. SANDERS, *Scientific Complexity Cases, Trial by Jury, and the Erosion of Adversarial Process*, in 48 *DePaul L. Rev.*, 1998, 355 ss.

al modello di processo civile – è ciò che ormai separa sempre più nettamente l'approccio statunitense da quello presente a questo riguardo in un ordinamento tuttavia indubitabilmente di *common law* come quello inglese⁴².

Per quanto ovvia, la constatazione che l'assenza in questo modello di un sistema probatorio in linea di principio finalizzato alla protezione e alla 'patronizzazione' della giuria (ormai praticamente scomparsa nell'ordinamento inglese) rispetto all'introduzione ad opera degli avvocati di prove esperte inaffidabili o comunque svianti si impone come una delle principali giustificazioni della divaricazione dei percorsi che sul punto si registra fra la cultura giuridica inglese e quella statunitense. A ciò deve aggiungersi l'impatto per certo significativo a questo riguardo della riforma attuata con l'adozione delle *Civil Procedural Rules* del 1998⁴³. Sul versante delle prove esperte, il dato caratteristico di questa riforma è rappresentato – nel contesto di un'autonoma e specifica disciplina al riguardo contenuta nella *Part 35* della nuova codificazione – dall'adozione di un principio generale di *duty to the court* e dalla qualificazione come in ogni caso *independent* il ruolo dell'esperto, sia che nominato dalle parti sia che («*joint expert*») dal giudice⁴⁴.

La nozione di *independent expert* si pone in evidente contrasto con quella *expert witness* nel modello statunitense, ove come si è detto la scelta ad opera degli avvocati di parte virtualmente implica anche una più o meno evidente 'direzione' delle interpretazioni fornite dall'esperto circa specifiche circostanze della controversia (con la conseguente caratterizzazione di questo tipo di prova non come uno strumento di ricerca della verità ma come essenzialmente uno strumento potente di difesa, al limite di realizzare a vari livelli fenomeni di abuso, che le sentenze sopraindicate hanno tentato di limitare)⁴⁵. Per converso, in

⁴² Sulle differenze di fondo fra i due modelli e sulla fondamentale differenziazione rappresentata dalla presenza ancora rilevante della giuria nel modello statunitense, di recente v. G. EDMOND, *Judicial Representation of Scientific Evidence*, in 63 *Mod. L. Rev.* 2000, spec. 235 ss.

⁴³ Sulla riforma che ha condotto all'adozione delle *C.P.R.* del '98, e il relativo – precedente e successivo – dibattito, fra le numerose possibili indicazioni, v., ad es., nella letteratura italiana, l'ampio e documentato saggio di L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1353 ss.

⁴⁴ Al riguardo, cfr., ad es., G. EDMOND, *op. cit.*, 242 ss.; N. ANDREWS, *Civil Procedure for English Private Law*, Londra, 2000, 82 ss.; v. inoltre C. HOLLANDER, T. ADAM, *Documentary Evidence*, 7^a ed., London 2000, 238 ss.; J. O'HARE, K. BROWNE, R.N. HILL, *Civil Litigation*, 9^a ed., London 2000, spec. 410 ss.; S. SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, London 2000, 302 ss.; per i prodromi immediati della riforma e la sua *philosophy* con riferimento all'argomento in esame si rinvia a: H. WOOLF, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London 1996, spec. 137 (ove espressioni come: «*the calling of expert evidence should be under the complete control of the court*» o come: «*Within that framework a wider use of single or neutral experts who would be jointly selected and instructed by the parties, or, if the parties could not agree on a single expert, appointed by the court*» compendiano e tale concezione generale della riforma) e 138 (ove il problema del raggiungimento di «*just results*» per tramite dell'*expert evidence* viene palesemente posto, con un'ampia apertura anche nella prospettiva della qualità della conoscenza esperta acquisibile nel processo civile); per analisi riguardo alla riforma v. N. ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party Control «going, going, gone»*, in 19 *C.J.Q.* 2000, 19 ss.; J.A. JOLOWITZ, *Practice Directions and the Civil Procedure*, in 59 *Cambridge L. J.* 2000, 53 ss.; HARRIS, *The State of Revolution (Changes to Civil Procedure Rules)*, in 150 *N.L.J.* 2000, 54 ss.

⁴⁵ Sulla nozione di «*independent expert*», v., ad es., HUMBY, *The Changing Role of the Independent Expert Witness (United Kingdom)*, in *Health & Safety Bull. (June)* 2000, 9 ss.; J.D. SCOTT, *The*

analogia con quanto nell'ordinamento statunitense, anche in quello inglese è evidenziato come l'utilizzazione di questo tipo di prova debba essere fortemente limitato; ma in questo caso più esplicitamente, sottoponendolo cioè – sulla base della previsione delle *rules* 35.6 e 35.10 – a un'apposita *court permission* che ne configurerà anche gli obblighi di onesta, documentata e imparziale realizzazione delle relative attività (condizioni alle quali lo stesso esperto dovrà ribadire di aver adempiuto nel contesto del *report* contenente la sua opinione, la quale a sua volta dovrà indicare controllabili fonti di riferimento)⁴⁶.

È agevole cogliere anche dalle poche indicazioni qui fornite come la figura dell'*independent expert* inglese suggerisca evidenti analogie, piuttosto che con il modello dell'*expert witness testimony* statunitense, con gli strumenti di acquisizione al processo di conoscenze complesse (tanto di natura tecnica come scientifica) presenti nell'esperienza europeo continentale, e in particolare con la figura dell'*expert* nel contesto dell'istituto dell'*expertise* francese⁴⁷. Anche qui, come pure nel nuovo ordinamento inglese, l'impostazione di fondo vede nel giudice il principale protagonista di questa prova; per dirla con Normand: «*il est naturel que le juge auquel incombe la mission de trancher (le) litige ait recours au technicien pour apprécier les mesures propres à y porter le remède*»⁴⁸. Una impostazione che, presente piuttosto nella ormai superata riforma *ad hoc* (ossia la *Loi* 15 luglio 1944) della versione originaria del *Code de procédure civile*, presuppone un controllo ravvicinato del giudice sulle relative attività di *expertise* e una disciplina stringente del loro ambito (questioni di carattere essenzialmente e inequivocabilmente tecnico; *ex art.* 302 dell'*Ancien code*: «*L'expertise ne peut porter que sur des questions purement techniques*», ribadito nella formulazione dell'*art.* 232 del c.n.c.) allo scopo di limitarne gli abusi⁴⁹. È in ogni caso con

Expert and His Evidence (Stevens v. Gillis), in 150 *N.L.J. (May)* 2000, 792 ss.; P.B. WESTON, *And What of the Evidence?*, in 40 *Science & Justice* 2000, 63 ss.; riguardo al possibile abuso e comunque di un funzionamento non efficiente in termini di giustizia anche della nuova disciplina dell'*expert witness testimony* inglese – nel contesto di valutazioni complessivamente critiche del nuovo modello di giustizia – v. inoltre R. CARTER, *Expert Witness: How the New Civil Procedures in England and Wales May Impede Justice*, in *Scots L. Times* 1999, 283 ss.

⁴⁶ Così v., ad es., oltre alle indicazioni alla nota 44 *supra*, K.R. FOSTER, *Meeting of Experts Under the C.P.R.*, in 143 *Solicitors J.* 1999, 1162 ss.

⁴⁷ In materia, per indicazioni di carattere generale, cfr., ad es., anche per una rapida ricognizione in prospettiva diacronica della disciplina dell'*expertise*, tanto con riguardo a quella contenuta nell'*ancien code* quanto con riguardo a quella del *Nouveau code de procédure civile*, M. CARATINI, *Expert et expertise dans la législation civile française*, in *Gaz. Pal.* 1985, 43 ss.; ID., *De quelques propositions tendant à améliorer l'expertise judiciaire*, ivi 1984, 215 ss.; J. SICARD, *Manuel de l'expertise et de l'arbitrage*, Paris 1960, *passim*; nella manualistica, J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^a ed., Paris 1996, 693 ss.

⁴⁸ Così, nel contesto di un'ampia disamina dei problemi relativi, tanto con riferimento alla disciplina originaria del *Code de procédure civile* (artt. 302 ss.) quanto a quella corrispettiva del *Nouveau code de procédure civile*, cfr., ad es., J. NORMAND, *Remarques sur l'expertise judiciaire a landemain du Nouveau code de procédure civile*, in *Mélanges J. Vincent*, Paris 1981, 261 (e *passim*); analogamente v. ID., *Le juge et le litige*, Paris 1965, 401 ss., 411 ss.; su questa linea anche L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 3^a ed., Paris 1996, 533 ss.

⁴⁹ Sulla riforma indicata – e poi ritoccata su analoga impostazione da un *décret* del 22 dicembre 1958 – v. le indicazioni in P. HEBRAUD, *Expertise, procédure, modification. Code de procédure civile, artt. 302 à 309, 315 à 320. Loi du 15 juillet 1944*, in *Réc. Dalloz (Lég.)* 1945, 49 ss. (ove sono anche rinvenibili indicazioni relative all'*art.* riportato nel testo); sul punto v. anche R. LEGEAIS, *Les*

la riforma della disciplina del processo civile alla metà degli anni '70 che questa visione trova specifica applicazione alla luce di un principio di base di stretta collaborazione fra il giudice e l'esperto e nel contesto di una disciplina molto specifica del *déroulement* delle attività di *expertise*⁵⁰.

L'attribuzione in questa logica all'*expert* della funzione – secondo modalità più complesse ma simili a quelle del nostro consulente tecnico – di coadiutore del giudice, collocato in rapporto di subordinazione rispetto alla sua autorità di controllo (art. 273 del *Nouveau Code*), non risolve tuttavia la questione che invece sia l'ordinamento inglese sia, soprattutto, quello statunitense pongono (e in parte più o meno soddisfacentemente risolvono) della qualità delle conoscenze apportate dall'esperto⁵¹. Sostanzialmente comune al complesso della cultura europeo-continentale delle prove esperte nel processo civile, questo dato segna effettivamente una linea di differenziazione interessante rispetto alle culture processualistiche di *common law*.

Si possono qui formulare, in una sequela non ordinata, solo alcune ipotesi al riguardo. Una prima concerne un atteggiamento notoriamente radicato nella cultura giuridica europea – ma, semplificando moltissimo, intimamente confliggente con il sentire per così dire più empirico del giurista anglosassone – riguardo all'attribuzione 'per supposto' di affidabilità ad alcuni strumenti di accertamento nel processo, a prescindere dalla concreta verifica della genuinità/veridicità dei relativi risultati. Su questo terreno si innesta l'attribuzione, appunto 'per supposto', di affidabilità a un'attività del giudice, in quanto da questi realizzata per quanto attraverso un esperto come suo tramite, quale quella concernente l'acquisizione di informazioni in senso lato 'esperte' a fini decisori.

Ancora, la storicizzazione della nozione di 'modernità', come messa in discussione di una tendenzialmente assoluta fiducia nei risultati delle scienze e nel progresso scientifico che ha caratterizzato gran parte del secolo appena trascorso, non sembra aver avuto nella cultura europeo-continentale – al di fuori ovviamente della discussione fra epistemologi

règles de preuve en droit civil, Paris 1955, 199; J. SICARD, *op. cit.*, 46; J. NORMAND, *Le juge et le litige*, cit., 406 (con riguardo anche al carattere di accentuata funzione ausiliaria dell'*expert* di maggiore «surveillance du juge chargé de suivre la procédure»).

⁵⁰ Al riguardo, nella manualistica recente, v. ad es., J. VINCENT, S. GUINCHARD, *op. cit.*, spec. 782 (per le ragioni alla base dell'evoluzione dell'istituto), 784 (in tema di poteri e collaborazione giudice-*technicien*); ancora riguardo alla «*maîtrise du juge sur le déroulement de l'instance*», v. J. NORMAND, *Le juge et le litige*, cit., 405 ss.; sullo svolgimento pratico dell'attività di *expertise*, v. inoltre di recente S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile (2001-2002)*, Paris 2000, 796 ss., ancora sul funzionamento coordinato fra i poteri del giudice e attività dell'esperto dell'*expertise* in Francia, v. M. OLIVIER, *De quelques nouveautés procédurales en matière d'expertise judiciaire*, in *Gaz. Pal.* 1989, 387 ss. (e gli altri interventi di questo a. ivi in precedenza).

⁵¹ Non appare, in effetti, tradizionalmente sviluppato – e accennato solo, o al più, di passaggio – questo aspetto da parte della dottrina francese, come risulta per lo più dal taglio degli studi occupatisi del tema in esame; v., ad es., oltre a quelli già segnalati *supra*, B. OPPETIT, *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé*, in *X^e Colloque des Instituts d'Études Judiciaires (Poitiers 26-28 mars 1975)*, Paris 1976, spec. 63 ss., 117 ss.; H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Paris 1991, III, 787 ss.; G. GOUBEUX, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles 1981, 296 (e altri saggi ivi); per una prospettiva tradizionale nella manualistica, v., ad es. R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris 1929, 499-503; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*², Paris 1949, 402 ss.

– la diffusione a vari livelli da anni percepibile nel mondo anglosassone⁵². Di qui il permanere per lo più anche presso la cultura giuridica di una percezione non diversificata del sapere scientifico, in quanto tale comunque affidabile e tendenzialmente non dubitabile o sottoponibile ad approcci di tipo selettivo, per cui sia non anomalo tenere conto dell'esistenza di una *hard science* e di una *soft science*, come pure di numerosissimi livelli intermedi di classificazione in base ai metodi e alla relativa affidabilità dei risultati conseguibili⁵³. Esempio tipico di questa impostazione è l'atteggiamento per così dire riduttivo con il quale il legislatore francese ha definito l'ambito dell'*expertise*, sottolineandone la delimitazione all'ambito delle conoscenze tecniche, probabilmente ritenute per supposto non problematiche e sicuramente distinguibili dalle conoscenze scientifiche (ma sappiamo che lo strumento dell'*expertise* si trova nel concreto della pratica del processo civile in Francia a operare con la stessa funzione informativa e la stessa ampiezza oggettiva della *expert witness testimony* nell'ordinamento statunitense)⁵⁴.

Infine una constatazione di carattere anche più generale: nella cultura giuridica europeo-continentale sembra riversarsi anche sul terreno della qualificazione delle conoscenze esperte da acquisire nel processo civile la mancanza di un'articolata qualificazione di controversia complessa, alla quale riservare un particolare percorso processuale anche in termini di impegno del giudice in ragione della crucialità per valore ed estensione soggettiva della decisione del merito. L'espressione *complex litigation* è ormai negli Stati Uniti, come si è anche qui rilevato, soprattutto sinonimo di *product liability* e *mass tort litigation*, categorie di controversie nelle quali, la questione essenziale essendo quella del risarcimento nei confronti di masse di consumatori per i danni provocati dall'utilizzazione di prodotti commerciali (medicinali, ad esempio) a vario livello difettosi, il risultato di opinioni esperte si configura come del tutto cruciale sul piano del risultato decisorio⁵⁵.

⁵² Nell'area della cultura giuridica o comunque con stretti collegamenti ad essa, v., ad es., come illustrazioni di tale approccio, G. MINDA, *Postmodern Legal Movements*, cit., loc. cit.; E.O. WILSON, *Consilience. The Unity of Knowledge*, New York 1998, 267 ss.; S. JASANOFF, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, Cambridge-London 1995, spec. 5 ss., 15-20 ss.

⁵³ Sul punto, oltre alle indicazioni già di tempo in tempo fornite al riguardo *infra* in testo e note – e in particolare si rinvia a *Developments in the law*, cit., spec. 1523 ss., v., ad es., M.E. TIGAR, *Examining Witnesses*, Chicago 1993, spec. 205 s.; in precedenza v. anche M. SCHWARTZ, *Engineering Evidence*, 2^a ed., Colorado Springs 1987, 2 ss., 13 ss.; M.H. GRAHAM, *Expert Witness Testimony and the Federal Rules of Evidence: Insuring Adequate Assurance of Trustworthiness*, in *U. Ill. L. Rev.* 1986, 45 ss.; L. LOEVINGER, *Science and Legal Rules of Evidence. A Review of «Galileo's Revenge»: Junk Science in the Courtroom*, in *32 Jurimetrics J.* 1992, 492, 500 ss.; COMMENT, *Sharpening the Focus on Daubert's Distinction Between Scientific and Nonscientific Expert Testimony*, in *San Diego L. Rev.* 1997, 1743 ss., 1763 ss.; di recente, per un'interessante analisi della cultura professionale dell'avvocato e del giudice statunitensi a fronte dei problemi di affidabilità scientifica posti da controversie come quelle qui considerate, v., C.N. EDWARDS, *In Search of Legal Scholarship: Strategies for the Integration of Science into the Practice of Law*, in *8 S. Cal. Interdisc. L. J.* 1998, 15-25 ss.; si rinvia infine, per una sorta di *summa* delle questioni al riguardo al recente E.J. IMWINKELRIED, *The Taxonomy of Testimony Post-Kumho*, cit., 188 ss., 212 ss.

⁵⁴ Si rinvia a quanto già nelle note 50 e 51.

⁵⁵ Al riguardo, in prospettiva generale sulla diffusione e la correlativa complicazione delle controversie civili nell'ordinamento statunitense, v. W. OLSON, *The Litigation Explosion. What Happened When America Unleashed the Lawsuit*, New York 1991, *passim*; nella prospettiva che qui si considera e tenendo conto del prodromo principale del caso *Daubert*, v. J. SANDERS, *The Bendectin Litigation: a*

È molto probabile che l'evoluzione di cui si è detto sia stata in questo ordinamento pesantemente sollecitata da una coscienza del tutto particolare della crucialità delle scelte e delle questioni in gioco in queste circostanze, come da tempo evidenziano anche in una prospettiva di politica del diritto numerosi interventi in sede dottrinale⁵⁶. Sembra del resto almeno probabile che questioni sostanzialmente analoghe pervengano anche alla decisione di giudici italiani ed europei. Pur prescindendo dalle diverse possibilità di configurazione e gestione nel processo di certi tipi di questioni in ragione di un'elaborazione nell'ordinamento statunitense ormai molto sperimentata della nozione di complessità processuale come riferita in particolare a controversie coinvolgenti conoscenze scientifiche o tecniche, comunque 'esperte', è minimale auspicare adeguamenti a questo riguardo. In assenza, appare concreto il rischio di un'omissione diffusa del problema; circostanza questa oltretutto implicitamente favorita in un ordinamento come il nostro dal mancato obbligo di motivazione riguardo anche alle ragioni dell'adesione del giudice all'opinione dell'esperto in sede di decisione.

Case Study in the Life Cycle of Mass Torts, in 43 *Hastings L. J.* 1992, 301 ss., 386; in questo contesto culturale, con riguardo anche al problema dell'abuso delle 'prove esperte' come *junk science*, v. B.M. EPSTEIN, M.S. KLEIN, *The Use and Abuse of Expert Testimony in Product Liability Actions*, in 17 *Seton Hall L. Rev.* 1987, 657 ss., 676 ss.; per una recente illustrazione e analisi della presenza di un'ormai ampiamente elaborazione a questo riguardo in ambito statunitense, v., ad es., J. WALKER, L. MONAHAN, *Scientific Authority: The Breast Implant Litigation and Beyond*, in 86 *Virginia L. Rev.* 2000, 803 ss., 823 ss.; per un'ampia analisi al riguardo, v. inoltre, nella manualistica specificamente dedicata ormai al tema, L.S. MULLENIX, *Mass Tort Litigation*, St. Paul Minn. 1996, 768 ss. (con riferimento ai problemi di «*causation*» connessi alle controversie implicanti essenziali questioni di *expert witness testimony*, come la c.d. *Bendectin litigation*); ID., *Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm*, in 33 *Valparaiso U. L. Rev.* 1999, spec. 445 ss.; v. inoltre T.E. WILLGING, *Mass Tort Problems & Proposals. A Report to the Mass Tort Working Group (Appendix C)*, in *Report on Mass Tort Litigation (February 15, 1999)*, 39, 55.

⁵⁶ Per un esempio risalente di questa sensibilità, v. J. SANDERS, *Scientific Validity, Admissibility, and Mass Tort After Daubert*, in 78 *Minn. L. Rev.* 1994, 1390 ss.; riflessi di essa sono anche presenti ove l'approccio notorio dell'a. sembrerebbe escluderne l'impatto, come, ad es., in R. POSNER, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, in 51 *Stan. L. Rev.* 1999, spec. 1536 ss.; di recente al riguardo, v. J. KESAN, *A Critical Examination of the Post-Daubert Scientific Evidence Landscape*, in www.law.georgetown.edu; fra i molti, ulteriormente illustrativi del clima di interesse nei confronti dei problemi di affidabilità delle prove «esperte» nel processo civile sono i saggi del *symposium* dal titolo appunto *Mass Tort* in 148 *U. Pa. L. Rev.* 2000, VI, e specialmente G.C. HAZARD, *The Future Problems*, 1901 ss.

36. COMPLESSITÀ E ADEGUATEZZA NELLA RIFORMA DEL PROCESSO SOCIETARIO – SPUNTI MINIMI DI RAFFRONTO COMPARATO*

SOMMARIO: 1. Caratteri di base e probabile impatto della riforma. – 2. Aspetti della trattazione. – 3. Configurazioni ulteriori del procedimento. – 4. Raffronti sul piano della disciplina delle complessità procedurali. – 5. (*Segue*) Altri profili di raffronto.

1. Caratteri di base e probabile impatto della riforma

Negli ultimi tempi sembra essere venuta meno l'estrema cautela che ha caratterizzato nel nostro ordinamento la legiferazione in ambito processualcivilistico fino all'ultimo ventennio; una cautela congiunta alla qualità di tale legiferazione, tendenzialmente settoriale e 'di urgenza' piuttosto che mirante a ristrutturazioni complessive del modello, come invece è avvenuto in altri ordinamenti¹. A questo approccio consolidato, che parte della dottrina ha a più riprese denunciato come perniciosamente ristretto nella prospettiva di una ricorrente attività di riforma-adeguamento della disciplina processualistica, sembra ora sostituirsi un intento vivacemente interventista, intento in linea di principio senz'altro apprezzabile, salvo ovviamente verificarne prospettive culturali e concrete realizzazioni sul piano normativo.

Con riguardo appunto al riassetto della disciplina del processo civile, due eventi assumono oggi particolare rilievo, ossia la riforma del codice contenuta nella c.d. bozza Vaccarella e le disposizioni procedurali inserite nel decreto legislativo intitolato «Riforma organica della disciplina delle società...», normativa questa che – perfezionatosi con forse eccessiva speditezza il percorso di formazione in sede legislativa – risulta destinata a entrare in vigore dal gennaio 2004².

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137-155, e riproduce, con l'aggiunta di un apparato di note alla cui elaborazione ha collaborato il dottor Paolo Comoglio, il testo dell'intervento letto in occasione del convegno intitolato *Le nuove procedure per le controversie societarie*, svoltosi a Modena il 20 giugno 2003.

¹ I richiami ormai ovvi devono essere a questo riguardo all'ordinamento spagnolo – ossia alla *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000 – e a quello inglese – e alla riforma della giustizia civile del 1999 che ha segnato un cambiamento di portata epocale per la cultura giuridica inglese, con l'introduzione di un vero e proprio codice di procedura civile, le c.d. *C.P.R. – Civil Procedure Rules* –, per limitarsi alle più significative riforme recenti.

² Attualmente, mentre la cd. bozza Vaccarella, frutto dei lavori dell'omonima commissione ministeriale è stata trasformata recentemente in disegno di legge (con deliberazione adottata dal consiglio dei ministri in data 24 ottobre 2003), le disposizioni procedurali relative alle controversie che potremmo definire societarie in senso lato (stante la ricomprensione nell'ambito di applicazione delle stesse anche di controversie non strettamente societarie) sono invece ormai divenute legge con l'emanazione del d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 (pubblicato nella *Gazz. Uff.* del 22 gennaio 2003, n. 17), in attuazione dell'art. 12 della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001; tuttavia, conformemente a quanto previsto anche per la parte sostanziale della riforma della disciplina delle società di capitali, tale normativa entrerà in vigore unicamente a partire dal 1°

Un rilievo di fondo che sembra imporsi al riguardo è come la coincidenza temporale, pressoché perfetta, non costituisca la sola analogia esistente fra tali eventi, e comunque certo non la più significativa. Anche a livello di *instant comments* si è in effetti già sottolineata la natura ben più profonda dei collegamenti fra le due discipline, in buona sostanza consistente nell'appartenenza a una comune *philosophy* di riforma del processo civile, inequivocabilmente rispettosa di ormai ben definiti capisaldi ideologici³.

Non si può invero che convenire con tale pubblicistica sulla circostanza che l'elemento più manifestamente caratteristico tanto della riforma del rito ordinario nella 'bozza Vaccarella' quanto delle norme per la «definizione dei procedimenti in materia di diritto societario» sia rappresentato da un intento forte di «valorizzare la figura del difensore», ovvero del suo ruolo, in rapporto – o, piuttosto, in contrasto – con quello del giudice, che di conseguenza viene ridefinito in una prospettiva di sostanziale limitazione se non propriamente di svalutazione⁴. Se questa – insieme a un ricorrente quanto inevitabile richia-

gennaio 2004, in base al periodo di *vacatio legis* previsto dall'art. 43 del predetto decreto. In dottrina, sui lavori preparatori della riforma e, soprattutto, sulle differenze tra la legge delega e quanto previsto inizialmente nella c.d. bozza Mirone (soprattutto con riferimento alla mancata previsione, nella legge delega, dell'istituzione di apposite sezioni specializzate) v. specificamente G. COSTANTINO, *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Soc.* 2000, 161 e ID., *La riforma del diritto societario: note sugli aspetti processuali*, in *Foro it.* 2001, V, 273, nonché i contributi di V. Zagrebelsky, Salafia, Mirone, Rovelli, Rordorf, Viaggi e Rescigno, relativi al convegno di studi sul tema tenutosi il 20 novembre 1999 ad Alba, tutti pubblicati in *Soc.* 2000, 137 ss.

³ L'emanazione della predetta riforma ha immediatamente suscitato l'attenzione degli studiosi, con numerosi commenti. La tendenza dei primi commentatori, come già indicato nel testo, è stata a rimarcare lo stretto collegamento fra le norme procedurali in materia societaria e la prossima generale riforma del codice di procedura civile. Fra tali commenti, quelli più ampiamente centrati sui legami fra la riforma del rito societario e la c.d. bozza Vaccarella oltre che sulla loro comune matrice ideologica sono di C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corr. giur.* 2002, 1541 (con replica di R. VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.* 2003, 252). Inoltre, al riguardo, v. anche A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.* 2003, V, 4; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 390; ancora G. COSTANTINO, *Profili processuali: l'impugnazione delle deliberazioni*, in *Soc.* 2003, n. 2-bis, 337; G. BALENA, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, ancora in *www.judicium.it*, § 1; B. SASSANI, R. TISCINI, *Il nuovo processo societario*, sempre in *www.judicium.it*, § 1; L. DE ANGELIS, *La giustizia del lavoro tra crisi del processo, iniziative di riforma e specializzazione del giudice mal sopportata*, relazione al convegno «Problemi del processo del lavoro», organizzato il 20 marzo 2003 dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro «Domenico Napoletano», sezione di Milano, § 1; e, infine, E. RIVA CRUGNOLA, *Le attività del giudice nel nuovo «processo societario» di cognizione di primo grado: fissazione dell'udienza, istruzione, fase decisoria*, in *www.ipsoa.it/lonline*, § 1.

⁴ Sul punto v. in particolare C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1541 (che usa in proposito la definizione di «rito autogestito»). Sul rilievo del problema del ruolo del giudice nell'ambito della recente riforma delle controversie societarie v. in ogni caso anche A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 4 e G. BALENA, *Prime impressioni*, cit., § 2 (in linea generale non sfavorevole alle scelte in linea teorica adottate con la riforma). Sul punto v. anche le opinioni espresse da G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 392 (il quale, dopo aver rimarcato come la scelta operata dal decreto legislativo in questione, in linea con la valorizzazione del ruolo del difensore prevista nella relazione alla 'bozza Vaccarella', non sia poi del tutto anomala rispetto alla tradizione

mo al perseguimento di generali esigenze di riduzione dei tempi del processo – costituisce senza dubbio la «linea-guida» della «ristrutturazione complessiva» attuata con la ‘bozza Vaccarella’ (che qui non si intende *ex professo* sottoporre ad alcuna specifica valutazione) sembrano condivisibili gli accenti critici che – nella sopraindicata pubblicistica⁵ – hanno accompagnato la constatazione della presenza di un analogo indirizzo di riforma con riguardo alla nuova disciplina del processo societario.

In queste ridottissime considerazioni si tenterà, in effetti, di esprimere qualche dubbio rispetto all’opportunità di estendere l’impostazione per così dire ideologica o comunque programmatica della ‘bozza Vaccarella’ a controversie così peculiari come quelle in materia di diritto societario.

In altri termini, più esplicitamente e sintetizzando *in limine* il nucleo di tali dubbi, non appare che i presupposti della riforma «generale» del processo civile – in particolare la «linea-guida» sopraindicata – risultino adeguati alla gestione delle c.d. cause commerciali. Ciò, ovviamente, posto che anche da noi si convenga sulla circostanza che lo specifico di questo genere di controversie consiste nella presenza costante di particolari elementi di complessità, tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale, come è da tempo avvenuto in altri ordinamenti (si pensi all’elaborazione di apposite categorie di inquadramento, come quella – peraltro più estesa e comunque intensamente articolata al suo interno in vari settori e sotto settori – di *complex litigation* nella cultura giuridica statunitense)⁶.

2. Aspetti della trattazione

Questo genere di riferimenti condiziona inevitabilmente le considerazioni a seguire. Una prospettiva che, fra i molti, configura un problema come in particolare ineludibile: quello del raffronto, in termini di adeguatezza funzionale o in senso lato di effettività, fra l’impostazione della nuova normativa «per la definizione dei procedimenti» e le particolari esigenze delle controversie «in materia di diritto societario». Una circostanza che, si ribadisce, assume rilievo in quanto si intenda attribuire a queste controversie particolarità sostanziali e processuali tali da configurare al riguardo uno *status* di speciale complessità. Ossia, si convenga sulla circostanza che per queste controversie risulterebbe necessario un

processuale italiana, mette in evidenza come il problema della maggiore o minore intensità del ruolo del giudice nella fase introduttiva dovrebbe essere risolto sulla base di considerazioni non tanto ideologiche, quanto piuttosto scientifiche e pratiche) e B. SASSANI, *Considerazioni sul nuovo processo societario*, in *www.judicium.it*, § 4 (il quale mette in evidenza come il nuovo rito societario, nonostante la fase preliminare non si svolga *apud iudicem*, sia in realtà in grado di potenziare il ruolo del giudice, il quale, vedendosi drasticamente ridurre il numero di udienze inutili, potrà arrivare, al momento della stesura del decreto di fissazione dell’udienza di discussione, effettivamente preparato sulla controversia).

⁵ Sull’inadeguatezza del nuovo rito ad affrontare le complessità che spesso caratterizzano le controversie societarie v. i richiami in C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1542; G. BALENA, *Prime impressioni*, cit., § 6, lett. B.

⁶ Su tale punto, in linea teorica, sembra invero esistere una sostanziale concordia in dottrina. E, in effetti, almeno a livello di programma generico, anche il nuovo rito si vorrebbe presentare come un adeguato riassetto normativo di un settore del diritto bisognoso di discipline affatto specifiche; in questo senso v., in particolare, C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1542.

altrettanto speciale percorso processuale, gestibile fin dall'inizio attraverso strumenti di rapida, precisa e selettiva determinazione dell'oggetto della causa (comprensiva di *thema decidendum*, di *thema probandum* e delle relative attività probatorie).

È proprio riguardo alla perseguibilità di questo obiettivo in un quadro normativo come quello configurato nel decreto per la disciplina dei «procedimenti in materia di diritto societario» che sembra possibile formulare alcune perplessità. In effetti, la configurazione della fase introduttiva e in ogni caso preparatoria nel nuovo procedimento societario italiano appare molto lontana dalle modalità generalmente adottate negli ordinamenti da tempo attrezzatisi al riguardo allo scopo di realizzare efficacemente finalità di trattazione e di istruzione probatoria efficaci in questo genere di controversie; e ciò proprio sotto il profilo del ruolo, invece in larga prevalenza molto attivo e rilevante, nonché tendenzialmente manageriale, attribuito al giudice specie nella fase preparatoria di questo tipo di controversie⁷.

È in questa prospettiva che, come si diceva, non appaiono trascurabili e comunque vengono in gioco alcune analogie di fondo fra l'assetto dello strumentario processuale messo a disposizione dal recente riassetto del rito societario e l'impostazione della riforma generale perseguita con la 'bozza Vaccarella'. In particolare di rilievo risulta la circostanza della puntuale realizzazione anche nel decreto che qui si esamina dal programma – centrale, si ribadisce, alla risistemazione configurato nella 'bozza' – di pressoché assoluta estromissione del giudice dalle attività di preparazione della controversia. Analogamente a quanto per il futuro modello di procedimento ordinario, anche nei «procedimenti in materia di diritto societario», si prevede infatti che a tali attività debbano virtualmente provvedere i soli difensori. Del resto coerentemente con questa impostazione ormai diffusamente catalogata come «privatizzatrice» del processo civile, a questo assetto occorre aggiungere che anche nella disciplina del decreto – come nella bozza di riforma generale – è sostanzialmente assente ogni preventiva scansione *ex lege* di specifici passaggi o momenti nei quali realizzare un'effettiva trattazione della causa attraverso la progressiva precisazione delle questioni controverse al fine di individuare il nucleo reale del conflitto⁸.

⁷ A questo proposito appaiono interessanti le suggestioni che provengono dalle recenti *C.P.R.* inglesi, che ridisegnano un processo civile basato su un procedimento estremamente elastico, caratterizzato, nella fase preliminare, da un ruolo estremamente incisivo del giudice, in collaborazione con le parti, nella scelta del 'rito' (del *track*, secondo la terminologia delle *C.P.R.*), tra quelli previsti (ossia lo *small claims track*, il *fast track*, il *multi-track*), più adatto alle concrete caratteristiche della controversia. In questo contesto, il ruolo del giudice risulta anche più potenziato nelle controversie commerciali. Secondo la previsione della *Part 58* delle *C.P.R.*, in effetti, esse devono essere sempre gestite come *multi-track cases*, ossia adottando quello tra i tre *tracks* nel quale il giudice assume un netto ruolo manageriale. Riguardo a questo aspetto delle *C.P.R.*, v., nella letteratura apparsa in Italia, L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 363 e J.A. JOLOWITZ, *Il nuovo ruolo del giudice del pre-trial nel processo civile inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1263. Per una breve analisi, da una prospettiva statunitense, della riforma inglese, v., inoltre, S.N. SUBRIN, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?*, in *52 De Paul L. Rev.* 2002, 305.

⁸ Al riguardo esiste sostanziale accordo nei commenti. Viene, in effetti, in tal sede comunemente evidenziato come nel nuovo rito societario, in stretta analogia con quanto previsto nella 'bozza Vaccarella', la fase preparatoria (e conseguentemente l'individuazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, la richiesta di prove costituenti e la produzione di prove precostituite) sia lasciata del tutto all'attività dei difensori. Sul punto, v.: A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit.,

Del resto, come già nella disciplina della 'bozza', tutto quanto risulta riconducibile a questa fondamentale e multiforme attività viene risolto anche nella riforma del rito societario con la mera previsione di una serie non predelimitata e neppure tecnicamente caratterizzata di atti di parte (artt. 2-7) reciprocamente «rimpallabili» nella forma di memorie difensive fino all'istanza di fissazione dell'udienza (art. 8), atto a tutti gli effetti conclusivo di questa disarticolata fase di *pre-trial* (e ovviamente qui il termine viene usato in una valenza strettamente etimologica, non certo per suggerire analogie e collegamenti improponibili sul piano tecnico con i meccanismi presenti in area statunitense e ormai anche inglese)⁹. Solo da questo momento in poi, con la designazione del giudice relatore (art. 12 ss.), l'organo giudiziario fa la sua comparsa nel processo, nel contesto peraltro – come anche si dirà – di una configurazione complessivamente non preminente del suo ruolo, nonostante la presenza di alcune novità di potenziale interesse nella disciplina dell'udienza di decisione (art. 16).

È evidente anche da cenni tanto generici e incompleti l'intrinseca problematicità del ruolo centrale svolto nella dinamica del nuovo procedimento societario da questa virtualmente completa preconfessione della trattazione a esclusiva opera degli avvocati. A prescindere dalle ragioni di questa scelta – che non trova, come si è accennato e si dirà, sostanziale riscontro nelle corrispondenti discipline in vigore negli altri ordinamenti –, una questione di fondo a questo riguardo concerne le sue concrete prospettive funzionali; se cioè ragionevolmente questo possa configurarsi come lo strumento adatto a realizzare in tempi relativamente brevi (o *tout court* brevi) «l'esatta definizione del *thema decidendum*»¹⁰. In questa prospettiva, ma con maggiore concretezza, la questione potrebbe essere anche formulata come segue: appare rinvenibile qualche meccanismo di efficace induzione a tale risultato nella normativa in questione?

L'unico reale meccanismo apprestato a questo fine corrisponde – per usare le parole della relazione al decreto – alla circostanza che «[...] ciascuna parte [...] è sin dall'origine della causa indotta alla maggiore completezza possibile proprio in quanto è immanente al modello il potere di ciascuna parte di rinunciare all'incremento del *thema decidendum*

8; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 402 ss., G. BALENA, *Prime impressioni*, cit., § 2; B. SASSANI, R. TISCINI, *Il nuovo processo societario*, cit., § 2.

⁹ In questo senso v. ancora: G. COSTANTINO, *op. ult. cit.*, 395 (il quale fa riferimento all'attività di *scheduling* nella *pre-trial phasis*); C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1542 (il quale si serve dell'espressione coniata da Giuliani di *pleadings ad libitum*). Si tratta, tuttavia, di un raffronto il cui valore risulta essere, come già nel testo, essenzialmente descrittivo, in ragione delle estreme diversità che contraddistinguono la fase preliminare (il c.d. *pre-trial*) nel processo civile statunitense (impernata su uno stretto collegamento tra *pleadings* e *discovery*) e inglese (basata su una fattiva e costante collaborazione tra il giudice e le parti), rispetto al nuovo rito societario italiano (sul sistema statunitense si rinvia a A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161). Sulle caratteristiche peculiari della fase preparatoria nel nuovo processo civile inglese si rinvia alla bibliografia già indicata alla nota 8.

¹⁰ Seri dubbi circa la presunta maggiore rapidità della fase preparatoria prevista dal nuovo rito societario sono precipuamente sollevati da A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 8, il quale, in particolare, ha rilevato come il nuovo rito, nel suo svolgimento più semplice, dovrebbe durare non meno di 222 giorni (di cui almeno 102 per la fase preparatoria); tempi certamente maggiori rispetto ad un ordinario giudizio di cognizione sulla base dell'attuale normativa (con rispetto dei termini e con sentenza pronunciata *ex art. 281-sexies c.p.c.*).

chiedendo, con la fissazione dell'udienza che la causa venga definita sulla base di quanto fino a quel momento introdotto [...]»¹¹. Non sembra tuttavia di poter formulare al riguardo una valutazione in assoluto positiva riguardo a tale meccanismo. Esso non appare in definitiva *bon à tout faire*, di per sé sufficiente a centrare il duplice obiettivo di ottenere una tendenziale completezza degli atti di parte (o, comunque, la loro formulazione in maniera non omissiva o vaga) oltre a una significativa velocizzazione delle attività preparatorie del giudizio.

Sembra in effetti di poter dire che, piuttosto, l'incombere su entrambe le parti del rischio derivante dalla possibilità che la controparte richieda (art. 10) la fissazione dell'udienza provocando la decadenza dell'avversario da ulteriori domande, eccezioni e prove, possa assumere un'altra configurazione nel contesto della nostra cultura giuridica e professionale. Viene anzitutto da pensare che un simile approccio sarebbe destinato a scontare alcuni aspetti caratteristici della cultura della professione legale italiana, come soprattutto un invasivo senso di colleganza e l'esistenza di forti differenziazioni al suo interno sul piano delle rispettive abilità professionali. Nel contesto del mantenimento della sovrapposizione fittizia – invero, della sostanziale confusione – delle figure dell'avvocato e della partecliente, non sembra oltretutto trascurabile che gli effetti negativi di tali circostanze si ripercuoterebbero inevitabilmente sulla clientela meno fortunata, con la probabile creazione di sempre più stabili sperequazioni fra i diversi livelli dell'avvocatura. In ogni caso – come dimostrano i fallimenti di analoghe e ormai molto risalenti sperimentazioni nell'area di *common law* – non può essere omesso che meccanismi *selfexecuting* o *selffunctioning* come questi (destinati cioè a funzionare in maniera virtualmente autonoma, in assenza di controlli o forme di stimolazione da parte del giudice) si sono rivelati scarsamente efficienti a questo proposito. Come dimostra ampiamente l'esperienza del *federal discovery* statunitense nella sua versione originaria, ossia grossomodo fino alle riforme della seconda metà del XX secolo, tali meccanismi non si sono in effetti rivelati appropriati a realizzare efficaci trattazioni di cause molto articolate, in ragione sia di strategie processuali abusive sia dell'intrinseca complessità delle questioni controverse¹².

Ciò che invece appare piuttosto probabile, come conseguenza della forza suggestiva di questa impostazione del tutto fondata sull'attribuzione agli avvocati del potere di gestire la scansione dei tempi del giudizio, è l'evoluzione di prassi processuali di tendenziali e diffusi accordi sui tempi e sui modi dell'istanza di fissazione dell'udienza, con effetti praticamente disapplicativi del meccanismo previsto all'art. 10 del decreto. Il tutto nel contesto di una disciplina processuale per la quale non sembra improbabile ipotizzare un funzionamento 'a regime' piuttosto fondato su reciproci consensi e concessioni fra difensori di parte, che su reciproci divieti con rilevanti effetti preclusivi.

¹¹ V. appunto la Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri del 10 gennaio 2003), pubblicata in *Gazz. Uff.* 22 gennaio 2003, n. 17, suppl. ord.

¹² Sul punto v., nella letteratura italiana, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim*; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa, I – Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 804 ss.; nella letteratura statunitense, oltre alla bibliografia fornita nei lavori ora indicati, v., ad es., S.N. SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: the Historical Background of the 1938 Discovery Rules*, in 39 *B.C.L. Rev.* 1998, 691 ss.; R.L. MARCUS, *Retooling American Discovery for the Twenty-First Century: Toward a New World Order?*, in 7 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 1999, 153 ss.

3. Configurazioni ulteriori del procedimento

Anche da questa esclusiva attribuzione a un meccanismo preclusivo – pur utilizzabile in chiave strategica ai fini di una più rapida definizione della controversia da parte della «parte che ha ragione» – della funzione di garantire l'efficienza della fase preparatoria di controversie come quelle societarie sembra in ogni caso risultare confermato un aspetto essenziale dell'impostazione della riforma, e sintetizzabile in una scarsa presa d'atto dei caratteri di intrinseca specialità-complessità delle controversie di riferimento. Nella normativa del decreto questa constatazione trova del resto significative e ulteriori conferme, accanto peraltro ad alcune soluzioni che sembrano senz'altro degne di apprezzamento.

Sul versante delle conferme sembra, ad esempio, potersi collocare la disciplina della decisione. Nell'art. 16, n. 5, del decreto questa disciplina risulta palesemente strutturata sul modello più semplificato di modalità decisoria a disposizione finora nel nostro ordinamento, quello cioè «a seguito di trattazione orale» di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c. In genere considerata in dottrina come un primo segnale dell'intento di configurare modalità procedurali differenziate a seconda della maggiore o minore complessità del tipo di controversia, questa modalità decisoria viene tuttavia catalogata – in ragione del suo minore grado di formalizzazione – come adatta piuttosto alla definizione di controversie semplici che non a quella di controversie articolate o complesse¹³. Viene da chiedersi se averne fatto il modello tipo per la risoluzione delle controversie societarie possa costituire una scelta del tutto congrua. Del resto, sembra suonare come una correzione interna alla stessa disciplina del decreto la previsione – nella stessa norma sopracitata – di una diversa modalità di deposito della motivazione per il caso di «particolare complessità della controversia»¹⁴.

Nel secondo caso, è anche più agevole l'analogia con meccanismi già da tempo adottati in altri ordinamenti per scoraggiare comportamenti difensivi definibili come *at large* non collaborativi. In effetti, la previsione di conseguenze negative (qui peraltro configurate esclusivamente sul piano della ripartizione delle spese) anche per la parte vittoriosa, in caso di mancata accettazione di soluzioni di «equa composizione della lite» formulate in sede di tentativo di conciliazione, appare ispirata a una logica di deflazione delle attività processuali non del tutto dissimile da quella per esempio alla base della *rule 68* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi in tema di «*offer of judgement*»¹⁵.

¹³ Appare, inverso, abbastanza singolare che la decisione della causa a séguito della discussione orale, originariamente prevista con specifico riferimento ai giudizi avanti al tribunale in composizione monocratica, nel rito societario sia destinata a controversie decise dal tribunale in composizione collegiale.

¹⁴ È esplicita al riguardo la disposizione dell'art. 16, che prevede espressamente che «in caso di particolare complessità della controversia, il tribunale dispone con ordinanza, di cui dà lettura in udienza, che la sentenza sia depositata nei trenta giorni successivi alla chiusura della discussione orale». Sul punto, si rinvia ancora a A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 8. Tale scelta appare sostanzialmente contraddittoria, soprattutto alla luce del fatto che, come si è già rilevato in precedenza, il nuovo rito societario è stato appunto predisposto per risolvere in modo adeguato cause caratterizzate da un livello di complessità quantomeno 'medio-alta'; e, su tale incoerenza, si rinvia, in particolare, a G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 428; in questo senso anche E. RIVA CRUGNOLA, *Le attività del giudice*, cit., n. «la fase decisoria»).

¹⁵ Effettivamente appaiono singolarmente notevoli le analogie fra l'art. 16, comma 2°, del d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 e la *Rule 68* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi. Al

4. Raffronti sul piano della disciplina delle complessità procedurali

Il panorama fin qui considerato sembra giustificare appieno l'impressione, del resto già in vari modi espressa, di una carenza di fondo nella *philosophy* della riforma, con particolare riferimento alla configurazione del rito societario. Volendo sintetizzare, il nucleo di tale carenza di impostazione appare individuabile proprio in quella mancata presa d'atto della particolare configurazione di gran parte delle controversie di riferimento, già a più riprese indicata nelle brevi considerazioni che precedono come lo specifico di fondo del nuovo procedimento, accanto – ovviamente – alla persuasiva analogia di impianto con le «linee-guida» della 'bozza Vaccarella'¹⁶.

Si tratta di due aspetti chiaramente distinti sul piano dei parametri di riferimento concettuale, che tuttavia risultano in larga misura sovrapponibili nel contesto della *philosophy* di questa riforma. In effetti, nonostante l'ormai diffusa messa in discussione presso la nostra cultura giuridica dell'adeguatezza di categorie tradizionali come quelle – virtualmente univoche e monolitiche – di controversia civile e di relativo modello procedimentale unico, a questa impostazione risalente sembra fondamentalmente rifarsi la riforma in questione, ove letta in collegamento con la riforma generale *in fieri* e al di là di, del resto inevitabili, esigenze di catalogazione come appunto modello di procedimento *ad hoc* per il rito societario.

Di ciò esistono indizi che si prestano in maniera singolare a raffronti con soluzioni presenti in altri ordinamenti processuali; soluzioni molto diversamente configurate e indicative di scelte complessivamente divergenti anche sul piano tecnico rispetto a quelle espresse nella riforma che si considera. Per rimanere appunto al «piano tecnico» – ma, ovviamente, non dimenticando le inevitabili interdipendenze delle scelte realizzabili in questa prospettiva con le concezioni generali fondanti le riforme del processo, e questa riforma in specie –, particolarmente significativa appare la configurazione nel decreto della fase introduttiva, oltre che – come già qui ripetutamente rilevato – delle attività della trattazione.

Invero, e del tutto paradossalmente, l'elemento di interesse e di oggettivo rilievo a questo proposito si può dire consista proprio nella aspecificità o nella mancata specialità della relativa disciplina. Si tratta di una constatazione che, tanto per l'attività propriamente introduttiva di controversie societarie quanto per la loro trattazione, trova fondamento in particolare nel raffronto con il corrispettivo assetto – comprensivo cioè di disciplina

riguardo, occorre, tuttavia, rilevare che, mentre in quest'ultimo caso l'addebito integrale delle spese processuali alla parte che ha irragionevolmente rifiutato la proposta transattiva è automatico, nel caso del nuovo rito societario ciò costituisce solamente una facoltà (visto che il citato art. 16, comma 2°, afferma espressamente che «il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative»). Su questa innovazione v. ancora G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 427.

¹⁶ A questo proposito si è parlato di vero e proprio «vizio genetico», a sottolineare come la riforma del rito societario, nell'esigenza di uniformarsi all'impostazione della 'bozza Vaccarella', non abbia inteso limitarsi a rendere più spedite le controversie societarie, ma abbia in realtà creato un rito affatto nuovo, con sostanziale violazione dei criteri contenuti nella legge delega; sul punto, cfr. G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 393; C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1543 ss.

normativa ed elaborazione teorica – del diritto processuale civile statunitense. Anche se pure rispetto ad altri ordinamenti del processo sarebbe riscontrabile la direzione invero anomala e in sostanziale controtendenza della riforma italiana, è in effetti soprattutto l'evoluzione realizzatasi a questo specifico riguardo nel corso dell'ultimo trentennio nel processo civile federale a fornire il più evidente parametro di raffronto e di valutazione.

In estrema sintesi, e avendo per ragioni di spazio precipuo riguardo alla configurazione degli atti introduttivi, si può fare corrispondere tale evoluzione alla complessa trasformazione che da poco oltre la seconda metà del XX secolo ha interessato la nozione di pleading nel contesto della disciplina delle *Federal Rules of Civil Procedure*, rimodellandola significativamente rispetto alla versione originaria del 1938. Sintetizzando ulteriormente ai fini di quanto qui interessa, sembra anche possibile individuare il senso di questa trasformazione nella sostituzione progressiva della nozione di *notice pleading* come modello generale di atto introduttivo nelle controversie federali con quella, molto più articolata oltre che diversamente caratterizzata sul piano culturale, di *fact pleading*¹⁷. Questo passaggio da una accezione univoca e ipersemplificata di atto introduttivo con funzione meramente informativa dell'esistenza di una pretesa – il c.d. *notice pleading*, appunto – a un'accezione non più univoca o comunque inevitabilmente omogenea di *pleading* ma invece virtualmente modulata sulle possibili complessità fattuali della *causa petendi* (per usare un'espressione grossomodo corrispondente alla nozione statunitense di *cause of action*) – nel *fact pleading* – non appare trascurabile nella prospettiva di queste considerazioni¹⁸.

In effetti, il contesto nel quale esso si realizza segnala fundamentalmente la presa d'atto da parte della cultura giuridica statunitense dell'esigenza di configurare diversi moduli disciplinari a questo riguardo, implicitamente – ma ben presto del tutto esplicitamente – denunciando la correlativa esigenza di adattare le strutture del processo a categorie estremamente diversificate di controversie. Su questa linea, se in ipotesi appare possibile l'utilizzazione di un «modello informativo minimo» di atto introduttivo a controversie minori o comunque «semplici», altri modelli di atto introduttivo per così dire a «elevato *standard* informativo» vengono percepiti come più adeguati a configurare pretese e difese in con-

¹⁷ Per un *excursus* sulla vicenda di questa evoluzione si suggeriscono – tra le ovviamente moltissime – alcune indicazioni bibliografiche. Così, ad esempio, sull'«occasione» originaria della riforma v. R. POUND, *The Canons of Procedural Reform*, in 12 *A.B.A. Jour.* 1926, 541, per la *philosophy* della riforma v., fra i molti, E.B. TOLMAN, *Historical Beginnings of Procedural Reform*, in 22 *A.B.A. Jour.* 1936, 783 ss., e, per una ricostruzione degli eventi relativi ad opera dello stesso ispiratore e, per gran parte, realizzatore della riforma, v. C.E. CLARK, *The Federal Rules of Civil Procedure 1938-1958, Two Decades of the Federal Civil Rules*, in 58 *Colum L. Rev.* 1958, 435 ss.; per le successive evoluzioni, ad opera dello stesso a., v. C.E. CLARK, *Simplified Pleadings*, in 22 *Iowa L. Rev.* 1942, 272; inoltre, ampi richiami in J.B. WEINSTEIN, D.H. DISTLER, *Drafting Pleading Rules*, in 57 *Col. L. Rev.* 1957, 521 e F. JAMES, *The Revival of Bill of Particulars under the Federal Rules*, in 71 *Har. L. Rev.* 1958, 1473. Sul tema si rinvia anche a A. DONDI, *Questioni di efficienza*, cit., 169 e ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., loc. cit.

¹⁸ Sul punto v. A. DONDI, *Questioni di efficienza*, cit., 169, nonché C.M. FAIRMAN, *Heightened Pleading*, in 81 *Tex. L. Rev.* 2002, 551 e R.L. MARCUS, *The Puzzling Persistence of Pleading Practice*, in 76 *Texas L. Rev.* 1998, 1749; in chiave storica, sull'iniziale sfavore da parte delle *Federal Rules of Civil Procedure* verso *pleadings* particolareggiati e specifici (a favore di *pleadings «short, plain and general»*) e sulle successive evoluzioni in senso contrario, soprattutto a livello di prassi giudiziaria (e con particolare riferimento a determinati tipi di controversie), v. specificamente F. JAMES, *The Revival of Bills of Particulars Under the Federal Rules*, cit., 1473.

troverse di maggiore complessità¹⁹. Il carattere pressoché strutturale del collegamento fra la nozione di *fact pleading* e quella di *complex litigation* o di *complex case*, in collegamento con l'estensivo inserimento all'interno di questa categoria della più parte dei *commercial* e dei *corporate cases*, suggerisce già a questo livello di estrema semplificazione ragioni di interesse nel raffronto fra il modello statunitense e le scelte a questo riguardo realizzate dal legislatore italiano per costruire un nuovo modello di processo societario²⁰.

Anche dalla mera giustapposizione dei due modelli processuali sono, infatti, ricavabili indicazioni inequivocabili a questo riguardo. Mentre in quello statunitense, nel quale – per ragioni ovvie di apparato economico-commerciale di riferimento – si è più lungamente sedimentata la considerazione dei problemi di gestione processuale delle controversie commerciali, mostra di aver elaborato una duplice e congiunta nozione di complessità delle controversie e di particolare articolazione fattuale dell'atto introduttivo (descritta oggi, oltre che dalla nozione di *fact pleading*, dal ricorso a definizioni anche suggestive come ad esempio quella di «*heightened pleadings*»), parametri culturali di questo genere sembrano latitare in quello italiano, risultando in ogni caso del tutto estranei alla relativa disciplina (artt. 2 e 4 del decreto) del nuovo processo societario italiano²¹.

Si è più sopra catalogata come aspecifica tale disciplina degli atti introduttivi di attore e convenuto, a sottolinearne la conformità sostanzialmente assoluta alle forme molto poco rigorose previste per tali attività nel processo ordinario (risultando ovviamente ininfluenti in questa prospettiva le «innovazioni tecnologiche» del punto *b*) dell'art. 2). Una circostanza che, si ribadisce, consente almeno due minime considerazioni. Anzitutto, non sembra azzardato ricavare da ciò l'indicazione che il legislatore italiano mostri di non percepire come «speciali» tali procedimenti, anche sotto il profilo delle particolari esigenze di forte circostanziazione della pretesa fin dalle attività iniziali di una controversia, al fine di renderne più agevole la definizione o quantomeno la gestione in fase di trattazione. In secondo luogo, e in prospettiva comparatistica, questa scelta risulta intrinsecamente divergente dall'indirizzo da tempo imboccato nell'ordinamento statunitense.

¹⁹ Sul punto, per maggiori indicazioni bibliografiche con specifico riferimento a quella che potrebbe definirsi come «prospettiva della complessità», si rinvia a A. DONDI, *Questioni di efficienza*, cit., 169. Per la letteratura statunitense, un richiamo d'obbligo è rappresentato da R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation*, St. Paul, Minn. 1998, spec. 527 ss. (con particolare riferimento alla fase di *discovery*). L'esigenza di predisporre una disciplina processuale più adeguata ai differenti tipi di controversie (e specificamente a quelle c.d. complesse) è anche sottesa dalla nuova disciplina del processo civile inglese, come sottolinea particolarmente S.N. SUBRIN, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?*, cit., 305.

²⁰ Un recente esempio dell'intensità con la quale tali problemi sono stati dibattuti in area statunitense è rintracciabile in C.M. FAIRMAN, *Heightened Pleading*, cit., spec. 536 ss. (sulla trasformazione della *Federal Rule*), nella percezione di dottrina e giurisprudenza); sul punto in precedenza v. soprattutto R.L. MARCUS, *The Puzzling Persistence of Pleading Practice*, cit., 1749 ss., (spec. 1775 sull'esigenza di una trasformazione normativa al riguardo); nella dottrina italiana, v. al riguardo A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., *passim*.

²¹ Sul punto v. ancora C.M. FAIRMAN, *Heightened Pleading*, cit., 551; per un'analisi comparata delle fasi preliminari in vari ordinamenti, cfr. S.N. SUBRIN, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?*, cit., 299, (e spec. 310, in cui l'a. evidenzia l'impatto della cultura statunitense dei risultati conseguibili attraverso controversie civili). Con riferimento alla fase preliminare del nuovo rito societario italiano e la sua incommensurabilità con il *pre-trial* statunitense, v. C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1543 s.

Tale indirizzo si sostanzia nell'abbandono ormai generalizzato della pratica del c.d. *easy pleading* occasionata dalla previsione di un «*short and plain statement of fact*» nella *Federal Rule 8* come contenuto necessario-sufficiente dell'atto introduttivo²². È noto come all'origine di ciò si collochi la diversa configurazione della fase di trattazione, non più caratterizzabile come *liberal discovery* (momento cioè per il reciproco e in alcun modo limitato scambio di richieste di informazione fra gli avvocati in assenza totale di iniziative giudiziali) ma ormai da tempo come *specific discovery* (con intensa attività di programmazione e complessivo *case management* da parte del giudice)²³. Di qui, infatti, l'impossibilità di pensare all'atto introduttivo come a un mero tentativo (*easy pleading*, appunto) realizzato sulla base della speranza di rinvenire in séguito appunto nel corso delle attività del *discovery* il sostegno probatorio di pretese nella sostanza originariamente prive di articolazione. Di qui la necessità, specie in certi tipi di controversie (come, per collegarci al contesto che qui interessa, le c.d. *derivative actions*, ossia le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori di società per lo più per conflitto di interessi con la società²⁴) di una articolata specificazione delle ragioni della pretesa già nell'atto introduttivo.

Le richieste «*for more definite statement (...of fact, of case)*» sempre più frequentemente formulate dai giudici federali in controversie complesse costituiscono l'occasione nella pratica del processo per implementare tale indirizzo²⁵. Costituisce del resto un rilievo ricorrente in dottrina che l'atteggiamento del giudice federale statunitense tenda progressivamente a caratterizzarsi come *managerial*, vieppiù cosciente dell'esigenza di sottoporre a filtri preventivi il carico di un lavoro giudiziale che in ogni caso lo vedrà protagonista anche nella successiva fase di trattazione-*discovery*²⁶. L'estensione avuta in anni recenti dalla pratica del rigetto dell'azione (nella forma del «*granting a motion for dismissal on the merits*») non appare per nulla casuale in questo quadro evolutivo, e anzi del tutto coerente con questa esigenza²⁷.

²² Per un'analisi dei problemi del *discovery* da cui emerge con chiarezza e originalità tale funzione di specificazione e riduzione all'essenziale delle questioni controverse, v., ad es., S.N. SUBRIN, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?*, cit., 299 ss. (spec. 300-302).

²³ Di tale impossibilità, per limitarsi a richiami recenti, dà conto lo svolgimento dell'evoluzione delle riforme della normativa sul *discovery*, così, ad es., cfr. K.E. SHORE, *A History of the 1999 Discovery Rules: The Debates & Compromises*, in 20 *Rev. of Lit.* 2000, spec. 101 ss.

²⁴ Tali azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori (specie per il caso di conflitto di interessi) sono invero emblematiche a questo riguardo. E ciò anche in ragione della complessità dell'oggetto sia per la probabile pluralità di parti coinvolte. A questo proposito, cfr. G.C. HAZARD, *Azioni di responsabilità verso gli amministratori di società commerciali nel diritto statunitense*, in *Riv. soc.* 1994, 441.

²⁵ Come è particolarmente evidenziato in E. CAVANAGH, *Pleading Rules in Antitrust Cases: A return to Fact Pleading?*, in 21 *Rev. of Lit.* 2002, 9, 20 ss.

²⁶ Su questa evoluzione, v., in chiave storica, G.C. HAZARD, *Discovery Vices and Trans-substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*, in 27 *U. Penn. L. Rev.* 1989, 2237.

²⁷ Del resto, ciò appare indispensabile ai fini di garantire un corretto funzionamento dei *fact pleadings*, non incentivando controversie *frivolous*. Sul punto v., ad esempio, C.M. FAIRMAN, *Heightened Pleading*, cit., spec. 593.

5. (Segue) Altri profili di raffronto

Date queste connotazioni di ordinamenti come quello statunitense e inglese – che, oltretutto, non prefigurano un ‘sub-modello’ *ad hoc* per un’area di controversie societarie tassonomicamente predefinita, come nell’art. 1 del decreto – sembra inevitabile la constatazione conclusiva che non esistano effettivi spazi di raffronto relativamente allo specifico dell’assetto procedimentale del nuovo diritto societario italiano. In altri termini, che troppi e troppo estremi siano gli scarti fra i due referenti del raffronto, con il verificarsi pertanto di un fenomeno in altri campi della ricerca abitualmente catalogato come di «incommensurabilità dei sistemi»²⁸.

Non appaiono, infatti, in definitiva raffrontabili figure come, ad esempio, quella del giudice statunitense con i relativi poteri nei *corporate* o nei *commercial cases* e quella del «giudice relatore» nel contesto della disciplina dell’art. 12 della riforma italiana²⁹. E ciò in quanto, accanto ai numerosi poteri del giudice statunitense di gestire la trattazione di tali controversie – al limite di demandarne una parte al controllo di uno *special master*, secondo la previsione della *Federal Rule 53(e)*³⁰ –, il ruolo di quest’ultimo risulta caratterizzato essenzialmente da una generale carenza di poteri³¹. Come già nel progetto Vaccarella di riforma generale, anche il «giudice relatore» risulta, secondo la disciplina del decreto, sostanzialmente privo di poteri di intervento, tanto sulla qualità-specificità della configurazione della pretesa negli atti introduttivi di controversie societarie, quanto sulla gestione delle attività della trattazione e comunque sulla scansione dei momenti della fase

²⁸ Per un richiamo recente, e per tutti, v. U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa – Esperienze di traduzione*, Milano 2003, 37 ss.

²⁹ Sembra potersi ribadire che i poteri del giudice (e specificamente del giudice relatore) appaiono tutt’altro che incisivi, almeno per quanto riguarda la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. L’unica previsione che potrebbe andare in tale direzione (e cioè la possibilità, ex art. 12, comma 3°, che nel decreto di fissazione dell’udienza il giudice, nell’invitare le parti a depositare delle memorie conclusionali prima dell’udienza di discussione, indichi anche le questioni bisognose di trattazione) appare poco incisiva a questo riguardo (risultando, infatti, al più una riedizione della previsione dell’art. 183, comma 3°, c.p.c., della quale è nota la scarsissima incidenza). Inoltre, sembra possibile rilevare una qualche incoerenza con l’obiettivo di «una più rapida ed efficiente definizione» delle controversie societarie; dal momento che sembrerebbe almeno strano attendere lo scambio tra le parti di quattro memorie ciascuna prima di permettere al giudice di indicare alle stesse eventuali questioni ancora bisognose di trattazione. Analogamente poco incisive ai fini di una più rapida definizione della controversia si configurano anche le altre disposizioni dell’art. 12. In particolare, risulta emblematica la previsione dell’art. 12, comma 3°, lett. b), riguardo alla quale appare adeguata l’espressione «non senso» da parte di un autorevole commentatore, cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 8.

³⁰ Effettivamente la *Federal Rule 53* affida al c.d. *master* numerosi e penetranti poteri, variabili anche a seconda della necessità. Per la *Reference to a Master*, riguardo alla fase di trattazione di controversie complesse, cfr., ad esempio, R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation*, cit., 512 ss. Inoltre, sempre nella manualistica statunitense, J. RIEDENTHAL, M. KANE, A. MILLER, *Civil Procedure*, 3ª ed., St. Paul 1999, 446 ss.

³¹ Tale carenza di poteri risulta ulteriormente aggravata dalla abolizione della rilevanza d’ufficio delle avvenute preclusioni (ex art. 10 del decreto di riforma), come rilevato da A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 5 s., G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 407; G. BALENA, *Prime impressioni*, cit., § 6, lett. A.

preparatoria³². Essendo l'intervento del relatore previsto a trattazione già, come si è detto, «preconfezionata» ad opera di avvocati, solo allora, nel decreto di fissazione dell'udienza (ex art. 12, n. 3, C), questi potrebbe, «indicando le questioni di rito e di merito rilevabili d'ufficio», esercitare quel ridottissimo potere di sollecitazione delle parti alla precisazione dell'oggetto della controversia tradizionalmente spettante al giudice istruttore secondo la previsione del comma 3° dell'art. 183 c.p.c.³³. Ancora meno di quanto nella disciplina ordinaria, e ciò avendo come obbiettivo la gestione di controversie negli altri ordinamenti tendenzialmente percepite come difficili, e comunque caratterizzate da attività trattatorie non agevoli³⁴.

Occorre dire che l'improponibilità del raffronto non sembra invero limitarsi all'area di *common law*, ma appare configurabile anche con riguardo all'area di *civil law* e in particolare al *juge rapporteur* del procedimento previsto nel *Nouveau Code de procédure civile* francese per le cause presso il *Tribunal de Commerce*, alla cui denominazione si può supporre sia ispirata quella di «giudice delegato» presente nella nostra riforma. Altrettanto tempestivamente occorre infatti aggiungere a questo rilievo la constatazione che le analogie risultano limitarsi, se del caso, al dato meramente lessicale, dal momento che nella nostra riforma sono del tutto assenti quei poteri di iniziativa in senso lato istruttoria che invece rappresentano lo specifico della figura del *rapporteur* nella normativa francese. Una conclusione inevitabile solo che si consideri il contenuto – per limitare i richiami alle disposizioni più significative a questo riguardo – di articoli come l'862 e l'865 del *Nouveau Code*; norme nelle quali in effetti vengono conferiti rispettivamente al *rapporteur* francese poteri come la possibilità di richiedere alle parti tutte le «*explications qu'il estime nécessaires à la solution du litige [...] et les mettre en demeure de produire [...] tous documents*» come pure di ordinare «*même d'office toute mesure d'instruction*», delle quali non è tuttavia possibile rintracciare equivalenti anche parziali nel nostro nuovo modello di processo societario³⁵.

³² Del resto su tale carenza di poteri da parte del giudice relatore (o meglio, sulla sostanziale assenza dello stesso) nella fase preparatoria della controversia i primi commentatori alla riforma sono sostanzialmente concordi (pur esprimendo al riguardo giudizi in parte differenti, anche se generalmente critici). Sul punto v. ancora: A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 4 s.; C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1542; B. SASSANI, R. TISCINI, *Il nuovo processo societario*, cit., § 2; E. RIVA CRUGNOLA, *Le attività del giudice*, op. loc. cit.; G. BALENA, *Prime impressioni*, cit., § 2.

³³ Si rinvia ai rilievi già effettuati precedentemente nella nota 29.

³⁴ In effetti, pluralità di parti (si pensi alle impugnazioni delle delibere assembleari oppure alle controversie in tema di patti parasociali o ancora alla causa di responsabilità nei confronti degli amministratori), pluralità di interessi coinvolti (quello dei soci, quello della stessa società, quello degli amministratori e anche all'interesse di tutta la collettività ad una corretta gestione imprenditoriale) e notevole complessità delle questioni coinvolte (si pensi solo alle grandi difficoltà nella valutazione delle scelte imprenditoriali e nella analisi dei bilanci) costituiscono – si ribadisce – elementi insistentemente presenti e, quindi, precipuamente caratterizzanti lo specifico della controversia commerciale; in proposito cfr., ad esempio, E. RIVA CRUGNOLA, *Le attività del giudice*, cit., n. «*La fase decisoria*». Riguardo alla inadeguatezza funzionale del meccanismo della riforma, proprio al fine di configurare una disciplina agevole per controversie di tali complessità v. ancora quanto in G. BALENA, *Prime impressioni*, cit., n. 6, lett. A).

³⁵ In generale, sulla figura e sulle caratteristiche del *juge rapporteur*, v. C. DUGUET, in *Rev. Huiss* 1982, 3; M. JEANTIN, *Le juge rapporteur*, in *J.C.P.*, 1977.1.12495, n. 12 e *Conférence générale des tribunaux de commerce*, in *Gaz. Pal.* 1982, 1. *Doctrine* 60; nella manualistica, ad esempio, cfr. G.

Rimane la constatazione che in questa sede si sia realizzata una scelta di fondo, intesa a configurare un procedimento essenzialmente ispirato a una logica di complessiva destrutturazione interna. Coerente con una filosofia ipersemplificata del processo, in assonanza con ormai vecchi *slogan* del tipo «meno stato più mercato», tale scelta potrebbe essere così sintetizzata: «meno (potere ai) giudici più (poteri agli) avvocati». A meno di introiettare una visione autarchica delle riforme processuali che prescinda programmaticamente dalle evoluzioni realizzate in altri ordinamenti, questo programma appare decisamente poco entusiasmante. Un'ulteriore considerazione non sembra possibile omettere in conclusione. Tale programma appare oltretutto segnato dal radicale distacco dalle linee di riforma caratterizzanti la legge delega originaria e del tutto trasposte nei lavori della c.d. commissione Mirone³⁶. Apprezzabili o non in senso assoluto, tali scelte appaiono ben altrimenti configurate proprio sotto il profilo della caratterizzazione del ruolo del giudice in controversie di tipo societario. Un giudice in effetti pensato come 'specialista' di tali controversie e, pertanto, esplicitamente o implicitamente svolgente quella funzione manageriale del conflitto che invece, come si è detto, il nuovo assetto normativo trascura programmaticamente. Che, ciò facendo, si trascuri anche il peso di esperienze risalenti, come quella del codice di commercio, è circostanza troppo conosciuta ed evidente per essere qui ulteriormente sottolineata³⁷.

CORNU, J. FOYER, *Procédure Civile*, Paris 1996, 720 s., L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris 2000, 776 s. e S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris 1999, 704 s.

³⁶ Cfr., ad es., G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 388. Sempre dello stesso a., il quale ha seguito progressivamente l'evoluzione dei lavori della commissione Mirone, della definitiva elaborazione del testo della legge delega (decisamente modificata rispetto alla bozza, soprattutto con riferimento alla mancata previsione dell'istituzione di sezioni specializzate) e della successiva emanazione del d.lgs. n. 5 del 2003, v. anche ID., *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, cit., 161 e ID., *La riforma del diritto societario*, cit., 273.

³⁷ È noto come la tutela differenziata in ambito societario non costituisca una novità per l'ordinamento italiano, in quanto già presente prima dell'emanazione del codice civile del 1940, che, in effetti, realizza appunto l'abrogazione del codice di commercio. Rilievi al riguardo, nei commenti che hanno accompagnato la riforma, sono rintracciabili in G. BALENA, *Prime impressioni*, cit., n. 6, lett. A, come pure in G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 427. In prospettiva storica allargata, come richiami d'obbligo, cfr., inoltre, M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, spec. 115 ss., 156 ss. e 167 ss.; sulla vicenda dei Tribunali di commercio italiani, v., inoltre, A. OLIVIERI, voce *Tribunali di commercio*, in *Dig. it.*, Torino 1914-1917, XXIII, 2. Infine, per la dottrina che, nel periodo di vigenza, analizza modalità disciplinari e funzionamento del meccanismo procedimentale configurato per le cause commerciali cfr. soprattutto L. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, 3ª ed., Milano 1904 (spec., sulle controversie commerciali, v. il vol. II, 145-160 e il vol. III, 464-466, 581-583 e 692-695), e ID., *Principi di procedura civile*, 2ª ed., Firenze 1904, *passim*.

37. UTILIZZAZIONE DELLE CONOSCENZE ESPERTE NEL PROCESSO CIVILE – ALCUNE IPOTESI DI CARATTERE GENERALE*

SOMMARIO: 1. Carattere diacronico e tendenziale interdisciplinarietà dell'argomento di indagine. – 2. Aspetti di ordine epistemologico e di ordine giuridico. – 3. Loro trasformazione in prospettiva storica nei diversi contesti culturali e processuali. – 4. *Standard* di qualificazione dell'esperto. – 5. (*Segue*) A fronte delle trasformazioni della cultura scientifica.

1. Carattere diacronico e tendenziale interdisciplinarietà dell'argomento di indagine

Rischia banalità la considerazione che forse nessun altro ambito di problemi del processo *tempus regitur* più di questo dell'utilizzazione delle conoscenze scientifiche; e ciò, in particolare, con riguardo al processo civile¹. Si tratta di un rischio scontato, e in quanto tale subito da dichiarare, per un'indagine che – come la presente – intende adottare al riguardo una prospettiva per così dire combinata. L'intento che qui ci si propone è invero di considerare, sinteticamente formulando alcune ipotesi, aspetti di adeguatezza funzionale ma anche teorico-culturale, con riferimento sia ai meccanismi di conoscenza qualificabile come in senso lato scientifica o tecnica sia alle strumentazioni processuali utilizzabili al fine di rendere fruibili le conoscenze di soggetti esperti, in termini in senso lato probatori².

Proprio in questa prospettiva, il piano normativo, della prassi interpretativa giurisprudenziale e dell'elaborazione dottrinale, appaiono difficilmente scindibili dalle conoscenze elaborate riguardo allo stato dei singoli aspetti della realtà dalle culture ulteriori a quella giuridica. Con ciò ci si intende riferire a quella che si potrebbe definire come la cultura circostante rispetto a quella strettamente giuridica; in altri termini, al complesso delle

* Questo scritto è stato pubblicato in *Studi in Onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2006, t. I, 843-861.

¹ Si ringrazia il dottor Vincenzo Ansanelli per il contributo prezioso al completamento di questa bibliografia. I richiami al processo penale saranno *ex professo* in effetti incidentali o realizzati prevalentemente in quanto funzionali allo sviluppo dell'indagine concernente il processo civile; in argomento v. di recente, ad es., A. SCALFATI, *Consulenza tecnica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, VI, 1997, 1 ss.; più ampiamente, v. R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano 1993, 3 ss. (e *passim*).

² A scopo indicativo, quali riferimenti che ricorreranno anche in seguito con larga frequenza, v., ad es., G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova 1959, 4 ss., *passim*, spec. cap. I; V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.* 1962, 9 ss.; ID., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, ivi, 1972, 414 ss.; ancora, in argomento, ID., *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, ivi, 1967, 395 ss.; come singolo esempio di recente produzione in materia v. F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002, *passim*. Per indicazioni di carattere generale riguardo ai temi che qui si considerano, in prospettiva per lo più psicologica ma con notevoli approfondimenti di ordine epistemologico-culturale, cfr. P. CATELLANI, *Il giudice esperto – Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna 1992, 62 ss.; 137 ss.

single culture – scientifiche, teoriche e tecniche – di possibile riferimento per conoscere i vari aspetti della realtà, al di là del loro inquadramento in categorie giuridiche³. La presenza di tali strumenti articolati di conoscenza e di valutazione della realtà, oltre che la percezione diffusa del loro impatto nella gestione anche dei conflitti aventi la configurazione di controversie giudiziali, costituisce non da oggi uno snodo fondamentale nella configurazione dei problemi caratterizzanti l'argomento in esame⁴.

Una sua notoria manifestazione è ad esempio rintracciabile nelle trasformazioni subite dalla cosiddetta nozione di 'scienza privata' del giudice, e nella tendenza ormai risalente a relativizzare tale nozione⁵. Si tratta di un fenomeno agevolmente rapportabile alla diffusa acquisizione, a livello di patrimonio culturale medio, di conoscenze in senso lato scientifiche e tecniche, come pure a mutamenti sociali di altra natura. E non sembra trascurabile a questo riguardo il rilievo di accadimenti – talvolta prevedibili, ma più spesso del tutto imprevedibili – caratterizzanti come appunto 'storici' i vari momenti dell'evoluzione umana⁶.

Questa collocazione in una prospettiva diacronica dei problemi concernenti l'argomento in esame, dunque sostanzialmente inevitabile, sembra anche comportare alcuni collegamenti ulteriori. Fra di essi non appare trascurabile l'esigenza di tenere per quanto

³ Al riguardo, per una recente illustrazione dell'assetto del dibattito intorno a questo genere di problemi, cfr. B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica – Un approccio ermeneutico*, Milano 1996, spec. 35 ss., 41 ss., 55 ss. (e relative indicazioni bibliografiche in nota); M. TARUFFO, *Dimensione transculturale della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1047; nell'ambito degli studi epistemologici, di recente – per limitarsi alla citazione di un autore in sé rappresentativo del massimo livello di evoluzione raggiunto nel settore – v. H. PUTNAM, *Words in Life*, Cambridge, Mass.-London 1995, 62 ss.; 151 ss.; 198 ss.; 463 ss.

⁴ Nella dottrina italiana, si veda ad es. V. DENTI, *Scientificità della prova*, cit., loc. cit., 416-423.; G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, Milano 1959, 5 ss.

⁵ Cfr. di recente – nella prospettiva suggerita nel testo di una progressiva relativizzazione della nozione – M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*, Milano 1992, 66-68, 336-337; v. inoltre, in prospettiva parzialmente diversa, B. CAVALLONE, *Crisi delle 'Maximen' e disciplina dell'istruzione probatoria*, ultimamente in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 297 ss., 311 ss.; in argomento si vedano, inoltre, le interessanti considerazioni di questo autore, con speciale riferimento – come si rileverà in seguito anche in questa sede – alle elaborazioni della dottrina tedesca, in ID., *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, ivi, 240 ss.; con particolare riferimento alla delimitazione degli attuali confini della 'scienza privata del giudice' v., di recente, G. CIVININI, *La specializzazione del giudice*, in *Quale Giustizia*, Incontro di studi del CSM, Roma 2000, 613 ss.

⁶ Per un recente esempio di tale percezione come riferita al mutamento di prospettive realizzatosi nel passaggio epocale fra una cultura 'moderna' e una cultura che si percepiva come 'post moderna', anche sul piano dei riferimenti di carattere giuridico, G. MINDA, *Postmodern Legal Movements – Law and Jurisprudence at Century's End*, New York-London 1995, 7 ss.; D.W. ARROW, *Pomobabble: Postmodern Newspeak and Constitutional 'Meaning' for the Uninitiated*, in 96 *Mich. L. Rev.* 1997, 461 ss. Di recente, cfr., sulla correlazione dei problemi qui affrontati, J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna 2004, 42 ss., 56 ss. e *passim*. Sul piano della cultura giuridica, per riflessi di questi problemi in studi recenti, concernenti l'area del diritto probatorio, cfr., ad es. J.H. LANGBEIN, *Historical Foundations of the Law of Evidence*, in 96 *Colum. L. Rev.* 1996, 1168 ss.; T. OLSON, *Of Enchantment: The Passing of the Ordeals and the Rise of the Jury Trial*, in 50 *Syracuse L. Rev.* 2000, 1, 109 ss.; H.M. STACY, *Postmodernism and Law – Jurisprudence in A Fragmenting World*, Ashgate-Dartmouth 2001, spec. 103 ss.

possibile costantemente conto di un fattore come quello rappresentato dalla commistione su questo terreno di varie modalità nonché di differenti tecniche conoscitive della realtà.

Sempre in questa prospettiva, altrettanto rilevante appare l'esigenza di una diffusa assunzione di approcci problematici e valutativi rispetto all'utilizzazione di conoscenze scientifiche o specialistiche. In particolare nel processo civile, un tale *modus operandi* dovrebbe concretizzarsi nella tendenziale verifica – per quanto ipotizzabile come inevitabilmente non sempre approfondita e del tutto accurata – degli stadi di evoluzione che nel corso del tempo hanno caratterizzato i modi di pensare alle singole scienze, per stabilire con il grado più elevato di approssimazione l'effettivo livello di affidabilità delle relative conoscenze e la loro utilizzabilità ai fini della definizione di una controversia⁷.

Si tratta di una prospettiva che sembra anche implicare opzioni di metodo, alcune delle quali si tenterà qui di segnalare in estrema sintesi. Una prima potrebbe farsi consistere nella pressoché inevitabile commistione di diversi contesti culturali nell'ambito della analisi e dell'utilizzazione nel processo delle conoscenze esperte; con la conseguenza di assumere questo come un ambito nel quale non possano funzionare drastiche separazioni fra settori tecnico-processuali o giuridici e settori per così dire culturali o scientifici. Per converso, proprio nel mutevole atteggiarsi della cultura del processo nei confronti delle 'altre' culture, sotto il profilo della loro utilizzazione per la realizzazione di certi tipi di accertamenti processuali implicanti la chiarificazione di questioni complesse sotto il profilo tecnico e scientifico, dovrebbe consistere lo specifico della prospettiva che si suggerisce⁸.

Ma all'assunzione di questa prospettiva sembra da collegare anche un duplice livello di considerazioni. In primo luogo, che l'intento di analizzare i mutamenti e l'evoluzione della cultura giuridica rispetto a un problema come quello indicato, tenendo cioè anche conto delle interrelazioni prospettate, non possa limitarsi alle vicende che hanno riguardato il nostro ordinamento processualciviltistico. Più di altri, l'ambito della prova scientifica o dell'esperto, comunque il problema dell'utilizzazione nel processo civile di

⁷ Così nella letteratura giuridica italiana recente, per una discussione di questi problemi, v. M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 219 ss.; A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle conoscenze esperte come expert witness testimony nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 1133 ss.; V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1334 ss.

⁸ Si vedano al riguardo, come autorevoli manifestazioni dell'attenzione e sensibilità risalente da parte della nostra cultura processualistica per la prospettiva segnalata, i lavori di Denti citt. nella nota n. 2; nella cultura giuridica statunitense, anticipando quanto in seguito verrà con frequenza rilevato, v., ad es. – come indicazione generale e recente dell'evoluzione in corso a questo riguardo – *Developments in the Law – Confronting the New Challenges of Scientific Evidence*, in 108 *Harv. L. Rev.* 1995, spec. 1490 ss.; 1509 ss.; 1525 ss.; D.L. FAIGMAN, *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony After Daubert*, St. Paul, Minn. 2002, *passim*; E. BEECHER-MONAS, *Blinded by Science: How Judges Avoid the Science in Scientific Evidence*, in 74 *Temp. L. Rev.* 1998, 55 ss.; nella letteratura italiana per una analisi di tale evoluzione v. M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., loc. cit.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 261 ss.; ID., *Problemi di utilizzazione delle conoscenze esperte come expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, op. cit., 1345 ss.; sempre con riferimento a questo genere di problemi in prospettiva statunitense v. anche B. PASTORE, op. cit., 158 ss.

tali conoscenze, sembra invero suggerire l'inevitabilità di 'sguardi esterni', nella direzione di altri ordinamenti e di altre culture, giuridiche e non⁹.

Essenziali ragioni di coerenza con l'intento di tenere conto delle interrelazioni culturali implicite all'analisi dei problemi connessi all'utilizzazione di conoscenze esperte nel processo giustificano l'adozione di tale prospettiva. La quale risulta del resto ulteriormente giustificata dalla presenza altrove, in altri modelli di processo civile, di soluzioni fondate sull'elaborazione di concezioni significativamente diverse rispetto a quelle prevalenti al riguardo nel nostro ordinamento; e a vario livello suggestive di possibili ripensamenti riguardo alle modalità di utilizzazione nel processo di conoscenze tecnico-scientifiche, tanto sul piano interpretativo quanto su quello di un riassetto prospettabile *de iure condendo*¹⁰.

2. Aspetti di ordine epistemologico e di ordine giuridico

Per individuare alcune delle principali questioni in materia tenendo conto dei loro aspetti giuridici e di quelli più propriamente epistemologici e culturali, sembra opportuno che, in via tendenziale, il tema dell'indagine venga quanto più possibile configurato come un problema di concreta gestione processuale delle conoscenze esperte nel processo civile¹¹.

Con riferimento alla loro utilizzazione come strumenti di conoscenza di realtà sotto vari profili complesse, una questione di fondo consiste nella qualificazione del carattere propriamente specialistico o scientifico di tali conoscenze. In altri termini, il problema della fondatezza delle conoscenze esperte utilizzate nel processo non appare eludibile in questo contesto. Un problema che si configura di rilievo tanto sotto il profilo dell'affidabilità sul piano tecnico e scientifico dei processi all'origine della loro formazione, quanto dei relativi risultati ai fini della chiarificazione di questioni utili alla definizione di controverse civili con impliciti caratteri di complessità.

Proprio sotto questo profilo, occorre dire subito che si registra uno scarto notevole fra il nostro e altri modelli di processo, nei quali il livello di elaborazione di tali questioni risulta decisamente più risalente e articolato¹².

⁹ Si vedano, in questa prospettiva, i lavori di M. TARUFFO e A. DONDI citati in n. 8 *supra*.

¹⁰ Come esempi di questa metodologia, v. soprattutto M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., *passim*; anche B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., *loc. cit.*; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano 1999, 39 ss.; M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 685 ss.; cfr. J. FERRER BELTRÁN, *op. cit.*, 77 ss.

¹¹ Al riguardo, anche per la sottolineatura della progressiva debolezza della tradizionale tendenza a risolvere questioni come quelle che qui si affrontano essenzialmente attraverso categorie giuridiche sia con riferimento ai problemi del processo penale sia a quelli del processo civile e del lavoro, cfr. L. SCOTTI, *Contributo tecnico-scientifico nel processo e discorso fra le 'due culture'*, in *Doc. giust.* 1995 (luglio-agosto), 1051 ss.; V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, cit., 1339 ss.; nell'ambito del processo penale per interessanti aperture, v. inoltre, ad es., E.M. CATALANO, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. dir. proc.* 1996, spec. 526 ss.

¹² Nell'area di *common law*, il richiamo al modello statunitense si impone a questo proposito come essenziale, in ragione della ricchezza del dibattito e delle analisi in argomento, così, v., ad es., *Developments in the Law – Confronting the New Challenges of Scientific Evidence*, cit., 1482

Del resto, si tratta di uno scarto che si registra anche sul piano per così dire della contestualizzazione di tali attività di valutazione, ossia della elaborazione di nuove culture riguardo alla determinazione del livello e del genere di complessità delle singole controversie¹³.

Le attività di selezione di tali conoscenze ai fini della loro utilizzazione nel processo rappresentano, in ogni caso, un momento essenziale anche sotto altro profilo. E, infatti, per questo tramite che risulta in buona sostanza possibile saggiare il livello di relativa efficienza di un ordinamento processuale, sul piano della gestione di controversie rese non agevoli dalla necessità di risolvere questioni qualificabili come complesse in quanto necessitanti per la loro chiarificazione del ricorso a conoscenze esperte. In questo quadro di problemi, la capacità di selezione fra scienza 'buona' e scienza (ossia scienze o tecnologie) 'cattiva' costituisce, infatti, lo snodo di tale qualificazione di efficienza.

Pur essendo intuibilmente analoghi in tutti gli ordinamenti del processo i problemi posti dalla necessità di utilizzare questo genere di conoscenze, si tratta, per ribadire, di un aspetto che ha trovato in altri ordinamenti processuali una elaborazione decisamente più approfondita e comunque una eco incomparabilmente più vasta che non nel nostro. Tale constatazione appare giustificata non solo con riguardo a un ordinamento come quello statunitense, nel quale notoriamente la 'battaglia degli esperti', e la conseguente possibile caratterizzazione dell'utilizzazione di certe conoscenze scientifiche nel contesto del processo come *junk science*, rappresenta da alcuni decenni uno dei temi centrali del dibattito sulla giustizia, in particolare sulla giustizia civile¹⁴. A questo proposito, analoghi rilievi potrebbero invero esprimersi anche riguardo a gran parte degli altri ordinamenti di *civil law*, come principalmente quello francese e tedesco, ma anche a un ordinamento di area latina come quello spagnolo¹⁵.

ss.; A.L.I.-A.B.A., *New Directions in Expert Testimony: Scientific, Technical and Other Specialized Knowledge Evidence in Federal and State Courts*, Philadelphia 2000, 45 ss.; inoltre, per raffronti fra culture del processo o giuridiche e altri approcci, v. S. JASANOFF, *Science at the Bar – Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Mass.-London 1997, XIII ss.; D.L. FAIGMAN, *Science in the Law: Standards, Statistics and Research Issues*, St. Paul., Minn. 2002, 21 ss.; R. SUSSKIND, *Transforming the Law: Essay on Technology, Justice and the Legal Marketplace*, New York-Oxford 2001, 5 ss.

¹³ Sulla nozione di complessità della controversia, nella dottrina italiana v., ad es., A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 194 ss.; nell'ambito della cultura anglosassone v., ad esempio, J. TIDMARSH, *Complex Litigation and the Adversary System*, New York 1998, 34 ss., 59 ss.; J.B. WEINSTEIN, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Evanston 1995, 121 ss.

¹⁴ Al riguardo, v., ad es., P.W. HUBER, *Galileo's Revenge – Junk Science in the Courtroom*, 2ª ed., New York 1991, *passim*; T.F. BURKE, *Lawyers, Lawsuit and Legal Right – The Battle over Litigation in American Society*, Los Angeles-London 2002, *passim*; K.R. FOSTER, P.W. HUBER, *Judging Science: Scientific Knowledge and Federal Courts*, Cambridge 1997, 15 ss.; D.L. FAIGMAN, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in Law*, New York 1999, 1 ss.; J.A. MORENO, *Beyond the Polemic Against Junk Science. Navigating the Oceans That Divide Science and Law with Justice Breyer at the Helm*, in 81 *Bost. U. L. Rev.* 2001, 508.

¹⁵ Per riflessi nel dibattito ad es. in corso in Francia su questi problemi, cfr. M. OLIVIER, *De l'expertise civile et des experts*, t. II, Paris 1995, *passim*; F. PINCHON, *L'expertise judiciaire en Europe: études des systèmes allemand, anglais et italien en matière de procédure civile*, Paris 2002, 27 ss.; per la 'nuova' configurazione del *dictamen de peritos* nella LEC 2000 spagnola (art. 335 ss.) e per l'analisi

È al fine di ottenere livelli accettabili di affidabilità di tali conoscenze che si giustifica quella combinazione di criteri di inquadramento giuridico e culturale – o in senso lato epistemologico – nella quale più sopra si è detto consistere un elemento fondante del problema in esame. Invero, il duplice coinvolgimento di tali ambiti culturali si configura come una sorta di presupposto di metodo per affrontare in maniera adeguata il problema della corretta utilizzazione processuale delle conoscenze esperte.

L'assunzione di tale prospettiva, tenendo conto della incidenza di implicazioni tanto diverse, rende anche necessaria una differente articolazione in questo contesto della nozione di complessità. Non solo sarà possibile qualificare come complessa una controversia in ragione della sua articolazione sul piano dei diritti sostanziali coinvolti o sul piano della sua gestione processuale, ma anche in ragione della necessità di ricorrere alla chiarificazione di nozioni specialistiche attraverso il ricorso a valutazioni di soggetti particolarmente qualificati¹⁶.

La crucialità del buon funzionamento dei meccanismi processuali di acquisizione di informazioni 'esperte' è del resto agevolmente intuibile, in ragione del carattere decisivo dell'opinione tecnica o scientifica espressa dall'esperto; e di quale differenza comporti, in termini di giustizia sostanziale la bontà o non, ossia la qualità relativa, delle specifiche conoscenze introdotte nel processo¹⁷.

A questo proposito, non appare superfluo rammentare la circostanza che un aspetto centrale del dibattito in corso da qualche decennio nell'ambito della cultura giuridica statunitense sia consistito nell'aver affrontato in maniera molto ampia e diretta in ambito processuale i problemi di affidabilità degli *expert witnesses* dibattuti da tempo a livello di comunità scientifica¹⁸. Una circostanza che, a differenza di quanto sembra essere finora

dei problemi relativi, cfr., ad es., M. SERRA DOMINGUEZ, *La prueba pericial*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XXI, Barcelona 1982, *passim*, anche J. PICÓ I JUNOY, *Del dictamen de peritos*, in A. LORCA NAVARRETE, V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., t. II, Valladolid 2000, 1882 ss.

¹⁶Riguardo a tale carattere della complessità, come complessità tecnico-scientifica della controversia, v. ancora TARUFFO, *Prove scientifiche*, cit., *loc. cit.*; S. JASANOFF, *op. loc. cit.*; per un esempio di analisi settoriale del problema, con riferimento cioè a tipi specifici di prove in tipi specifici di processi, v., ad es., L.S. MULLENIX, *Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm*, in 33 *Valparaiso U. L. Rev.* 1999, spec. 445 ss.; per la diretta incidenza sulla soluzione di controversie del fattore scientifico, v., ad es., S. BRINKER, *Opening the Door to the Indeterminate Plaintiff: An Analysis of the Causation Barriers Facing Enviromental Toxic Tort Plaintiff*, in 34 *Tulsa L. J.* 1999, 1302, 1314 ss.

¹⁷Il punto è sviluppato nella dottrina italiana, ad es., di recente, in M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; A. DONDI, *Paradigmi*, *loc. cit.*; ID., *Problemi di utilizzazione delle conoscenze esperte come expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, *op. loc. cit.* In precedenza, si veda V. DENTI, *Scientificità*, cit., 414 ss., per un esempio della prospettiva nella quale il tema della valenza in termini di giustizia sostanziale delle opinioni esperte in un ordinamento come quello statunitense, v. W.W. SCHWARZER, *Management of Expert Evidence*, in *Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence*, Washington 1994, 13 ss.; H.H. KAUFMAN, *The Expert Witness. Neither Frye nor Daubert Solved the Problem: What Can Be Done*, in 41 *Sci. & Just.* 2001, 7 ss.

¹⁸Nell'ambito di una letteratura al riguardo ormai pressoché sterminata, v., ad es. P.C. GIANNELLI, E.J. IMWINKELRIED, *Scientific Evidence*, 2ª ed., Charlottesville, Va. 1993, 73 ss., 109 ss.; K.R. FOSTER, P.W. HUBER, *Judging Science – Scientific Knowledge and the Federal Courts*, *op. cit.*, 34 ss.

avvenuto nel nostro ordinamento, si è rivelata centrale alla più recente evoluzione di quella cultura del processo¹⁹.

Dalla presa d'atto delle implicazioni connesse alla utilizzazione di conoscenze esperte nel processo civile è ulteriormente derivata una diffusa percezione del coinvolgimento nel procedimento di utilizzazione dell'esperto di soggetti fondamentali per lo svolgimento in generale delle attività processuali, quali i giudici e gli avvocati. È, a questo punto, intuibile che tale percezione si sia registrata in particolare in modelli, come quelli di *common law*, nei quali per intrinseche ragioni strutturali risulta più evidente l'incidenza sul processo dell'esercizio dei poteri difensivi e di gestione, nonché ovviamente decisori, rispettivamente propri di giudici e di avvocati²⁰. Occorre tuttavia dire, superando stereotipi svianti in tema di rapporti fra sistemi giuridici, che questo fenomeno evolutivo non interessa solo l'area del *common law*. Recenti manifestazioni di esso si registrano, in effetti, in un ordinamento come quello tedesco; tanto da giustificare l'ipotesi di singolari analogie 'trasversali' su questo terreno fra ordinamenti appartenenti a diversi sistemi del processo²¹.

3. Loro trasformazione in prospettiva storica nei diversi contesti culturali e processuali

Altrettanto centrale alle questioni che si considerano appare il rapporto fra impostazioni culturali e concezioni giuridiche in ordine alla valutazione della necessità di ricorrere alla conoscenza dell'esperto in una controversia civile. Tradizionalmente, ciò ha comportato la definizione – delimitazione degli ambiti di conoscenza qualificabili a questi effetti come speciali²². E per lungo tempo – come si dirà, tuttora in molti ordinamenti senza effettivo

e *passim*; FEDERAL JUDICIAL CENTER, *References Manual on Scientific Evidence*, 2ª ed., Washington 2000, *passim*.

¹⁹ Si vedano ancora i rilievi in S. JASANOFF, *op. loc. ult. cit.*; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 206 ss.; G. HARTMAN, *Scars of the Spirit: The Struggle Against Inauthenticity*, New Haven 2002, 34 ss.; 121 ss.

²⁰ Sulle specifiche caratteristiche di questo modello sotto il profilo della valorizzazione dei rispettivi ruoli di giudici e, soprattutto, avvocati v., ad es., A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – I, Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*; con specifico riferimento al tema d'indagine v. J.J. MALTESE, *Frye or Daubert: A Study of the Differences and Similarities in the Judge's Role in the Review of Scientific Evidence*, Reno 1998, 28 ss.; E. BEECHER-MONAS, *Blinded by Science: How the Judges Avoid the Science in Scientific Evidence*, cit., 60 ss.

²¹ Si rinvia a quanto *infra* in testo e note; in generale sull'evoluzione del problema in Germania, V. WELLMAN, *Der Sachverständige in der Praxis*, 6ª ed., Düsseldorf 1997, *passim*.

²² Ancora, per una chiara posizione del problema dell'acquisizione al processo di conoscenze 'ulteriori', necessariamente elaborative-esplicative delle circostanze complesse in oggetto, v. V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.* 1962, spec. 15 ss.; per un esempio dell'elaborazione di questi temi in un'area che, come si è detto essere per quella statunitense, ha da tempo visto fiorire al riguardo un diffuso dibattito: v. *Developments in the Law, Confronting the New Challenges of Scientific Evidence*, cit., spec. (per una sintetica ma precisa analisi dell'evoluzione che si colloca alla base di questo dibattito) 1490 ss.; per richiami al complesso dell'evoluzione in corso, cfr. anche COMMENT, *Improving Judicial Gatekeeping: Technical Advisors and Scientific Evidence*, in 110 *Harv. L. Rev.* 1997, 941 ss., si vedano, inoltre, i riferimenti in nota 20.

dibattito – il nucleo di tale distinzione si è ritenuto essere di esclusiva pertinenza del giurista.

In effetti, è alla cultura giuridica, in particolare a quella processualistica, che è per lo più spettato realizzare tale distinzione fra conoscenza 'normale' e conoscenza 'specialistica' ai fini del processo²³. In un ambito di virtuale confluenza fra impostazioni culturali di varia natura e conoscenze giuridiche si è pertanto realizzata una prevalenza quasi esclusiva delle categorie proprie della cultura giuridica, tanto con riguardo all'inquadramento dei problemi relativi alla gestione della conoscenza specialistica nel processo quanto in generale relativamente alla sua valutazione in termini di affidabilità²⁴.

Nella qualificazione del carattere di scientificità o di specialità di una conoscenza, la tendenza di molte culture del processo, e in particolare della nostra, è stata a utilizzare in via pressoché esclusiva categorie di inquadramento per lo più formali o comunque interne alla cultura giuridica. Una rilevante conseguenza di ciò è consistita nella scarsissima attenzione riservata ai problemi di determinazione della qualità effettiva delle conoscenze esperte assunte nel singolo processo²⁵. Si tratta, per converso e come noto, di problemi che – anche nella prospettiva appunto delle relative responsabilità dello scienziato – hanno animato il dibattito contemporaneo nell'ambito delle culture scientifiche o specialistiche²⁶.

²³ Per esempi, fra i molti possibili, della problematicità di tale distinzione, come individuata dalla processualistica italiana nella prima metà del XX secolo, cfr. P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova 1930, 247; ID., *Massime d'esperienza in Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, II, 128-130; G. PAVANINI, *Massime d'esperienza e fatti notori in corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1937, I, 249; P. BIONDI, *La distinzione fra perizia e testimonianza*, in *Foro it.* 1937, IV, 66-67; E. ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1934, II, 7 ss., 9-10.

²⁴ Così, in una prospettiva caratterizzata da ampi collegamenti comparatistici e culturali, v. M.R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, cit., 33 ss.; con specifico riferimento all'evoluzione in atto nell'ordinamento statunitense v., ad esempio, B. BLACK ET AL., *Law in the Wake of Daubert: A New Search For Scientific Knowledge*, in 72 *Tex. L. Rev.* 1994, 755 ss.; E.J. IMWINKELRIED, *Evaluating the Reliability of Non-Scientific Expert Testimony: A Particular Answer to the Questions Left Unresolved by Khumo Tire Co v. Carmichael*, in 52 *Me. L. Rev.* 2000, 19 ss.; S. BREWER, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, in 107 *Yale L. J.* 1998, 1535.

²⁵ Sul punto, per un raro esempio di segnalazione di questi problemi in area italiana, v. M. TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, cit., spec. 558 ss.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., loc. cit.; in una prospettiva di più ampi collegamenti, ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 307 ss., 322; G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 786 ss.; V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, cit., 1323 ss.

²⁶ Cfr. ad es., M. ANGELL, *Science on Trial – The Clash of Medical Evidence and the Law in the Breast Implant Case*, London-New York 1998, 111 ss.; J.P. KASSIRER, J.S. CECIL, *Inconsistency in Evidentiary Standards for Medical Testimony*, in 288 *J.A.M.A.* 2002, 1382; B.P. PHIBBS, *The Malpractice Crisis and the Expert Witness. The Problems and Proposed Solution*, in 35 *J.A.C. Cardiology* 1999, 899 ss.; W.H. FREEMAN, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, New York 1999, *passim*; R.B. PARKER, A.F. VITTORIA, *Debunking Junk Science: Techniques for Effective Use of Biostatistics*, in 66 *Def. Couns., J.* 1999, 33 ss.; P.J. JENKINS, S. KROLL-SMITH, *Witnessing For Sociology: Sociologist in Court*, Westport 1996, 5 ss.

Questo atteggiamento di chiusura e di apparente disinteresse per i dubbi ricorrenti a livello di dibattito scientifico e di studi epistemologici non appare del resto privo di ragioni. Il mantenimento della tendenza a utilizzare acriticamente tali conoscenze nel processo – in quanto, beninteso, corredate da formali garanzie di competenza o di ufficialità accademica in capo al soggetto esperto – sortisce oggettivamente un effetto di generica e diffusa rassicurazione culturale. In effetti, appare anche comprensibile che alla conservazione di categorie di riferimento stabili avvocati e giudici tendano a connettere una drastica semplificazione dei problemi di organizzazione di difese o di giustificazione di decisioni in controversie nelle quali risulti necessaria l'acquisizione di conoscenze esperte²⁷.

A prescindere dai relativi 'vantaggi' sul piano della creazione di una semplicità fittizia, questo approccio segna in ogni caso uno scarto fra la cultura del giurista e i risultati del dibattito da tempo in corso in ambito scientifico circa problemi di validità, verifica o falsificazione del sapere²⁸. Per altro verso, esso suggerisce anche l'ipotesi che il giurista, e in particolare del giudice italiano, possa senza grossi problemi rinunciare nella pratica alla valutazione dei risultati delle forme di conoscenza richieste agli esperti per essere utilizzate nel processo (il tutto nel contesto e di una scarsa propensione a vedere il proprio come un ruolo particolarmente attivo e delle troppo limitate aspettative del pubblico e degli stessi avvocati in termini di qualità sostanziale della giustizia amministrata nei nostri tribunali)²⁹.

4. Standard di qualificazione dell'esperto

A livello meramente impressionistico, appare agevole intendere che il problema dell'individuazione dell'esperto sottenda quello della sua qualificazione, anche nella prospettiva del risultato della sua attività. Altrettanto agevolmente appare ipotizzabile una connes-

²⁷ Cfr. in analoga direzione M. TARUFFO, *Prove scientifiche*, cit., loc. cit.; A. DONDI, *Paradigmi*, cit., loc. cit.; L. SCOTTI, *Contributo tecnico-scientifico nel processo e discorso fra le 'due culture'*, cit., loc. cit.; in prospettiva statunitense, v. F.F. ROSSI, *Expert Witnesses*, Chicago 1991, spec. 53; per un significativo esempio di analisi in prospettiva giudiziale dei problemi di qualificazione dell'esperto si vedano le considerazioni di un giudice di grande capacità come il giudice Weinstein nel famoso caso *Agent Orange*, cfr. *In Re Agent Orange Product Liability Litigation*, in 611 *F. Suppl.* 1223, 1256 (E.D., N.Y. 1985).

²⁸ Così, tradizionalmente ormai, v. T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., Chicago 1970, spec. 2-9, e *passim*; sul versante della cultura giuridica v. soprattutto, e ad es., M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 206; e, per sintetici richiami all'evoluzione della cultura epistemologica e filosofica al riguardo, i rilievi contenuti in R. LANFREDINI, *Filosofia della scienza*, in P. ROSSI (ed.), *La filosofia*, vol. I, *Le filosofie speciali*, Torino 1995, 102, 109 ss. (con riferimento al dibattito concernente le posizioni di Popper e di Kuhn, ricondotte qui alla loro funzione di rappresentanti di modelli 'monoteorico' e di modello 'pluralistico' delle teorie scientifiche). Ulteriori rinvii si impongono oggi a elaborazioni più recenti come quelle di Putnam, cfr. H. PUTNAM, *Words in Life*, Cambridge, Mass.-London 1995, spec. 323 ss.; E.O. WILSON, *Consilience – The Unity of Knowledge*, New York 1998, 266 ss.; e, nel contesto di un'interessante relativizzazione della nozione di modernità, v. anche W.R. EVERDELL, *The First Moderns – Profiles in the Origins of Twentieth-Century Thought*, Chicago-London 1997, 10 ss.

²⁹ In linea generale, circa questo atteggiamento e anche con riferimento alle considerazioni fatte in precedenza nel testo cfr. M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., loc. cit.; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziarie*, Torino 1996, 19 ss.; P. CATELLANI, *Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna 1992, 111 ss.

ne molto stretta fra la scelta dello scienziato o dell'esperto 'buono' e il risultato correlativamente buono o veritiero delle sue verifiche ai fini di una decisione di merito.

Il problema delle modalità per la concreta individuazione dell'esperto, qualificato e affidabile, assume una duplice configurazione in questa prospettiva. In effetti, appare nella pratica difficilmente scindibile l'attività attraverso la quale si perviene alla attribuzione di validità e di affidabilità ai risultati della valutazione dell'esperto da quella corrispondente per così dire alla 'validazione' delle sue caratteristiche di competenza professionale. Di qui il problema del rinvenimento di *standard* o di criteri-guida per tale determinazione³⁰.

Si combinano su questo piano profili di qualificazione della conoscenza dell'esperto, come complesso di competenze capaci di fornire un risultato affidabile per la definizione anche in termini decisori di questioni coinvolgenti tipi di conoscenze ulteriori a quelle comuni, a profili funzionali. Si pensi, ad esempio, a quello della necessità dell'esperto – quando e perché ricorrere a tale strumento di conoscenza nel processo – e a quello della valutazione della sua affidabilità – quale esperto – in termini soggettivi e oggettivi.

Un ulteriore profilo connesso alla sopraindicata attività di determinazione concerne l'attribuzione del potere di scegliere l'esperto. Si può ipotizzare che l'allocatione e le modalità di esercizio di tale potere condizionino l'acquisizione di conoscenze esperte in controversie civili. Che cioè da ciò possano derivare non solo diversi tipi di inquadramento disciplinare, ma anche differenti scelte culturali in ordine alla funzione in senso lato probatoria – informativa o conoscitiva – del ricorso alla conoscenza dell'esperto³¹.

Questa correlazione del soggetto al quale spetti in via principale tale potere a nozioni differenziate di utilizzazione di questi tipi di conoscenza necessita in ogni caso estrema cautela, essendo particolarmente presente a questo proposito il rischio di far luogo ad approssimazioni sostanzialmente svianti. Tale risulterebbe la contrapposizione fra sistemi di *civil* e sistemi di *common law*, se fondata sulla supposta prevalenza a questo riguardo, nel primo caso, del ruolo del giudice e, nel secondo (e specialmente nella sua versione statunitense), del ruolo delle parti, ossia *tout court* dei loro avvocati, immaginati come esclusivi 'gestori' della *expert testimony*³². È infatti noto – essendo anche stato illustrato in questi

³⁰ Per una discussione di questi problemi, D. FARIAS, *Interpretazione e logica*, Milano 1990, spec. 4 ss.; G. SAMUEL, *The Foundations of Legal Reasoning*, Antwerp 1994, 29 ss., 157 ss. (con specifico riferimento a nuove prospettive di inquadramento dei problemi qui affrontati che vengono significativamente definiti come «new epistemology of law»); sulla stessa linea di ricerca, v. anche D.W. RUITER, *Institutional Legal Facts-Legal Proceedings and their Effects*, Dordrecht 1993, *passim*; inoltre, cfr. S. GOLDBERG, *Culture Clash: Law and Science in America*, New York 1994, *passim*; H. REECE, *Law and Science*, Oxford 1998, *passim*; R. SUSSKIND, *Transforming the Law: Essay on Technology, Justice and Legal Marketplace*, New York-Oxford 2001, *passim*; Pennsylvania Bar Institute, *The Science of Land Use: Demystifying Expert Testimony*, Mechanicsburg 2001, 34 ss.

³¹ Come manifestazione di percezioni risalenti di questo aspetto del problema che qui si considera, v., ad es., P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, Riv. dir. proc. civ. 1941, I, 53 ss.; G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano 1960, 88, 90 ss.

³² Sui caratteri-tipo della *expert witness testimony* nel contesto di uno studio che rappresenta una delle prime e più risalenti esposizioni di tale nozione in ambito statunitense, V. H.W. ROGERS, *The Law of Expert Testimony*, 2ª ed., St. Louis, Mo. 1891, spec. 19 ss.; L. HAND, *Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony*, in 15 Harv. L. Rev. 1902, 40 ss.; sempre per riferimenti risalenti che dimostrano la lunga articolazione nel tempo del dibattito su questi temi, v. ancora L.L. ROSENTHAL, *The Development of the Use of Expert Testimony*, in 2 L. Cont. Prof. 1935, 406 ss.; H. SMITH, *Scientific Proof*, in 16 S. Cal. L. Rev. 1943, 148 ss.

ultimi anni dalla nostra dottrina – come le recenti evoluzioni sul piano giurisprudenziale e del dibattito dottrinale abbiano pressoché radicalmente trasformato questo stato di cose, e come sia in effetti ormai stabilmente al giudice che spetti in tale ordinamento buona parte della responsabilità in ordine alla gestione e alla qualificazione della conoscenza dell'esperto³³.

5. (Segue) A fronte delle trasformazioni della cultura scientifica

L'aspetto delle trasformazioni nel modo di considerare la scientificità della conoscenza, il suo carattere di eccezionalità e la sua affidabilità anche da un punto di vista tecnico o disciplinare, appare in effetti tanto cruciale da meritare qualche considerazione conclusiva³⁴.

La trasformazione nel tempo della visione della scienza – da intendere qui nel senso ampio di conoscenza comunque ulteriore a quella per così dire comune – si è già qui prospettata come un fattore essenziale per la considerazione del problema della utilizzazione di conoscenze esperte nel processo civile. Oggi in particolare, in ciò si può fare consistere probabilmente la principale ragione di interesse di tale problema. Ciò, specialmente sotto il profilo dello scarto fra l'evoluzione delle conoscenze scientifiche – nell'accezione ampia sopra suggerita – e l'evoluzione della cultura giuridica; in particolare della cultura del giurista calato nella pratica del processo. Un elemento che si collega alle considerazioni già svolte sui problemi concernenti la valutazione da parte del giudice degli *standard* di affidabilità delle conoscenze degli esperti³⁵.

Quanto diffusa sia la percezione di questo scarto costituisce una questione di fondo a questo riguardo. Pure non trascurabile appare stabilire quanto diffusamente la cultura del giurista – qui da intendere come prevalentemente espressione riferita ad avvocatura e giudiziario – abbia assorbito un portato ormai da tempo acquisito della elaborazione post-popperiana, come quello delle inevitabili incertezze e approssimazioni riguardo al sapere scientifico, e alle sue applicazioni conoscitive³⁶.

³³ Si rinvia, ad es., a quanto in A. DONDI, *Problemi di utilizzazione*, cit., 1140-1144; inoltre, fra i molti, cfr. G. SAMUEL, *The Foundations*, cit., 157 ss.; S. JASANOFF, *Science at the Bar*, cit., 60 ss.

³⁴ Si rinvia in proposito ai prodromi di quello che sarà il principale dibattito in materia, originato dalla famosa decisione del caso *Daubert* (per una traduzione e un commento del relativo *dictum* della Corte Suprema v. A. DONDI, *op. loc. ult. cit.*), così, ad es., cfr. B. BLACK, *Amplified Theory of Scientific Evidence*, in 56 *Fordham L. Rev.* 1988, spec. 613-618; R.L. CARLSON, *Policing the Bases of Modern Expert Testimony*, in 39 *Vand. L. Rev.* 1986, spec. 583; per uno studio riconducendo questo dibattito entro i suoi 'confini' giuridici e precipuamente processuali, v. inoltre J. SANDERS, *From Science to Evidence: the Testimony on Causation in the Benedectin Cases*, in 46 *Stan. L. Rev.* 1993, 46 ss.; D.H. KAYE, *The Dynamics of Daubert: Methodology Conclusion and Fit in Statistical and Econometric Studies*, in 87 *Val. L. Rev.* 2001, 1933 ss.

³⁵ Sul ruolo complesso del giudice nel corso degli ultimi decenni, anche in una prospettiva specificamente indirizzata al rapporto fra il giudice e la prova nel processo civile, v. ad es. le considerazioni in V. DENTI, *Sistemi e riforme – Studi sulla giustizia civile*, Bologna 1999, 197.

³⁶ Si rinvia alle considerazioni in H. PUTNAM, *op. loc. cit.*; e ID., *Renewing Philosophy*, Cambridge, Mass.-London 1992, 108 ss.; si veda anche quanto alla n. 25, ante; G. HARTMAN, *Scars of the Spirit: The Struggle Against Inauthenticity*, New Haven 2002, *passim*; I. PRIGOGINE, *The End of Certainty – Time, Chaos and the New Laws of Nature*, New Haven 1997, 5 ss.

Che non risulti agevole coordinare questa circostanza e in ogni caso la nuova 'cultura dell'incertezza' con le esigenze di certezza invece proprie del funzionamento del processo appare per molti versi scontato. Anche più arduo si configura il problema di configurare modelli normativi capaci di produrre come effetto principale quello di una utilizzazione consapevole di tali mutevolezze, relatività e incertezze; ormai da ritenersi, come si è più volte detto, predicati inevitabilmente acquisiti come propri delle conoscenze scientifiche o complesse. Allo stato, sembra solo possibile constatare che questa circostanza – del non ancora diffuso riconoscimento presso la nostra cultura giuridica della inevitabile relatività delle certezze delle acquisizioni scientifiche – sia tuttora comunque collegata al permanere di un costante scarto diacronico fra evoluzione della cultura giuridica ed evoluzione delle culture circostanti³⁷.

Sembra invero possibile affermare che il dato in particolare caratteristico di questa complessiva arretratezza della cultura giuridica – non solo italiana – rispetto all'evoluzione relativa al modo di pensare alle culture specialistiche che si viene elaborando in ambito scientifico nell'ultimo cinquantennio corrisponda al permanere della tendenza all'inquadramento in rigide categorie delle nozioni di scienza, o di cultura scientifica, e delle altre culture specialistiche. Un atteggiamento che in effetti risulta diffusamente presente fino alla prima metà del ventesimo secolo, e tipico di una cultura che si tende oggi a definire 'moderna in senso storico'³⁸. Nell'uso della cultura giuridica, questo atteggiamento è corrisposto a una quasi compiaciuta pratica di distinzioni e suddivisioni per lo più apodittiche in ordine al significato preciso di ciò che appunto poteva catalogarsi come scienza o non; o comunque altro, come ad esempio conoscenza e cultura tecnica.

È pur vero che, in altri ordinamenti – e, si ribadisce, soprattutto in quello statunitense – questo diffuso *cliché* sembra oggi seriamente in discussione in sede giurisprudenziale³⁹. Si tratta tuttavia di un fenomeno tanto agevolmente percepibile quanto non ancora

³⁷ Al riguardo, per interessanti rilievi, si rinvia ancora a S. GOLDBERG, *Culture Clash*, cit., loc. cit.; M. ANGELL, *Science on Trial*, cit., 114 ss.; si veda inoltre, per una più recente analisi di questi problemi, G. EDMOND, *Judicial Representation of Scientific Evidence*, in 63 *Mod. L. Rev.* 2000, 218 ss., 221 ss., si veda, inoltre, quanto *infra* in nota 20.

³⁸ Si rinvia, per una analisi di questi problemi in una prospettiva allargata alla evoluzione che tra ottocento e novecento ha condotto alla creazione della nozione di modernità, a quanto in W.R. EVERDELL, *op. loc. cit.* Il riferimento ad una storicizzazione della nozione di modernità costituisce ormai un dato acquisito della cultura occidentale, ormai da quasi un ventennio; al riguardo v., ad es., J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano 1985, 10 ss., 98 ss.; in prospettiva sotto molti profili diversa, cfr. G. VATTIMO, *La fine della modernità*, Milano 1985, 20 ss.; G. HARTMAN, *Transparency Reconsidered: On Postmodernism, Fundamentalism and Other Dark Matters*, in 24 *Cardozo L. Rev.* 2003, IV, 1569; in ambito statunitense e con riferimento agli sviluppi nella cultura giuridica, v. spec. G. MINDA, *Postmodern Legal Movements – Law and Jurisprudence at Century's End*, New York-London 1995, 7 ss., 62 ss.; H.M. STACY, *Postmodernism and Law – Jurisprudence in a Pragmating World*, Ashgate-Dartmouth 2001, 23 ss.

³⁹ Sul piano propriamente teorico, per riscontri di quanto nel testo all'interno di un dibattito che supera ormai da qualche anno i confini della cultura giuridica, cfr., ad es., D. LUBAN, *What's Practic about Legal Pragmatism?*, in M. DICKSTEIN (ed.), *The Revival of Pragmatism. New Essays on Social Thought, Law, and Culture*, Durhan 1998, 275. Il riferimento nel testo ai riscontri giurisprudenziali di questo approccio non catalogatorio concernono l'applicazione e la parziale reinterpretazione dei canoni di ammissibilità e di valutazione di conoscenze configurabili come *expert witness testimony*, canoni ora riformulati nel 1993 dal *leading case* corrispondente alla decisione della Corte Suprema

compiutamente definibile. Si può riproporre l'ipotesi già avanzata in questa sede che all'interno soprattutto di culture fondate su solide tradizioni empiriche, come appunto quelle anglosassoni, sia relativamente più favorito il dibattito circa la nozione di scienza, la definizione dei suoi ambiti di pertinenza e di possibile estensione; e ciò in particolare nella prospettiva della sua fruizione in altri ambiti del sapere o della vita di relazione, come in particolare quello del diritto e del processo⁴⁰. Si può anche ritenere probabile che la ragione di fondo per questa prevalenza sia da ravvisarsi nella tendenza, propria del mondo anglosassone, a non vedere come necessariamente separate le varie forme di ricerca ed elaborazione culturale. La minore propensione a stabilire gerarchie fra modelli di organizzazione delle conoscenze – tecniche, scientifiche, filosofiche, giuridiche ecc. – simili a quelle ancora presenti in ambito europeo-continentale, può rappresentare una parziale giustificazione di tale circostanza⁴¹.

Un ulteriore elemento differenziante potrebbe individuarsi in un dato antropologico-culturale, ossia nella percezione diffusa nei confronti della cultura istituzionale o universitaria. La tendenza ad attribuire all'*establishment* accademico una sorta di affidabilità condizionata, nel senso di apprezzarne selettivamente la qualità (ad esempio stabilendo livelli notevolmente diversificati di eccellenza fra istituzioni culturali e singoli studiosi, anche in ragione della loro appartenenza a un'università piuttosto che a un'altra) costitu-

nel caso *Daubert* (per una traduzione e un commento al riguardo si rinvia a A. DONDI, *Paradigmi*, cit., loc. cit.), anche al di fuori di ipotesi di utilizzazione di *scientific experts*. A tale riguardo, si rinvia al *dictum* della Corte Suprema nel caso *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (cfr. U.S. 119 S. Ct. 1167 (1999)); nell'ormai abbondante letteratura a questo riguardo, v., ad es., C.H. Cwick, *Guarding the Gate: Expert Evidence Admissibility*, in 25 *Litigation* 1999, 4, 6-11; W.A. STEVENSON, *Admissibility of Expert Testimony after Kumho Tire-Kumho Tire Co. v. Carmichael*, in 28 *Colorado Law Rev.* 1999, 73, 4; M.M. KAPSA, C.B. MEYER, *Scientific Experts: Making Their Testimony More Reliable – Kumho Tire Co. v. Carmichael*, in 35 *Cal. W. L. Rev.* 1999, 313 ss.; più di recente, specie per la costruzione delle interrelazioni fra le sentenze dei *leading cases* segnalati, da *Frye a Kumho* e oltre, A.W. SCHEER, *Daubert & Danger: The 'Fit' of Expert Predictions in Civil Commitments*, in 55 *Hastings L. J.* 2003, 5-17; in fine, per un'analisi di questa evoluzione nella letteratura giuridica italiana, cfr. A. DONDI, *Problemi di utilizzazione*, cit., 1145 ss.

⁴⁰ Oltre alle indicazioni presenti al riguardo nelle nn. precedenti, ad es., cfr., ancora, G. EDMOND, *Judicial Representations of Scientific Evidence*, in 63 *Mod. L. Rev.* 2000, spec. 220 ss.; M. REDMAYNE, *Expert Evidence and Scientific Disagreement*, in 30 *U. C. Davis L. Rev.* 1997, 1027 ss.; S.M. SOLOMON, E.J. HACKETT, *Setting on Boundaries between Science and Law: Lessons from Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, in 21 *Science, tech & Human Val.* 1996, 131 ss.

⁴¹ Per riscontri di questo diverso approccio, si veda, ad es., K.R. FOSTER, P.W. HUBER, *Judging Science-Scientific Knowledge and the Federal Courts*, Cambridge, Mass. 1997, spec. 32 ss.; più in generale, con riguardo a una visione predefinita della realtà da parte del giurista, v. M. DAVIES, *Delimiting the Law. 'Postmodernism' and the Politics of Law*, London-Chicago 1996, 31 ss, 124-132. Per richiami alla composizione del modello degli strumenti di conoscenza all'interno del processo in chiave di nuove prospettive aperte nella riforma della *evidentiary law* si vedano le considerazioni contenute ad esempio in R.D. FRIEDMAN, *Economic Analysis of Evidentiary Law: an Underused Tool, an Underplowed Field*, in 19 *Cardozo L. Rev.* 1998, 5, 1531 ss. (si rinvia per interessanti richiami bibliografici a quanto nella relativa nota 1), o, 1533 ss.; ulteriori indicazioni sono rinvenibili negli altri interventi collocati nel contesto del *Symposium – The Economics of Evidentiary Law*, ivi.

isce, in effetti, un carattere ormai molto radicato e risalente della cultura anglosassone, e statunitense in particolare⁴².

Questo aspetto si è evoluto nel tempo assumendo connotazioni diverse da quella di un mero elemento caratterizzante tale cultura con connotati quasi folcloristici, per giungere a collegarsi a una certa idea essenziale di democrazia come condizione di diffusa controllabilità, anche delle fonti e delle modalità delle conoscenze, per quanto complesse. Un elemento che appare, a tutti gli effetti, di notevole rilievo e incidenza sulla recente evoluzione subita dalla cultura statunitense. In quest'ambito in effetti si può dire che esso è venuto a rappresentare, oltre che un diffuso '*abitus*', una sorta di condizione di fondatezza delle nuove acquisizioni scientifiche o istanze culturali, all'interno dei diversi ambiti disciplinari⁴³.

⁴² Si veda, ad es., M.J. HORWITZ, *The Transformation of American law – 1870-1960 – The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York-London 1992, 222 ss.; ma si veda anche quanto in D. LUBAN, *What's Practic about Legal Pragmatism?*, cit., loc. cit.

⁴³ Oltre alle indicazioni bibliografiche fornite in proposito nelle nn. precedenti, si rinvia in generale su questo punto a quanto di recente in T. GIERYN, *Cultural Boundaries of Science: Credibility on the Line*, Chicago 1999, *passim*.

38. COMPARAZIONE E DIRITTO DELLE PROVE IN ALESSANDRO GIULIANI. LO SGUARDO ORIGINALE DI UN GRANDE TEORICO DEL DIRITTO*

SOMMARIO: 1. Contesto culturale di collocazione e specialità della figura intellettuale di Alessandro Giuliani. – 2. *Common law, adversary system of litigation* e ‘modello isonomico’. Analogie pervicacemente perseguite. – 3. (*Segue*) *Law of evidence* come epitome di una modellistica processuale. – 4. Attualità di un’opera scientifica di rilievo.

1. Contesto culturale di collocazione e specialità della figura intellettuale di Alessandro Giuliani

Costituisce un dato acquisito che lo specifico di un breve intervento – come il presente – possa per così dire al contempo garantire ma, a differenti livelli e sotto vari profili, anche notevolmente impegnare. E ciò, in particolare, ove l’oggetto sia rappresentato – come è in effetti il caso in questa circostanza – da ambiti di ricerca di non stretta appartenenza per chi scrive.

Ammesso (ma, anzi, subito posto in evidente dubbio) che siano oggi possibili o anche solo auspicabili nette delimitazioni al riguardo, occorre dire che si tratta in ogni caso di ambiti piuttosto speciali, pressoché corrispondenti a quello che si potrebbe definire, se non propriamente un *jardin clos*, quantomeno un *lieu particulier*. Così – nel contesto di una produzione come minimo vasta nonché di un’attività di ricerca per certo molto fortemente ‘personalizzata’ – sembra di poter dire riguardo all’ambito delle prove o, meglio, alla prospettiva storico-filosofica a esso applicata con singolari capacità, acume e risultati ricostruttivo-interpretativi da parte di uno studioso come Alessandro Giuliani¹.

Occorre dire che questa è, invero, anche l’occasione di ricordi concernenti personali e del tutto iniziali esperienze di ricerca scientifica. Ricordi – ahimè – risalenti agli ultimi anni ’70 del secolo scorso e all’incrocio con gli essenziali studi di Giuliani in tema, appunto, di *Evidence*, e di *hearsay rule* in particolare². Autobiografismi inevitabilmente di risulta a parte, il riferimento appare quanto mai *pour cause*, dal momento che proprio a questo specifico riguardo del Giuliani comparatista delle prove intenderei rivolgere qualche attenzione.

* Questo scritto è stato pubblicato in AA.Vv., *Alessandro Giuliani: l’esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano 2010, 441-453.

¹ Così, nel senso quantomeno della singolare – oltre che intellettualmente notevole – particolarità dell’approccio di Giuliani, di recente B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 4 e *passim*.

² A. DONDI, *L’evoluzione della Hearsay Rule nel processo civile angloamericano-I*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 99, n. 7; ove il mio richiamo alle tesi elaborate da Alessandro Giuliani in *The Influence of the Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading* (*The juridical review* 1962, 220 ss.) registra accenti critici la cui nettezza appare oggi tanto sbrigativamente giovanile da meritare in ogni caso qualche rivisitazione, se non come in parte qui di seguito, in testo e note – una complessiva respipendenza sul piano culturale.

A questo riguardo si impone, anzitutto, un pur minimo accenno alla collocazione di Alessandro Giuliani nel *background* storico-culturale della sua epoca. Ciò che, direi, appare opportuno soprattutto a questo specifico riguardo e quantomeno in ragione dell'assoluta originalità degli interessi culturali e delle prospettive di ricerca da essi derivate. Si può dire, infatti, che di per sé la combinatoria di questi interessi e prospettive rappresenti un *unicum* nel panorama della cultura giuridica italiana; questo con riguardo all'intera produzione di Giuliani nell'arco di tutto un quarantennio fra gli anni '50 e '90 del Novecento, ma anche più particolarmente con riferimento ai decenni '60 e '70.

È in questo periodo che si collocano opere specialmente interessanti per la prospettiva di queste considerazioni, e tali da segnalare quella singolarità di gusti e scelte di cui più sopra già si è detto. Anche ragioni ulteriori alla 'normale' attività di ricerca scientifica e vicende personali concorrono a configurare in maniera tanto particolare gli interessi e la più risalente produzione di Giuliani. Di tale particolarità un segno profondo, per molti versi indelebilmente caratterizzante la sua visione della – o delle modalità di – conoscenza nel contesto processuale nonché le relative opzioni culturali, è in quegli anni per certo rappresentato dalla frequentazione della cultura giuridica anglosassone, specie nel suo *côté* inglese³. Ma, ancor di più – e ulteriore fondamento della singolarità di questa figura di studioso –, tale frequentazione appare collocata all'interno di un del tutto particolare riconoscimento di rilievo alla materia processualistica e al suo studio in prospettiva comparata; particolare in quanto si tenga conto per un verso della non appartenenza di Giuliani alla congregazione dei processualisti e, per altro verso al periodo – all'incirca la metà del secolo scorso – nel quale Giuliani manifesta e persegue i suoi intenti di ricerca scientifica trasversale anche sotto il profilo dei raffronti fra sistemi giuridici e relative culture⁴.

Così, nella visione di Giuliani, si potrebbe dire che *common law* e *law of evidence* costituiscono l'occasione per l'analisi dei percorsi formativi degli elementi caratterizzanti quelli che ancora continuiamo a definire come sistemi giuridici, ormai quasi all'unico fine di mantenerli incastonati all'interno delle nozioni virtualmente opposte – e, in quanto tali, sempre più astrattamente fittizie – di *civil law* e, appunto, *common law*⁵. Un'occasione ampiamente quanto variamente modulata; segnata oltretutto da alcuni aspetti ricorrenti e per certo del tutto particolarmente tipizzanti il percorso culturale di quest'autore. Al riguardo, non è certo originale la constatazione che i principali di tali aspetti o nuclei di interesse siano rappresentati sia dal collegamento con il dato processuale sia dal particolare rilievo attribuito in questo contesto al diritto delle prove – inteso come epitome di più ampie configurazioni del diritto *tout court* – sia, anche e soprattutto, delle implicazioni di ciò nelle relative culture di riferimento. Del resto, altrettanto ovvia è la constatazione della

³ N. PICARDI, *Alessandro Giuliani*: in memoriam. *L'uomo, il cittadino, il Maestro*, reperibile sul sito internet www.judicium.it.

⁴ Riguardo al primo dei riferimenti nel testo cfr. A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 521, n. 7 (ove, espressamente: «La scienza processuale pare la più filosofica tra le discipline giuridiche, e pertanto il compito del comparatista risulta più difficile...»).

⁵ M. TARUFFO, *Il processo civile di 'civil law' e di 'common law': aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, 345; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in *39 Cornell Int'l L. J.* 2006, 59 e ss.

centralità del dato comparatistico, che in questa prospettiva diventa invero lo strumento essenziale del raffronto che viene svolto fra aspetti essenziali di tali culture⁶.

2. *Common law, adversary system of litigation* e 'modello isonomico'. Analogie pervicacemente perseguite

La trasversalità, dunque, come uno specifico ma – al contempo – anche come una metodologia di indagine. È questo genere di trasversalità che, in effetti, conduce Giuliani ad alcune delle sue elaborazioni più interessanti; e ciò ben al di là della loro assoluta condivisibilità o 'tenuta'. Così appunto e in particolare per le indagini intorno alla formazione dei sistemi processuali e probatori e, a questo riguardo in particolare, al significato della contrapposizione – nell'accezione diventata ormai famosa proprio per via della sua elaborazione da parte di questo autore – fra le nozioni di «ordine isonomico» e «ordine asimmetrico», ovviamente in relazione all'ordine giuridico medievale⁷.

Per vero, l'approccio iniziale a questo argomento ha una maggiore ampiezza di riferimenti in Giuliani, oltre che risultare per così dire diversamente contestualizzato. In effetti, si può dire che l'occasione originaria sia del tutto comparatistica, nel senso proprio della prevalenza per così dire del dato metodologico a questo riguardo, come cioè modalità di articolato raffronto fra culture giuridiche nel momento della formazione di loro aspetti essenziali. E a dimostrarlo, se ce ne fosse bisogno, è la domanda icasticamente posta – «*Is the law of evidence part of logic?*» – come *incipit* del suo primo saggio inglese; nonché, e soprattutto, l'immediato svolgimento ed elaborazione di questa domanda all'interno di tale saggio⁸.

In effetti, operando dichiaratamente «*from the theoretical point of view*», la prospettiva è subito riferita alla *law of evidence*, tanto come sistema di proibizioni quanto come tecnica valutativa. Un binomio che viene da Giuliani 'ordinato' collocandolo all'interno di una giustapposizione come quella già citata; con un intento – appunto, ordinatore o razionalizzatore – che davvero rappresenta la cifra più propriamente caratterizzante la lezione di Giuliani a questo specifico riguardo. Ciò al limite della sua per così dire eccessiva caratterizzazione; che ne ha probabilmente comportato – accanto all'indubbio successo – una qualche sovraesposizione e, forse, anche qualche parziale *misinterpretation*, come ora si tenterà di dire.

3. (Segue) *Law of evidence* come epitome di una modellistica processuale

La razionalizzazione-ordinazione alla quale è ispirata l'opera di sistemazione che qui Giuliani compie, invero per molti versi implica anche astrazioni che – pur non comportan-

⁶ Dell'apprezzamento di tale prospettiva di indagine – con specifico riguardo alle particolarità della comparazione in ambito processuale – in Giuliani fa fede, resto, *Id.*, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 652 ss.

⁷ Cfr. A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., 521-522; *Id.*, *L'ordo judicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 602 ss.; quanto all'espressione in inclinato nel testo, il rinvio – del resto ovvio – è a P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*³, Roma-Bari 2006, 9 ss.

⁸ A. GIULIANI, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, cit., 216.

do inevitabilmente ciò – si risolvono talvolta in corrispettive forzature. Come accade, dal momento che modelli autogiustificanti – appunto, *ordines* – vengono giustapposti nell'intento principale di coglierne l'essenza del nucleo reciprocamente differenziante⁹. Ossia, come – in altri termini – può accadere in presenza di un'impostazione molto chiaramente catalogabile come 'moderna in senso storico'; ancorché, come già detto, del tutto originale e svolgentesi nel contesto di una del resto serissima attività di ricerca scientifica¹⁰.

In prospettiva allargata, il diritto probatorio viene «...considerato come un capitolo della storia politico-istituzionale di una certa epoca...», secondo una visione senz'altro condivisibile della sua importanza epistemologico-culturale e del tutto coerentemente con la valorizzazione del diritto processuale cui si è fatto cenno¹¹. Ma ciò che appare prevalere e risulta davvero centrale nella lezione di Giuliani è la manifesta opzione in favore di uno dei due *ordines* corrispondenti ai modelli processuali (e probatori). Ed è in particolare nella prospettiva del diritto delle prove che il modello preferibile appare notoriamente rappresentato dal cosiddetto ordine isonomico; nel contesto del quale le relative tecniche probatorie risulterebbero configurate in maniera tale da favorire una più «corretta utilizzazione delle operazioni sociali della ragione umana in una situazione di controversia»¹².

E invero, secondo Giuliani, è con riguardo all'ambito del diritto delle prove (o, più propriamente, dei diritti delle prove) che, nell'«antinomia tra 'ordine isonomico' ed 'ordine asimmetrico' [nonché le sue] implicazioni metalogiche», si manifesta con nettezza la diversa posizione «del giudice di fronte al fatto»¹³. Su questo versante si rivela – lo si è già accennato, come inevitabile e quasi impellente – l'opzione di fondo di quest'autore. Un'opzione rispetto alla quale risulta del tutto funzionale l'individuazione nella 'logica dialogica del dialogo' tipica dell'*ordo* isonomico (ossia, nel suo carattere intimamente retorico-dialettico, oltre che nel suo funzionare per argomentazioni e sofismi) appunto di un essenziale presupposto e giustificazione per tale opzione di fondo¹⁴.

Un'opzione, inoltre e soprattutto, che ha il suo nucleo centrale nella gestione dei fatti nel processo; del come e da parte di chi a questo specifico (ma, a tutti gli effetti, rilevantissimo) riguardo. E a questo riguardo appunto, la presa di posizione 'ordinatrice' di Giuliani appare segnata da un rifiuto di fondo nei confronti della attribuzione al giudice di una funzione diversa da quella di soggetto neutrale al quale il contraddittorio fra le parti «...offre [...] un sapere che nessuna mente individuale potrebbe pretendere di ricercare autonomamente»¹⁵. Ciò, in pratica, comporta il rigetto della prospettiva – derivata

⁹ A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., 521-522; ID., *Il concetto classico di prova: la prova come 'argumentum'* in *Jus* 1960, 425 e ss. (spec. 436 ss).

¹⁰ Per il riconoscimento all'opera di Giuliani di queste qualità, ad es., B. CAVALLONE, *op. loc. cit.*

¹¹ A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., 522; ma anche, nella prospettazione della procedura come «... un osservatorio privilegiato per verificare (...) le interferenze tra livello di razionalità e livello di moralità...» (con i relativi riferimenti all'«...inusitato interesse [della cultura del momento, gli anni fra il '60 e l'80 del secolo scorso] per le tecniche della procedura giudiziale», ID., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto* 1986, n. 2-3, 81 ss.

¹² A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., 523; per un riscontro molto più risalente di tale impostazione, ID., *Il concetto classico di prova*, cit., 1960, 441-443.

¹³ A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, cit., 84-85.

¹⁴ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 86.

da un'«evoluzione e involuzione del processo comune europeo» – corrispondente all'*ordo* asimmetrico; un canone nel quale, alla 'posizione privilegiata' del giudice (e quindi alla rottura dell'asimmetria dei soggetti del processo), corrisponde – accanto alla svalutazione del contraddittorio, inteso essenzialmente come un «ingombrante ostacolo alla ricerca della verità» – anche «una costitutiva vocazione per l'autorità, la gerarchia, la rapidità della decisione (...)» pertanto (...) compatibile con un processo guidato e diretto da un giudice funzionario¹⁶.

È chiaro che la micro-sillogica che precede non pretende affatto di 'spiegare' il Giuliani raffinato studioso delle prove e profondo indagatore delle culture filosofiche del suo tempo, anche in connessione alla centralità della teoria della controversia (o alle sue varie possibili configurazioni)¹⁷. L'intento – decisamente più modesto – è piuttosto di segnalare che, a tutti gli effetti, quella di Giuliani a questo riguardo è, al fondo soprattutto, una presa di posizione; con tutto ciò che di preventivo, fideistico e perché no ideologico ciò può in ogni caso comportare. Ed è verosimilmente in questa prospettiva che – in una sorta di 'combinato disposto' del tutto coerente con tale presa di posizione – vengono caratterizzati i referenti della scelta che si intende effettuare; e ciò tanto, per un verso, con riguardo al modello che si rifiuta quanto, per altro verso, con riguardo al modello 'esemplificatore' dell'*ordo* che viene ritenuto complessivamente preferibile.

Ratione materiae (qui a intendere, invero, a causa della patente incompetenza specifica di chi scrive) meno che un cenno – e, anzi, niente più di un mero rinvio – al primo versante di tale combinato, ovvero all'ordine asimmetrico e alla sua diretta derivazione dal diritto comune. Qui Giuliani sembra tendere a modelli puri, con qualche rischio di astrazione rispetto al più accidentato percorso effettivo della storia¹⁸. Basti segnalare che il modello dell'*ordo iudiciarius*, con la sua virtuale razionalizzazione di rigide asimmetrie ed esigenze di burocratizzazione e della macchina del processo e – al suo interno – del *côté* epistemologico-probatorio, viene qui recepito *per saltum* rispetto ai modelli – pure da tempo riconosciuti come molto rilevanti, oltre che a tutti gli effetti formativi – del processo barbarico¹⁹.

4. Attualità di un'opera scientifica di rilievo

È nota, anche in quanto del tutto emblematica dell'approccio di Giuliani a questo genere di questioni, la per così dire *pars construens* delle suddette opzioni; ossia quella riferita agli ordinamenti di *common law* intesi nell'accezione di *adversary system of litigation*,

¹⁶ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 87.

¹⁷ A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, in *Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle Scienze giuridiche e sociali*, XXXIX, Pavia 1966, 71.

¹⁸ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 13, 53, 75; ID., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, 12-19, 60, 83.

¹⁹ F. SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo: legislazione e prassi da Rotari ad Astolfo*, Milano 1968, *passim*; in generale, G. MENGOLZI, *La città italiana nell'alto medioevo: il periodo langobardo-franco*, 2ª ed., Firenze 1931, 86 e ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995, 166 ss.

come adeguate esemplificazioni del ‘modello isonomico’²⁰. Ed è altrettanto noto come uno dei suoi elementi essenziali sia rappresentato dalla mancata adesione di Giuliani alla idea – peraltro pressoché unanimemente accolta nella dottrina inglese e statunitense – secondo la quale la strutturazione della *law of evidence* attraverso *rules of exclusion* abbia essenzialmente risposto a una esigenza di pratica ‘protezione’ del *trier of fact*, ovvero della giuria²¹. Una presa di posizione che influenza – a sua volta risultandone influenzata, in una singolare circolarità – la visione che questo studioso elabora del modello probatorio e processuale *at large* anglosassone.

Si tratta, invero, di una visione che sembra caratterizzarsi per corrispettive attenzioni e (volute) disattenzioni. Attenzioni e disattenzioni che concernono in Giuliani, rispettivamente, l’evoluzione storica del *common law* nell’Inghilterra basso e tardo-medievale e la realtà di ciò che tale diritto diventa – anche grazie all’opera di elaborazione da parte di una cultura giuridica molto raffinata e in attiva interazione con una realtà circostante in costante e variegata evoluzione – alla sfida della modernità ‘storica’, fra la fine dell’800 e il corso di quasi tutto il ’900²². È questa una duplice attitudine che pare segnare indelebilmente l’opera di Giuliani a questo riguardo; circostanza che, anche solo per questo, sembra meritare qualche ulteriore considerazione.

In definitiva, appare quasi sorprendente, e – nel contesto cioè di questa specifica prospettiva – per certo in sé del tutto apprezzabile, la notevolissima originalità della ricostruzione storica concernente il periodo che Giuliani preferibilmente analizza. Con l’effetto che la visione che ne deriva risulta essere tanto tipizzata, come da una sorta di a tutti gli effetti avvincente *Giuliani’s touch*, da pervenire a una complessiva autogiustificazione interna. Ed è in questa chiave, soprattutto, che sembra ancor oggi più che doverosa l’attenzione al lavoro di questo autore; a evitare rischi di obsolescenze per molti versi ingiuste, se non addirittura di sottovalutazioni del tutto ingiustificabili.

In altri termini, Giuliani *vuole* andare oltre la ricostruzione tradizionale e lo fa seguendo un sottotraccia che lo porta a osare incroci e derivare giustificazioni anomale. Altra cosa che, per così dire, cioè ‘regga’ a fronte della realtà e – anche di più – delle evoluzioni che hanno interessato gli ordinamenti del processo civile, specie dalla metà del secolo scorso a oggi. Si tratta di trasformazioni il cui segno essenziale, sul piano squisitamente comparatistico, si tende a catalogare da tempo come un progressivo e costante avvicina-

²⁰ Fra i molti, ma in particolare anche con riguardo a quanto *infra* nel testo, M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 420-432.

²¹ A. GIULIANI, voce *Prova*, cit. 547 e ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 335, 349. La dottrina anglosassone sul versante essendo – intuibilmente – ampissima, ci si limita qui a qualche richiamo minimo e in funzione essenzialmente esemplificativa; così, ad es., T. ANDERSON, D. SCHUM, W. TWINING, *Analysis of Evidence*, Cambridge 2005, 87; W. TWINING, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge 2006, *passim*; ID., *General Jurisprudence: Understanding Law From a Global Perspective*, Cambridge 2009, 123 ss.; I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, London 2002, 394 ss. Per riscontri anche sul versante del contesto processualpenalistico S. UGLOW, *Criminal Justice*, London 2002, 297 ss.; con ampie aperture e in una prospettiva di profondo collegamento fra *evidence* e modello *adversary*, J.H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford 2002, 210 ss., 247 ss., 306 ss.

²² M.R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven 1997, 94 ss. (nell’edizione italiana, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003, 137 ss.); per il progressivo adeguamento di cui nel testo L. M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven 2002, 268 ss.

mento dei modelli²³. Una omologazione che oggi è piuttosto comune considerare in larga misura inevitabile, in quanto forzata dalla sempre più impellente necessità di affrontare – ormai praticamente ovunque – analoghi problemi di complicazione-complessità delle controversie civili²⁴. E appare soprattutto notevole che nel contesto di tale omologazione (o avvicinamento che dir si voglia) si siano pressoché ovunque da tempo manifestate spinte all'attribuzione al giudice di forti poteri di gestione-*management* della controversia, specie nella sua fase di trattazione, come dimostra – a trasformare nettamente il ruolo e la stessa immagine del giudice – la lunga e articolata vicenda del *discovery* nell'esperienza statunitense²⁵.

Ma, oltretutto nella prospettiva di una manifesta pre-scelta di campo sul versante della limitazione dei poteri del giudice rispetto alla gestione delle conoscenze concernenti le circostanze di fatto nel processo, il Giuliani dei lavori storico-teorici in tema di *law of evidence* può dunque ben interpretare a suo agio. E, nel suo *modus* affascinante, in questa chiave configurare come risolvibile in termini di retorica anche la presenza, nel farsi di una *law of evidence* di un *common law* a sua volta 'in formazione', di limitazioni probatorie in funzione *exclusionary* come la *hearsay rule* (oggi peraltro molto relative, come dimostra la disciplina statunitense della *Federal Rule of Evidence* 801 e seguenti)²⁶. Come dire... *tout se tient*, in quanto appunto trattasi di questione in qualche misura 'funzionale', a quel tipo di discorso e collegabile pertanto a quei tipi di collegamenti, relative differenziazioni e scelte di campo.

Che, peraltro, all'autore che consideriamo non sia mancata anche l'altra prospettiva, e l'evolversi e/o il complicarsi nel tempo della realtà del processo – nonché, di conseguenza, anche della relativa 'epistemologia probatoria' – sia stato da lui molto seriamente frequentato, è come minimo ampiamente dimostrato *in actis*. Il riferimento d'obbligo è ai lavori con Nicola Picardi, sotto vari profili preziosi esempi di come la cultura giuridica alta possa diventare cultura della storia del processo, senza perdere nulla della propria presa sulla

²³ Per la considerazione di alcuni dei problemi concernenti l'efficacia comparata dei sistemi probatori sotto il profilo della ricerca della verità e la loro relativa comune inadeguatezza al riguardo, nella letteratura italiana, M. TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in 51 *Am. J. Comp. Law* 2003, 675-677; ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 475-482.

²⁴ G.C. HAZARD, A. DONDI, *op. loc. cit.*

²⁵ Da ultimo, molto ampiamente, S.I. STRONG, *Jurisdictional Discovery in United States Federal Courts*, in 67 *Wash. & Lee L. Rev.* 2010, 497 ss., 512 ss. (per riferimenti molto puntuali all'ordinamento inglese); ed inoltre, B. TRACHTENBERG, *Coconspiracy, 'Conventurers', and the Exception Swallowing the Hearsay Rule*, in 61 *Hastings L. J.* 2010, spec. 587-592 e 599-607 (e 615 ss. con riferimento alla ricezione americana della norma); per una ulteriore analisi, molto stimolante anche in prospettiva storica, dell'evoluzione della disciplina federale, L. WALKER, *The Other Federal Rules of Civil Procedure*, in 25 *Rev. of Lit.* 2006, 83 ss.; sulla considerazione dell'importanza di tale 'istituto' essenzialmente in prospettiva storica da parte di Giuliani, ID., voce *Prova*, cit., 521, n. 7.

²⁶ A. DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule*, cit.; di recente – in una letteratura del resto vastissima – G.M. FENNER, *The Hearsay Rule*², Durham 2009, 20-46 (ma, con riferimento all'analisi dell'attuale assetto della normativa citata nel testo, 49 ss. e *passim*).

realtà del diritto vivente. Lavori nei quali – è poco più che una supposizione – è facile immaginare quanto l'apporto critico del teorico Giuliani sia stato significativo²⁷.

In relazione a quanto sopra, un ultimo rilievo; quasi *en passant* e palesemente 'fuori tema' rispetto al titolo di queste mie scarse considerazioni.

Non appare affatto trascurabile nell'ultimo Giuliani – lo si dice anche per personali recenti frequentazioni del tema – il recupero di interessi già con altro taglio manifestati pressoché all'inizio del suo percorso culturale²⁸. Così è per l'attenzione riservata alla configurazione del *pleading* anglosassone (inglese, nello specifico) come forma di *litis contestatio* con caratteristiche del tutto particolari in relazione alla circostanziazione dei fatti nel processo, ovviamente del processo come controversia civile²⁹. E ciò anche a prescindere dalla non assoluta condivisibilità di alcune considerazioni in materia; come per quella secondo la quale, *tel quel*, «il *pleading-system* appare una valida alternativa alla patologia del processo civile», visto l'odierno vivacissimo dibattito in sede statunitense per la modificazione di tale 'sistema' proprio nella direzione di più rigorose modalità di allegazione dei fatti negli atti introduttivi-*pleading*³⁰.

Ciò che in ogni caso prevale è per così dire l'approccio di Giuliani, di grande interesse – su questo come su altri temi – anche solo per la singolare ampiezza dei riferimenti culturali e dei collegamenti coinvolti nelle sue indagini. A questo specifico riguardo, è il caso del collegamento fra il contenuto degli atti introduttivi, i fatti, la configurazione dei ruoli dei soggetti tipici del processo e la retorica giuridica³¹. Il che in sé dice di una continuità – e di una circolarità – nell'opera di Alessandro Giuliani che sarà sempre proficuo considerare.

²⁷ Ad es., A. GIULIANI, N. PICARDI, *Attualità del processo civile inglese*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 156 ss. (anche come *Prefazione* in *Ricerche sul processo, IV: il processo civile inglese*, Rimini 1991).

²⁸ A. GIULIANI, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, cit., loc. cit.

²⁹ A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio al pleading system (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 956-958; ID. (insieme a N. PICARDI), *Attualità del processo civile inglese*, cit., 163-164.

³⁰ A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio*, cit., 957; con riguardo al recente dibattito – anche a livello di *case law* – per la trasformazione della disciplina federale statunitense in coerenza con il recupero di una nozione articolata di *fact pleading*, nella letteratura italiana, ad es., A. DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss.

³¹ Ad es., A. GIULIANI, *Les 'règles de la discussion légitime' dars la logique de Port Royal*, in *Argumentation* 1991, 263 ss.; ID., *Le rôle du 'fait' dans la controverse (à propos du binôme «rhétorique-procédure judiciaire»)*, in *39 Arch. de phil. du droit* 1995, 133-235; ID., *L'«ordo iudiciarius» medievale tra retorica e logica*, in M. BELLOMO (ed.), *Die Kunst der Disputation*, Oldenburg 1997, 133 ss.

39. ASPETTI DELLA COMPLESSITÀ E RISCONTRI NELLA NOZIONE DI COMPLESSITÀ PROCESSUALE*

SOMMARIO: 1. Attualità del problema e sua diffusione. – 2. Riscontri ed epifanie risalenti. – 3. Configurazione e aspetti essenziali del problema in ambito giuridico. – L'ordinamento statunitense come area di emersione tipica. – 4. Ulteriori manifestazioni in un quadro di sistema. – Raffronti fra l'ordinamento italiano e le riforme recenti del processo civile in Europa.

1. Attualità del problema e sua diffusione

Se esistono caratteri di fondo di un'epoca che la differenzino da altre precedenti e successive, l'elemento a tutti gli effetti distintivo del momento presente risulta l'articolazione del fare quotidiano e il suo svolgersi in numerose e contemporanee attività necessitanti l'interconnessione della conoscenza di dati disparati¹. Si tratta di una circostanza oggi particolarmente vera. In questo momento storico, infatti, la nozione di presente appare implicare pressoché inevitabilmente il riferimento a combinazioni di abilità, mai finora così immanenti e imprescindibili. Abilità, soprattutto, mai finora tanto concretamente rispecchianti scale di valori e gerarchie percettive di una realtà solo apparentemente semplice, e invero solo virtualmente semplificabile². Per converso, un predicato della realtà

* Questo scritto è stato pubblicato in A. DONDI (ed.) *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 3-19. L'autore ringrazia il dottor Davide Torquato per la sollecitudine dimostrata nell'*editing* di questo minimo apparato di note.

¹ La citazione d'obbligo in materia è rappresentata – con riferimento specifico alla nozione di modernità – dal richiamo dell'opera complessiva di Georg Simmel, first «*sociologist of modernity*» secondo la nota definizione di David Frisby; al riguardo si v., ad es., D. FRISBY, *Theorie der Moderne*, in *Georg Simmel und die Moderne – Neue Interpretationen und Materialien Herausgegeben von Heinz-Jürgen Dahme und Otthein Rammstedt*, Frankfurt am Main 1984, 25 ss., 36 ss.; G. SIMMEL, (A. CAVALLI, L. PERUCCHI eds.), *Filosofia del denaro*, Torino 1984, 607 ss., spec. 667 ss.; per un'approfondita ed estesa analisi dell'opera di Simmel si v. D. FRISBY, *Georg Simmel Critical Assessments*, London 1994, III, 325 e 333 ss.; si rinviano alle nn. successive gli inevitabili riferimenti all'opera vastissima di Edgar Morin, quale altro monumento della cultura della modernità, nonché della sua caratterizzazione in termini di complessità (v. n. 11 ss.).

² Per un'elaborazione articolata su di un'ampia prospettiva di riferimenti storico-culturali di tale nozione e della sua contrapposizione con quella di postmodernità cfr. D. BELL, *The Cultural Contradictions of Capitalism*, New York 1976, 17 ss., 28, 86 ss.; ID., *The Coming of Post-industrial Society – A Venture in Social Forecasting*, London 1974, 165 ss.; nel quadro di un'illustrazione del 'coming of age' della nozione di modernità e delle sue plurime manifestazioni fra '800 e '900, si v. inoltre, in una letteratura evidentemente vastissima, W. EVERDELL, *The First Moderns – Profiles in the Origins of Twentieth-Century Thought*, Chicago 1998, *passim*; in relazione al conseguente portato della instabilità e dell'incertezza caratterizzanti l'atteggiamento diffuso in questo periodo storico, come citazione pressoché d'obbligo v. Z. BAUMAN, *L'età dell'incertezza*, Bologna 1999, *passim*.

odierna, che ormai da anni ricorre a indicarne appunto il carattere di fondo, pare consistere senza possibilità di dubbio nella sua complessità³.

È ciò che configura in maniera davvero pervasiva la nostra esperienza quotidiana. Di qui, ad esempio, la sua caratterizzazione attraverso la necessità di organizzare in pratica tutte le nostre attività in innumerevoli programmazioni ravvicinate, procedendo per così dire costantemente *ad agenda*. Pluralità, spezzettamento e interconnessione rappresentano ormai un tratto irrinunciabile dei rapporti interpersonali. Al punto di segnare uno iato molto profondo sul piano culturale ed esistenziale – con riferimento sia alle esistenze singole sia a comportamenti di massa sia, infine, a comportamenti sociali – rispetto a un pur recente passato del quale solo oggi, alla distanza e al raffronto con la presente attualità, si tende ad avere chiari i principali contorni distintivi.

Si tratta di un passato grossomodo identificabile come ‘moderno in senso storico’. Un passato da collocarsi su un piano diacronico, pur con scarti notevolissimi a seconda delle singole culture di riferimento e delle specifiche vicende storiche, in un arco di tempo comprendente o l'intero XX secolo oppure il suo primo cinquantennio⁴. Ma anche un periodo, o soprattutto una nozione, che appare oggi possibile caratterizzare piuttosto nettamente secondo parametri per molti versi contrapposti a quelli, invece, tipici del presente.

Tali parametri si possono rapportare grossomodo alla combinatoria di due elementi di fondo, quali la presenza e di atteggiamenti tanto diffusi da sostanziare per così dire lo ‘spirito del tempo’ e di realizzazioni concrete; realizzazioni in varia misura influenzate dalla cultura della modernità e costituenti a tutti gli effetti le più evidenti manifestazioni di essa. Ad esempio, costituisce una tipica manifestazione al riguardo la realizzazione di manufatti e di invenzioni nuove in senso assoluto, ossia ‘reinventanti’ e riordinanti drasticamente la realtà secondo l'idea di fondo di una trasformazione infinitamente riproducibile e diffusibile della novità⁵.

Sotto altro profilo, è del resto appena il caso di rilevare che il '900 appare complessivamente ispirato all'idea della trasformazione dei rapporti fra i soggetti (in termini di massa, e di categorie derivate) sulla base di un atteggiamento culturale di fondo sintetizzabile in una diffusa e pervasiva fiducia nella possibilità di realizzare effettivamente la modernità⁶. Una concezione di fondo espressa precipuamente in termini di trasformazione e di palingenesi totalizzante, fondata su di una prospettiva tendenzialmente ‘futura’ e tale da segnare costantemente la sua alterità rispetto al non-moderno⁷.

³ Fra gli altri, si veda, A. TOURAINE, *Critica della modernità*, Milano 1993, 211 ss.; J. HABERMAS, *The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge 1937, 18-21 (ma *passim*, specie con riguardo all'analisi dell'evoluzione della nozione nella filosofia ottocentesca e del primo '900, in ogni caso, 33-182); N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, Roma 1995, 13 ss., 23 ss., 31 ss., 59, 63, 101 ss.

⁴ Si vedano, ad es., S.E. TOULMIN, *Cosmopolis – La nascita, la crisi e il futuro della modernità*, Milano 1991, 130 ss., 284 ss.; D. BELL, *The End of Ideology: On the Exhaustion of Political Ideas in the Fifties*, 2ª ed., Cambridge, Mass. 2000, 21 ss. e 103 ss.

⁵ Cfr. H.S. HUGHES, *Coscienza e società – Storia delle idee in Europa dal 1890 al 1930*, Torino 1967, 381 ss.; A. TOURAINE, *Critica della Modernità*, cit., 354 ss.; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats Suhrkamp*, Frankfurt am Main 1992, 32 ss., 208 ss.

⁶ Cfr., ad es., N. LUHMANN, *La fiducia*, Bologna 2002, 7 e 10.

⁷ Così N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, cit., 13 ss.; S.E. TOULMIN, *op. cit.*, 220 ss.

È su tale base che si può sostenere che, in sé, la stessa definizione di modernità abbia rappresentato una sorta di *background* concettuale-tipo per la trasformazione del mondo. Il richiamo stesso all'espressione modernità sembra avere avuto, in altri termini, quasi un significato taumaturgico implicante la virtualmente chiara ed esaustiva possibilità di definire i criteri di tale trasformazione⁸. Di qui un'idea apodittica di reinvenzione del presente valida in quanto tale e accettata al punto da giustificare, nel corso di tutto il XX secolo, contrapposizioni tragiche; oltre che all'origine di sconvolgenti stravolgimenti del quotidiano per masse virtualmente illimitate di soggetti⁹. Un'impostazione il cui estesissimo impatto e diffusione appaiono per converso dimostrati dalla stessa multiforme presenza di critiche – genericamente catalogate come irrazionalistiche e, in quanto tali, contrapposte alla virtuale razionalità del moderno – che pure contraddistinguono la cultura del '900 già ben prima della sua seconda metà¹⁰.

Sembra dunque in questo elemento della disgiunzione e della capacità selettiva o individuatrice di alcune direttrici di fondo del progresso scientifico e anche sociale che si possa fare consistere la nozione di modernità. Ed è anche in ciò che, come hanno sottolineato studiosi come ad esempio Jurgen Habermas e in particolare Edgar Morin, tale nozione manifesta gli elementi di maggiore differenziazione dalle successive elaborazioni a riguardo, come è il caso di quella complessa ed estesa di post-modernità. Costituisce, in effetti, un dato ormai acquisito che appunto nell'incertezza e nel dubbio circa l'efficienza e l'adeguatezza delle certezze proprie della modernità si fondi la cultura contemporanea¹¹.

⁸ Al riguardo si vedano anche le considerazioni dell'introduzione di Reale a H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (trad. it. di G. VATTIMO), Milano 2000, spec. XXXIX ss.; J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano 1994, 24 ss., 30 ss., 98 ss.; per ulteriori riferimenti al dibattito italiano intorno alla nozione di postmoderno v. P.A. ROVATTI, G. VATTIMO, *Premessa*, in G. VATTIMO, P.A. ROVATTI (eds.), *Il pensiero debole*, Milano 1988, 7 ss.; G. VATTIMO, *La fine della modernità*, 2ª ed., Milano 1998, 121 ss.; v. anche Id., *La società trasparente*, Milano 1989, 87 ss.

⁹ Al riguardo si vedano, ad es., J. HABERMAS, *The Philosophical Discourse of Modernity*, cit., 157 ss. e (specie con riferimento alle derive dittatoriali della prima metà del secolo) 181 ss.; H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano 1996, 423 ss., 471 ss.

¹⁰ Emblematiche a questo riguardo – evidentemente fra molte altre – due opere apparse ben prima della metà del secolo XX, come: J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse*, Bologna 1962, 67 ss., 98 ss. (1ª edizione 1930); e J. BENDA, *La trahison des clercs*, Paris 1990, spec. cap. I, IV; al riguardo, per uno sguardo d'insieme alla evoluzione di cui nel testo, v., ad es., G. FORNERO in N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, Torino 1994, 394 ss. e, per un richiamo classico ancorché risalente, G. LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, Torino 1959, *passim*; in prospettiva fortemente critica rispetto alla tendenza a ritenere esaustive le acquisizioni conoscitive e le prospettive di progresso tipiche della modernità novecentesca, Id. *Storia e coscienza di classe*, Milano 1967, 115 ss.; K. MANNHEIM, *L'uomo e la società in un'età di ricostruzione*, Milano 1959, 218 ss. e, sempre nella direzione di un atteggiamento critico a questo riguardo anche, notoriamente, M. HORKHEIMER, *Teoria tradizionale e teoria critica*, in *Teoria critica*, Torino 1974, II, 163 ss. (1ª edizione 1937); per una rielaborazione più recente della relatività della nozione di realtà e conoscenza della stessa in termini di effettiva *accuracy*, v. B. WILLIAMS, *Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy*, Princeton 2002, 125 ss.

¹¹ La vastità dell'opera di Edgar Morin giustifica citazioni al contempo selettive e *makeshift*; se ne indica qui l'ultima, riservando al seguito richiami relativamente più precisi: E. MORIN, *La voie pour l'avenir de l'humanité*, Paris 2011, *passim*. Riguardo all'opera di Morin, in Italia, cfr. G. BOCCHI, M. CERUTI, *La sfida della complessità nell'età globale*, in G. BOCCHI, M. CERUTI (eds.),

Una circostanza questa che appare ulteriormente collegarsi a una presa d'atto diffusa della necessaria ampiezza o articolazione dei parametri di riferimento di pressoché ogni valutazione riguardo al reale; il tutto a conferma di un'estesa consapevolezza della inevitabile complessità dei problemi e delle loro metodologie di conoscenza¹².

Lo specifico della percezione del mondo caratterizzante il momento presente appare invero consistere nella necessaria presa d'atto dell'articolazione dei problemi da affrontare e delle loro interconnessioni; ciò nella direzione della loro coscienza di problemi complessi anche sotto il profilo della loro virtuale risoluzione (senza cioè la 'finzione moderna' della loro semplificabilità *ex professo*)¹³. Questa caratterizzazione sembra costituire un elemento comune a ogni tipo di sapere; senza esclusione delle culture per così dire non scientifiche e, anzi, con una particolare influenza sulle discipline sociali e giuridiche in senso lato¹⁴.

2. Riscontri ed epifanie risalenti

Risulta pressoché scontato che si possano prevedere riscontri significativi di tale fenomeno anche con riguardo alle varie configurazioni della cultura giuridica (*rectius*, delle culture giuridiche); che cioè, in altri termini, l'influenza della modernità si sia estesa anche a questo ambito culturale. Semplificando evidentemente molto, si può, infatti, affermare che anche a questo riguardo gli elementi della conoscibilità sicura e della conseguente virtuale trasformabilità definitiva della realtà costituiscano – o abbiano costituito – il tratto tipico della modernità storica¹⁵. Il tutto con un *caveat* di fondo, derivante dalla natura stessa del diritto per così dire *at large*. In questa prospettiva si dovrà, infatti, tenere conto delle rilevanti e spesso insuperabili incertezze, diversificazioni e *nuances* caratteristiche

La sfida della complessità, Milano 2007, VII ss., (CXVIII ss. della presentazione); S. MANGHI, *Un soggetto per la società-mondo. La scommessa sul presente di Edgar Morin*, Milano 2008, *passim*.

¹² Di recente sul punto, con seri approfondimenti, v. M. CERUTI, *Il vincolo e la possibilità*, Milano 2009, 55 ss.; al riguardo, piuttosto ovviamente possono tuttavia essere effettuati anche richiami alla traduzione culturale sul punto rappresentata dalla lezione di Morin, così ad es. E. MORIN, *Il paradigma perduto*, Milano 1994, 115 ss. (1ª edizione 1973); nonché il più risalente, ID., *Lo spirito del tempo*, Roma 2002 (1ª edizione 1962), 1-23, 195 ss.; e, in generale, il successivo ID., *Pour sortir du XXème siècle*, Paris 1981, *passim*.

¹³ Fra i molti cfr. J. HABERMAS, *The Philosophical Discourse of Modernity*, cit., 6 ss.; ID., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Bari 1975, 48 ss.; nella letteratura italiana, nel contesto di una vasta produzione dell'a. su questi temi, v. C. BORDONI, *L'identità perduta*, Napoli 2010, spec. quanto al cap. I.

¹⁴ Per riferimenti per molti versi inevitabili all'interno della nostra produzione scientifica, v. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 26 ss., 43 ss.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1999, *passim*.

¹⁵ Sul punto, E. MORIN, *La méthode*, Paris 1986, III, 14-16, (ove fra l'altro espressamente è rilevato come: «au cours du XIXème siècle et au début du XXème, La science ne cessait de vérifier qu'elle avait trouvé l'indubitable fondement empirico-logique de toute vérité»); H.S. HUGHES, *op. loc. cit.*; F. TÖNNIES, *Comunità e società*, Milano 1979, 256 ss.; con riferimento allo specifico di quanto nel testo, si veda anche U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari 1968, *passim*.

del suo riferimento a realtà variegata, storicamente caratterizzate oltre che socialmente articolate e in costante movimento-trasformazione¹⁶.

Tutto ciò posto, il dato che più emblematicamente manifesta il nucleo della modernità storica in campo giuridico appare individuabile essenzialmente in un fenomeno. Si tratta della diffusa tendenza a sistemare complessivamente la realtà dei rapporti giuridici, per lo più attraverso importanti opere di codificazione o comunque di sistemazione normativa; spesso ancora vigenti, pure in presenza (ma anche in assenza) di significative opere di aggiornamento successivo¹⁷. A questa circostanza risulta in ogni caso essenziale collegare la presenza di un elemento ulteriore, a tutti gli effetti emblematico del clima culturale che appunto caratterizza la modernità storica in generale. Una fiducia pressoché incrollabile nelle possibilità di effettivo intervento trasformatore della realtà sembra infatti caratterizzare il moderno anche in campo giuridico e funzionare come indice della sua specificità e differenziazione rispetto alle epoche passate¹⁸.

Al riguardo, è appena il caso di ribadire che si tratta di una fiducia concernente non solo la possibilità astratta di realizzare trasformazioni radicali e, come si diceva, strutturali ma anche la programmazione di lungo periodo delle attività relative, nonché la possibile selezione dei problemi e dei rapporti, oltre che le modalità-standard di disciplina di tali problemi e rapporti¹⁹. Di qui una pervasiva sensazione che il mondo – e il mondo del diritto in particolare – sia nel suo complesso semplificabile e appunto ridefinibile ('sistemabile', come si è detto) in termini giuridici, o di cultura giuridica, attraverso *reductiones* fondate su alcuni parametri essenziali in fondo agevolmente individuabili e,

¹⁶ Così ad es. P. GROSSI, *op. cit.*, 8 ss.; ID., *Scienza giuridica italiana: un profilo storico, 1860-1950*, Milano 2000, 199 ss.; si veda inoltre V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile. Nella transizione al postmoderno*, Milano 2005, 30 ss.; ID., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.* 2009, 151 ss.

¹⁷ Per riferimenti di base e nella prospettiva del raffronto fra ordinamenti appartenenti a modelli sistematici diversi, come quello italiano e quello statunitense, si veda – ad esempio – C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Bari 1997, 255 ss.; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 255 ss.; e, per una illuminante e sintetica individuazione delle differenziazioni culturali di fondo fra le idee del '900 e quelle successive – specie riguardo alla codificazione ma non solo – v. V. DENTI, *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1982, 100 ss.; ID., *Natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 8 ss. Per l'evento della creazione di una disciplina federale del processo civile statunitense intorno alla metà degli anni '30 del XX secolo, v. – fra i moltissimi – S.N. SUBRIN, *How Equity Conquered the Common Law. The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, 961 ss.; A. HOLTZOFF, *Origin and Sources of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 30 *N.Y.U.L. Rev.* 1955, 1057 ss.; nella letteratura italiana, anche per richiami bibliografici con riguardo all'ordinamento statunitense, v. inoltre A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 165 ss.

¹⁸ Cfr. ancora V. DENTI, *L'idea di codice*, cit., *loc. cit.*; per un'interessante segnalazione del passaggio fra la modernità e la post-modernità giuridica, alla luce della caratteristica presenza della complessità come *background* essenziale dei problemi affrontati, si v. inoltre, J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in *Rev. Dr. Publ.* 1998, 661 ss., 665 ss., 672 ss.

¹⁹ Un esempio 'alto' di percezione di tali problemi è fornito da M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris 1988, 102 ss.

sul piano metodologico, funzionanti essenzialmente attraverso distinzioni concettuali²⁰. In altri termini, anche l'esperienza della sistemazione – appunto moderna – dei rapporti economico-sociali realizzata attraverso le grandi codificazioni della prima metà del XX secolo potrebbe pertanto essere assunta come pacifica e del tutto coerente rispetto a questo atteggiamento di pressoché acritica fiducia nelle potenzialità del moderno²¹.

Nei limiti inevitabili di un'antologia, quanto ci si propone di verificare qui è per così dire la tenuta, in un ambito particolare come quello del processo civile, dell'esperienza moderna nella sua accezione storica al raffronto con la per molti versi opposta nozione di complessità. Rispetto a questo intento – che si può anche sostanziare nella ricognizione dei riflessi dell'emersione nel contesto del diritto del fenomeno della complessità che pervade il momento presente – qualche precisazione appare in ogni caso opportuna.

In primo luogo, occorre dire che il settore del diritto al quale qui si intende fare riferimento – ossia, quello del processo civile – costituisce in sé una rilevante occasione di puntualizzazioni a questo riguardo, quando non di generali *caveat*. Invero, quello del processo rappresenta un ambito la cui permeabilità, corrispondenza, reattività; insomma, la cui contiguità con i problemi della complessità appare segnata da numerose peculiarità. Peculiarità che si manifestano, ad esempio e in particolare, al raffronto con i cosiddetti 'diritti sostanziali'. E ciò essenzialmente in quanto il diritto processuale, appunto a differenza – e in ogni caso più – dei diritti cataloganti rapporti sotto il profilo sostanziale, risulta per così dire inevitabilmente *entrenched*; in quanto precipuamente collocato e riferito a un determinato ambito territoriale. Di qui una caratterizzazione culturale del tutto speciale, derivante dalla sua stretta contiguità e osmosi con culture di riferimento profondamente segnate da trasformazioni economico-sociali di grande rilievo, come quelle verificatesi nel corso dei secoli XIX e XX²².

In effetti, anche solo sulla scorta di presupposti culturali risalenti – e tanto assiomatici da ridursi in sostanza a veri e propri luoghi comuni – una basilare questione di prospettiva si pone nella considerazione di questa 'peculiarità processuale'²³.

²⁰ Al riguardo, per un rinvio doveroso all'interno della cultura italiana, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche*, cit., loc. cit. *passim*.

²¹ Cfr. ancora E. MORIN, *La méthode*, III, cit., 9-10, 25 ss.; per una critica molto serrata nei confronti della tenuta delle teorie scientifiche del '900 significativamente catalogate come «*biodégradables*» ID., *Pour sortir du XXème siècle*, cit., 206 ss.

²² Nella cultura giuridica italiana, per l'emersione di questi temi nel contesto di ampie elaborazioni, cfr. ad es., U. CERRONI, *op. cit.*, 33-38; M. TARUFFO, *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, 109; A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, Milano 2007, 207 ss.; e, in precedenza, ID., *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Riv. dir. civ.* 1988, 1 ss.; per un raffronto fra lo specifico del diritto processuale e le sue diverse implicazioni rispetto alle altre aree del diritto, in chiave comparata si veda nella manualistica ad es. anche U. MATTEI, T. RUSKOLA, A. GIDI, *Schlesinger's Comparative Law – Cases, Text, Materials*, 7ª ed., St. Paul, Minn. 2009, 707 ss.; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L. J.* 2006, 59 ss.

²³ Per tutti valgano il richiamo all'opera di due massimi giuristi italiani dell'ultimo '900, come Denti e Cappelletti; così, cfr. V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 31 ss.; ID., *Crisi della giustizia e crisi della società*, ivi, 1983, 585 ss.; e, ad esempio fra le molte possibili indicazioni, v. M. CAPPELLETTI, *Aspetti sociali e politici della*

Si tratta di una questione assimilabile alla possibile attribuzione al processo di un diverso grado di virtuale 'reattività' rispetto alle trasformazioni della realtà, a seconda della sua collocazione in un contesto, o sistema, di *common law*, piuttosto che in un contesto, o sistema, di *civil law*²⁴. In altri termini, assumendo un'accezione invero ormai tradizionale al limite dell'obsoleto di tale contrapposizione sistemica, l'ambito del processo si configurerebbe come relativamente più adeguato alla gestione della complessità. Ciò specie in culture segnate in maniera più o meno netta dalla tendenza a convertire i problemi giuridici in conflitti giudiziali e a rapportare all'efficacia della risposta in termini di giustizia i loro *standard* complessivi di efficienza. Un'impostazione che intuitivamente comporta *ex professo* l'attribuzione di tale maggiore reattività agli ordinamenti del processo civile di derivazione in senso lato anglosassone.

3. Configurazione e aspetti essenziali del problema in ambito giuridico. – L'ordinamento statunitense come area di emersione tipica

Anche a questo limitato livello di elaborazione, si deve riconoscere che una tale considerazione costituisce in sé una semplificazione alquanto grossolana. Oltre che una generalizzazione in definitiva piuttosto astratta di connotati e caratteri tuttavia necessitanti di verifiche ben più approfondite, nonché a vari livelli verosimilmente molto impegnative²⁵.

Poste queste cautele, appaiono piuttosto agevolmente individuabili le ragioni della virtuale maggiore 'adeguatezza' sotto questo profilo dei modelli processuali di *common law*. Fra tutti, come primo di tali indici, sembra possibile indicare la presenza – a tutti gli effetti risalente in ambito statunitense, in quanto già ampiamente diffusa a partire dagli anni '70 – di un'autonoma nozione di *complex litigation*. Costituisce del resto una conferma di ciò e della sua successiva stabilizzazione la presenza ormai pressoché tradizionale nel contesto culturale statunitense di una estesa manualistica *ad hoc*²⁶.

In sé, ossia per l'attenzione che segnala in quella cultura giuridica verso cruciali problemi di gestione concreta del processo civile, questa circostanza non appare sottovalutabile. Questo dato risulta anche più significativo al raffronto con la scarsa sensibilità presente a questo riguardo nelle culture processualistiche europee, e in quella italiana in partico-

procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale), in ID., *Giustizia e società*, Milano 1972, 48 ss. (nonché i rilievi contenuti nella pur breve *Prefazione*, 13 ss.).

²⁴ Per una significativa quanto icastica evidenziazione di ciò, si veda M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, 345; con un più generale riferimento a tali problemi di giustapposizione cfr. anche i saggi contenuti nel volume speciale *Due iceberg a confronto: Le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 223 ss.

²⁵ Riscontri di ciò sono rinvenibili in S. BURBANK, *Problemi di complessità nella attuale pratica civilista statunitense – Una iattura o una benedizione*, in A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 43 ss.

²⁶ In particolare, il riferimento più tipico essendo quello al famoso *case book*, R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, H.M. ERICHSON, *Complex Litigation – Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, 5ª ed., St. Paul, Minn. 2010; per un richiamo risalente a questa impostazione precipuamente statunitense favorevole all'esplicita considerazione di tali problemi nella prospettiva della complessità del diritto come eminentemente processo, si rinvia a A. CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in 89 *Harv. L. Rev.* 1976, 1281 ss.

lare²⁷. Un elemento, questo, che ha rappresentato per così dire l'occasione principale del presente lavoro, nel quale la prevalenza di saggi di provenienza europeo-continentale è intesa a sottolineare e contrastare appunto questa sorta di *oblivion* di un problema di sicuro rilievo.

Ma altrettanto rilevante risulta in questa prospettiva anche un'essenziale implicazione di questa circostanza; come sorta di effetto derivante e connesso all'assunzione di una prospettiva di complessità in relazione ai problemi del processo civile. Tale effetto si può fare consistere nell'assunzione di una correlativa prospettiva di tendenziale diversificazione del contesto delle controversie. Un fenomeno che comporta quantomeno la configurazione di vere e proprie tipologie procedimentali modulata in relazione agli elementi caratterizzanti i singoli *lawsuit*, sia attraverso l'individuazione preventiva di specifiche peculiarità 'individuatrici' sia, soprattutto, in ragione di specifiche esigenze di gestione in sede processuale²⁸.

Del resto, proprio nella elaborazione della nozione di *complex litigation* si segnala anche un'altra peculiarità essenziale dell'evoluzione della cultura giuridica statunitense, come appunto l'attenzione complessivamente maggiore riservata – nell'ambito del complessivo funzionamento della giustizia civile e rispetto alle controversie di minor valore – alle controversie di notevole rilievo economico e ai loro problemi di gestione processuale²⁹.

Un primo indice di questa prospettiva è rappresentato dalla definizione di *big case* (effettivi o potenziali) già ricorrente intorno agli anni '50 e '60. Ciò che appare da subito evidente nell'utilizzazione di tale terminologia è il suo collegamento con le esigenze di riqualificazione dei ruoli dei 'protagonisti tecnici' del processo (ossia, avvocati e giudici) all'interno di contesti processuali come quelli dei *big e*, progressivamente in seguito, dei *complex lawsuit*. Da subito questo inizia concretamente a rappresentare uno dei problemi più cruciali nell'applicazione della disciplina delle *Federal Rules of Civil Procedure*; configurandosi – appunto in questa correlazione con la caratterizzazione dei ruoli rispettivi di avvocati e giudici – come centrale rispetto all'evoluzione del dibattito che ha successivamente interessato la cultura giuridica statunitense per tutta la seconda metà del secolo XX e l'inizio del presente³⁰.

Sembra in definitiva di poter dire che, in questo contesto culturale, proprio intorno alla definizione di *complex litigation* – ossia, sostanzialmente, intorno alla ricerca di effica-

²⁷ Costituiscono significative eccezioni a questo riguardo ad es. R. CAPONI, *Processo civile e nozione di controversia 'complessa': impieghi normativi*, in *Foro it.* 2009, V, 136 ss.; C. GAMBA, 'Standards' di decisione e complessità dei fatti, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 259 ss.; Id., *Domande senza risposta – Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova 2008, 221 ss.; A. GIUSSANI, *Teorie della complessità, controversie plurisoggettive e contenzioso di serie*, in P.G. MONATERI, A. SOMMA (eds.), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di 'governo del diritto'. Incentivi, premi, sanzioni*, Napoli 2009, 649 ss.

²⁸ Riguardo a questo fenomeno che è stato non casualmente definito come l'«*American exceptionalism in civil litigation*», per tutti si veda, O.G. CHASE, *Law Culture and Ritual – Disputing Systems in Cross Cultural Context*, New York-London 2005, 47 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, 190-191.

²⁹ Fra una delle più risalenti individuazioni italiane di questo elemento nella cultura giuridica statunitense si veda A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim*.

³⁰ Si veda ancora R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, H.M. ERICHSON, *op. cit.*, 484 ss.

ci criteri di gestione di questa categoria di controversie – si misura e giunge a realizzazione la più recente evoluzione della nozione di *adversary system of litigation*. E non solo, data l'ampiezza dei suoi riflessi. Si tratta in effetti, sotto un duplice profilo, di un'evoluzione di assoluto rilievo, tale da coinvolgere non solo aspetti di 'tecnica' del processo ma anche, in maniera del tutto rilevante e approfondita, le nozioni di fondo alla base dei ruoli spettanti ad avvocati e giudici in questo contesto³¹.

Invero, le esigenze di gestione di *complex civil lawsuit* si collocano alla base di un complessivo ripensamento dei presupposti filosofici di fondo del modello processuale statunitense, con conseguenze pressoché sconvolgenti su di un piano generale. Tale, in buona sostanza, risulta l'impatto dell'introduzione di parametri tipici della complessità, come, per quanto qui interessa, la programmazione, la modulazione e la diversificazione dei percorsi processuali. E appare di assoluto interesse che a risultare virtualmente inadeguato rispetto a tali nuove esigenze sia proprio l'impianto tecnico e concettuale di un monumento della legiferazione processuale, come la versione originaria delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi del 1938³².

Anche ciò evidenzia il profondo rilievo in questo contesto della *sfida della complessità*, come occasione per l'adozione di una costante prospettiva di adeguamento e riforma, anche nei riguardi di una disciplina processuale concepita come *ex professo* 'moderna'; ossia, in quanto tale, virtualmente adeguata e coerente con l'esigenza di fornire 'per sempre' strumenti validi per la risoluzione di conflitti in sede giudiziale³³. L'introduzione – occasionata da questa sfida – di dati di ricorrente incertezza e problematicità, ha per converso condotto all'adozione di prospettive di progressivo aggiustamento e differenziazione degli interventi normativi concernenti l'area del processo civile. Un ambito che risulta oggi sempre più variegato al suo interno, oltre che – come sottolineato dalle ultime elaborazioni della dottrina nordamericana – bisognoso anche per il futuro di trasformazioni attente allo scomporsi del quadro delle esigenze di tutela³⁴.

³¹ Fra gli altri, per riscontri nella letteratura giuridica italiana di tale complessa evoluzione in sede statunitense cfr. A. DONDI, *Questioni di efficienza*, cit., loc. cit.; ID., *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137 ss.

³² Per una critica risalente J.B. WEINSTEIN, *The Ghost of Process Past: The Fiftieth Anniversary of the Federal Rules of Civil Procedure and Erie*, in 54 *Brooklyn L. Rev.* 1988, 1 ss.; e più di recente E.H. COOPER, *Simplified Rules of Federal Procedure?*, in 100 *Mich. L. Rev.* 2002, 1974 ss.; S.F. GAVIN, *Managerial Justice in a Post Daubert World and Reliability Paradigm*, in 234 *F.R.D.* 2006, 495 ss.

³³ Cfr. ad es. R.L. MARCUS, *E-Discovery and Beyond: Toward Brave New World or 1984?*, in 25 *Rev. of Lit.* 2006, 633 ss.; ID., *E-Discovery Beyond the Federal Rules*, in 37 *U. Balt L. Rev.* 2008, 511 ss.

³⁴ In linea generale, oltre alle citazioni precedenti, in tema di rottura di schemi semplificanti la realtà e di acquisizione di una cultura della incertezza e della complessità dei modelli conoscitivi si veda M.C. TAYLOR, *The Moment of Complexity – Emerging Network Culture*, Chicago 2003, 111 ss.; J.C. ALEXANDER, *The Civil Sphere*, Oxford 2006, 45 ss.; con riguardo all'incidenza delle nuove esigenze e della nuova percezione della realtà come realtà inevitabilmente complessa, sul problema del processo civile statunitense si vedano, fra gli altri, nella manualistica statunitense R.L. MARCUS, M.H. REDISH, E.F. SHERMAN, J.E. PFANDER, *Civil Procedure – A Modern Approach*, 5ª ed., St. Paul. Minn. 2009, 25 ss., 125 ss.

4. Ulteriori manifestazioni in un quadro di sistema. – Raffronti fra l'ordinamento italiano e le riforme recenti del processo civile in Europa

Nella più recente evoluzione del dibattito giuridico in ambito statunitense, la considerazione che precede trova invero ampi riscontri a vari livelli. E il raffronto – qui assolutamente per sommi capi – fra ciò e la corrispettiva evoluzione europea di tale problema può fornire indicazioni non trascurabili riguardo allo stato della complessità processuale nel momento presente.

Appare del tutto rilevante come – sotto il profilo dell'adeguata reazione alle esigenze della complessità processuale – per lo più tale raffronto si caratterizzi tuttora per la presenza di uno iato profondo fra i due mondi. In effetti, in ambito europeo non appare allo stato rinvenibile niente di assimilabile alla tendenza recentemente manifestatasi in ambito statunitense a strutturare variamente il meccanismo processuale per adeguarlo alla complessità. Così, per fare esempi macroscopici, non si riscontrano negli ordinamenti europeo-continentali trasformazioni come quelle che, pur non concernendo direttamente la normativa processuale federale, al processo si sono riferite sotto il profilo della previsione di adeguamenti specialmente del ruolo dell'avvocato rispetto al suo rapporto con clienti-organizzazione. È il caso notorio del *Sarbanes-Oxley Act*, e della riconfigurazione del rapporto avvocato-cliente previsto nella *Section 307*; una norma che mostra un chiaro intento di affrontare la questione della fedeltà e segretezza delle comunicazioni reciproche attraverso un meccanismo a sua volta complesso di *disclosure* imposta a certe condizioni all'avvocato³⁵.

In altra prospettiva, è anche il caso della serrata discussione ancora in corso in quella cultura giuridica riguardo alla fattualizzazione o circostanziazione degli atti introduttivi. Un'esigenza di chiarificazione dell'oggetto della controversia attraverso una virtualmente precisa descrizione delle relative circostanze fattuali che sorge evidentemente – come risulta da significativa giurisprudenza della *Supreme Court* federale – ove la controversia risulti complessa anche sotto il profilo della sua articolazione sostanziale. Al riguardo occorre subito dire che la mancata trasformazione della disciplina della *Rule 8* e seguenti delle *Federal Rules of Civil Procedure* in sé segnala la difficoltà e, insieme, l'importanza e la crucialità dei problemi coinvolti, come denuncia anche lo *stream* giurisprudenziale avviato nel 2007 con la decisione del caso *Twombly*. Al di là delle molte incertezze e perplessità possibili riguardo alla valutazione di questo *trend*, si tratta di problemi tutti in qualche misura attinenti all'ambito della *procedural complexity*, non foss'altro che per i riflessi derivanti sul versante dell'effettiva funzionalità della fase di trattazione *discovery* da una più adeguata circostanziazione dei *pleading* iniziali³⁶.

³⁵ Cfr. D. TORQUATO, *Sarbanes Oxley Act e suggestioni americane per un nuovo ruolo dell'avvocatura*, in *Pol. Dir.* 2010, 149 ss.

³⁶ Cfr. nella cultura italiana A. DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss.; e, nella vastissima produzione americana, si rinvia ad es. a G. MILLER, *Pleading After Tellabs*, *Wis. L. Rev.* 2009, 507 ss.; A.B. SPENCER, *Understanding Pleading Doctrine*, in 108 *Mich. L. Rev.* 2009, 13 ss. M.I. STEINBERG, D.E. GOMEZ CORNEJO, *Blurring the Lines Between Pleading Doctrines. The Enhanced Rule 8(a)(2) Plausibility Pleading Standard Converges With the Heightened Fraud Pleading Standards Under Rule 9(b) and the PSLRA*, in 30 *Rev. of Lit.* 2010, 29 ss., 34 ss.

È proprio a questo riguardo, e in rapporto all'esperienza statunitense, che occorre segnalare la forte diversificazione presente all'interno del panorama europeo. In questo ambito, come denunciano i saggi che compongono questa antologia, non si può fare a meno di registrare la presenza di elaborazioni e interventi disciplinari che segnalano comunque soluzioni anche di grande interesse. È precipuamente il caso delle soluzioni recentemente adottate in ordinamenti come quello tedesco e soprattutto, per la sua assoluta singolarità, quello inglese³⁷. Del resto, pur in assenza di specifici adeguamenti disciplinati nel segno della *procedural complexity*, costituisce un dato di fatto la presa d'atto del problema anche presso le altre principali culture giuridiche europee, pur con forme di adeguamento alla complessità che appaiono ancora integrabili e in ogni caso migliorabili³⁸.

Significativa appare, in particolare, la ricorrenza dell'espressione *complessità* anche presso culture processualistiche che – come la nostra – avevano fino ad ora sostanzialmente eluso la questione³⁹. Allo stato, è probabilmente del tutto *osé* sostenere che ciò costituisca già un tema tipico di serio dibattito presso la nostra e altre culture del processo. E ciò, si ripete, appare in particolare vero con riferimento a quelle culture per così dire latine del processo presso le quali l'assenza di una tale nozione sembra da collegare alla sua sostanziale incongruenza con più tradizionali impostazioni concettuali di chiara matrice moderna⁴⁰.

Sembra sensatamente possibile formulare solo un augurio a questo proposito, che il fenomeno della presa d'atto della complessità processuale e il dibattito relativo pervengano anche in questi contesti culturali – e il riferimento è in particolare all'ordinamento italiano – a soluzioni adeguate alle esigenze di una realtà processuale sempre più... complessa

³⁷ Con riguardo al modello inglese, nella letteratura italiana si veda L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1353 ss.; ID., *Processo civile inglese*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano 2010, 960; ID., *Modelli di tutela dei diritti – L'esperienza inglese e italiana*, Padova 2007, 27 ss.

³⁸ Così, per un riferimento alla letteratura disponibile in italiano, A. DONDI, A. GUTIERREZ BERLINCHE, *Processo civile spagnolo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2009, 6, 4, 7 ss.

³⁹ Cfr. A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, V, 1.

⁴⁰ Si veda ancora V. DENTI, *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, cit., loc. cit.

40. CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EN EL PROCESO CIVIL. UN ENFOQUE PROBATORIO*

Angelo Dondi y Vincenzo Ansanelli

SUMARIO: 1. Múltiples aspectos de la noción de prueba científica que son centrales en el proceso civil. – 2. La calidad del conocimiento científico como problema procesal en la «revolución» estadounidense. – 3. Implicaciones y efectos de una nueva visión entre *common law* y *civil law*. – 4. Anomalías persistentes en el modelo procesal italiano.

1. Múltiples aspectos de la noción de prueba científica que son centrales en el proceso civil

Ambos autores saben que cuando alguien se encarga de una materia semejante, la tendencia es decir lo que justamente ahora ellos también dirán; es decir, que se trata de una cuestión absolutamente crucial para el buen funcionamiento de la justicia civil. Una consideración, ésta, tan banal como verdadera, y sobre todo actual. En efecto, durante la segunda mitad del siglo XX y especialmente en estos últimos años, representa una circunstancia ampliamente asumida que la resolución de una vasta cantidad de causas necesita de muchas maneras de la adquisición, elaboración y utilización de conocimiento *lato sensu* especializado.

Y ya esto significa algo, bajo muchos puntos de vista. Por ejemplo, utilizar una expresión como la de ‘conocimiento especializado’ implica una estrecha e inevitable referencia a una cultura jurídica particular – aunque muy influyente – como la estadounidense. En efecto, desde esta cultura ha derivado mucho, de interesante, por lo que se refiere al tema del que nos estamos encargando. De hecho en el momento actual no parece concretamente posible su consideración *in absentia* de una referencia constante precisamente a la evolución de la cultura estadounidense; en este sentido, como de otro lado argumenta desde hace tiempo también la mejor cultura jurídica europeo-continental¹. Y hay que añadir que reconocer esto resulta aún más difícil desde una perspectiva como la italiana,

* Questo scritto è stato pubblicato in PICÓ I JUNOY, DE MIRANDA VÁZQUEZ (eds.), *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona 2017, 319-335. Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D «Hacia una nueva regulación de la pericia pericial» (DER2016-7549-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuyo investigador principal es el prof. Dr. Joan Picó i Junoy. Los autores agradecen al Profesor Alvaro Gutiérrez Berlinches la preciosa actividad de editing del texto. Este trabajo es el resultado de una intensa y constante colaboración y confrontación entre los dos autores: Angelo Dondi y Vincenzo Ansanelli.

¹ En este sentido parece inevitable invocar sobre estos temas la lección de un autor como Michele Taruffo. Entre las muchas referencias posibles, limitandolas a obras italianas, M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 1079 ss.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, 219 ss.; ID., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1996, 219 ss.

en la cual – como se intentará mostrar – la estructura disciplinaria denota un atraso muy considerable, precisamente con respecto a este tipo de problemas.

En cualquier caso, la mejor cultura jurídica europeo-continental subraya otro aspecto clave e inmanente del tema que se considera aquí. O sea «que ningún ámbito del proceso *tempus regit* cuanto lo de la utilización de los conocimientos especializados» y que, por consiguiente, tener en cuenta esta relatividad histórica representa una metodología en cierta medida obligada para un encuadre correcto de los problemas de uso del conocimiento de especialistas como prueba². Esto en particular en lo que respecta al proceso civil. Y hay que decir que esta caracterización especial del proceso civil parece a su vez justificada por razón de un elemento realmente crucial, hasta el punto de representar la verdadera perspectiva de estas breves consideraciones.

Se trata de hecho de dos cuestiones, por así decir *mutually overlapping*. Por un lado se trata de tomar nota del hecho de que siendo en el momento actual la economía una economía del conocimiento, especialmente el proceso civil – como una herramienta para resolver principalmente los conflictos económicos – necesariamente debe lidiar con el mismo conocimiento. Y, por otro lado, también es necesario darse cuenta de que el conocimiento especializado no se agota en una actividad de mera percepción sino que se configura necesariamente como una actividad de comprensión y de elaboración de fenómenos complejos (que necesitan un constante procesamiento). Lo que implica ulteriormente otras cosas: la caracterización del conocimiento como necesariamente complejo en la realidad actual; no acaso una realidad caracterizada históricamente por los epistemólogos más señeros como «momento de la complejidad»³.

Claramente de esto pueden derivar algunas perspectivas diversificadas de análisis. Si se atribuye – como piensan los dos autores – al juicio civil una función de determinar la verdad, para ello debe incluso ampliarse un enfoque epistemológico serio. Lo que significa adoptar, por lo que se refiere al asunto de los conocimientos científicos en el proceso civil, un enfoque orientado al aprendizaje precisamente de informaciones fundadas y fiables⁴. Por el contrario, si se adopta una perspectiva neutral (por así decirlo, donde la finalidad del proceso no sea la búsqueda de la verdad, sino la obtención de cualquier resolución) puede ser que el problema del que nos ocupamos no se plantee o se plantee de modo marginal⁵. Teniendo en cuenta esta alternativa, y la elección de los autores, parece igualmente claro que una necesaria perspectiva adicional es la que deriva de la idea consistente en que un proceso puede ser justo solo si está fundado en la evaluación precisa y verdadera de los

² Las palabras cursivas en el texto se toman desde A. DONDI, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, I, 843 ss.

³ Sobre el tema de la complejidad, sobre todo en el aspecto procesal, ver los escritos presentes en A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, *passim*; para una referencia clásica sobre esto tema E. MORIN, *La complexité humaine*, Paris 2008 (y, en esta obra, espec. Id., *La défi de la complexité*, 317 ss).

⁴ Entre otros, espec., M.R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven 1997, *passim*.

⁵ En una perspectiva parecida véase, por ejemplo, O.G. CHASE, *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York 2005, *passim*; en el contexto europeo A. DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del juez en el proceso civil – Frente a ideología prudentia iuris*, Cizur Menor 2012, *passim*.

hechos. Una evaluación que además requiere de instrumentos adecuados para la efectiva evaluación procesal de la verdad fáctica, y esto en todas sus complejas articulaciones⁶.

Sin simplificar en extremo, pero aceptando aquí algunas dosis de simplificación, debemos reiterar como este tipo de problemas guarda una estrecha conexión con la ya indicada caracterización del momento actual como «momento de la complejidad». En el contexto del proceso, una caracterización similar implica una necesaria adaptación de los instrumentos de prueba al conocimiento de las complicaciones relacionadas con el contexto procesal. Y esta afirmación es particularmente cierta hoy en día debido a la presencia cada vez mayor de conflictos civiles que se pueden – y de hecho se deben – categorizar como complejos. Todo esto estructura un enfoque en sí mismo muy articulado, que parece estar inevitablemente conectado con la cultura jurídica estadounidense, que fue la primera que abordó – en amplia perspectiva – problemas de esta naturaleza.

Es en esta cultura jurídica en la que notoriamente aparece una expresión, ahora emblemática, como la de *complex litigation*, alrededor de la cual se desarrolla una amplia elaboración que llega a cuestionar los mismísimos fundamentos del *adversary system of litigation*. Y esto fundamentalmente a causa del debate muy serio y riguroso que allí se desarrolló precisamente sobre los papeles de las partes técnicas del proceso – para entendernos, los abogados y, sobre todo, el juez – en la adquisición de las pruebas científicas.

El *leitmotiv* de esta apertura estadounidense, que puede resumirse en la discusión sobre el problema de la fiabilidad científica, proporcionará una comparación tan inevitable como constante en las limitadas consideraciones que seguirán.

2. La calidad del conocimiento científico como problema procesal en la «revolución» estadounidense

Es este cruce entre calidad de los conocimientos científicos y papel de las partes (pero especialmente del juez) el que parece ser realmente perturbador para la cultura del proceso en el lapso de tiempo que va desde la segunda mitad del siglo XX hasta el momento presente. Y esto ocurre sobre todo bajo un perfil, cual sea el de la capacidad del proceso de adaptarse a las evoluciones que tienen lugar simultáneamente en el conocimiento científico y, por así decirlo, en la cultura *at large*.

En este contexto de problemas, una mirada exterior, como inevitablemente es la del comparatista, indica la presencia de fuertes diferencias entre las diversas culturas del proceso civil, y esto especialmente en relación con el presente tema de investigación. Y lo que constituye un desafío especial en este sentido parece ser – precisamente en una perspectiva comparativa – la desigualdad en el reconocimiento de la fundamental inmanencia del dato epistemológico dentro del proceso civil. Y este constituye el indicador que lleva al modelo procesal estadounidense a ser el más avanzado y correlativamente el más significativo para verificar la eficiencia de las otras disciplinas del proceso civil.

⁶ *Ex pluribus*, W. TWINING, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009, *passim*; ID., *The Great Juristic Bazaar*, Aldershot, Burlington 2002, *passim*; ID., *Globalization and Legal Theory*, Cambridge 2000, *passim*; S. HAACK, *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*, Cambridge 2014, *passim*; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, 7 y *passim*.

Este enfoque se manifestó inmediatamente al considerar la evolución sufrida en el curso de la segunda mitad del siglo XX de los problemas de eficacia general de la *expert witness testimony* en el modelo norteamericano. Notoriamente la *expert witness testimony* representa un sistema de adquisición de las pruebas científicas en el cual es principalmente para las partes la designación de los sujetos a través de los cuales este tipo de conocimiento entra en el proceso en forma de pruebas. Y se puede añadir que este sistema representa la solución más prevalente de adquirir conocimiento experto, con la consecuencia de que en esta materia prácticamente – aunque no formalmente – el juez estadounidense carece de específicos poderes de iniciativa probatoria.

Esta es una configuración muy clara en la legislación federal de *evidence*, o sea la *Rule 702* que representa la norma fundamental en este sentido. Ya en su versión original de 1938, esta norma prevé la necesaria asunción de la prueba científica en forma de *expert opinion* formulada en el *trial* por *experts* designados por las partes. Dos elementos parecen, sin embargo, de suma importancia en la consideración de la realidad de la *expert witness testimony* estadounidense. Se trata, por un lado, de su predominante colocación en el *pre-trial* y, en segundo lugar, de la elaboración de una noción de calidad de los conocimientos introducidos en el proceso a través de los *experts*⁷.

Ambas características se manifiestan principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX en conjunción con la percepción generalizada de la cultura jurídica estadounidense de la necesidad de adaptar el proceso a un nuevo marco de múltiples referencias culturales. Se trata principalmente de dos referencias que se refieren, sea a un dato técnico-procesal, sea a un dato epistemológico o de fiabilidad cognitiva.

Por lo que se refiere a la estructura técnica del proceso hay que recordar el fenómeno de transformación de las actividades iniciales del proceso llamadas *pretrial* en su parte fundamental (y de dentro de ella la adquisición de una preminencia aun mayor de las actividades de *discovery*). Es lo que acontece especialmente desde mediados de 70 de siglo XX tras un acalorado debate en la doctrina y algunas decisiones fundamentales de la *Federal Supreme Court*. En el contexto de esta evolución se plantea la idea de que el proceso no debe llevar a ninguna solución, pero debe realizar una evaluación efectiva de los hechos en cuestión. En este áspero camino, se llega a la transformación de algunos caracteres esenciales del proceso civil federal estadounidense como el papel del juez, el papel de los abogados y la función precisamente atribuible al *discovery*. En síntesis extrema, al final de este camino, el juez norteamericano tendrá que intervenir para asegurar una *just, speedy and inexpensive* gestión de las actividades del propio *discovery* y, a la vez, los abogados no podrán abusar de los instrumentos procesales dentro del mismo *discovery*. Además, pertenece a los años 90 del siglo XX la introducción de la llamada *mandatory initial disclosure*, o sea de la previsión de que las mismas partes tengan que proporcionar también *in absentia* de una específica *request of discovery* ciertas informaciones; informaciones en el contexto de las cuales se coloca (*Federal Rule 26 (a) (2)*) precisamente la *disclosure of expert witness*. Una *disclosure*

⁷ A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle 'conoscenze esperte' come expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 1133; Id., *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel diritto statunitense*, ivi, 1996, 261 ss.; recentemente A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano 2015, 249 ss.

que, en consonancia con lo que anteriormente se dijo, tendrá que garantizar/ demostrar la cualificación profesional del *experto* y el fundamento científico de su opinión⁸.

Esta evolución realmente transformadora de la concepción básica del proceso civil estadounidense lleva a una profunda reconsideración también de los parámetros de utilización de los conocimientos científicos introducidos en el proceso por los *experts*. En una visión globalmente ética de las actividades procesales, los mismos conocimientos científicos no pueden seguir siendo cualquier clase de interpretación de realidades complejas, sino conocimientos fiables en toda su extensión. Y es de esta manera, intentando eliminar la llamada *junk science*, como se consigue elaborar una efectiva selección preventiva de los conocimientos introducidos en el proceso por las partes, según criterios que la jurisprudencia federal identifica de manera casi excesivamente taxonómica a principio de los años 90 del siglo XX.

Notoriamente, esta jurisprudencia coincide con el ahora mítico caso *Daubert v. Merrell* y la identificación de un núcleo rígido de cinco criterios selectivos a disposición del juez. Y de manera igualmente notoria coinciden aquí cinco criterios de subposición del dictamen pericial a una selección basada en la necesaria presencia, como aquí sólo vamos a recordar, de: a) *testability*, es decir la verificabilidad empírica de la teoría apoyada por el experto; b) *peer review*, es decir, la publicación de la teoría en las revistas científicas reconocidas del sector; c) *rate of error*, para entender la reputación del margen de error al cual se puede ajustar la teoría empleada o el método de investigación utilizado por el experto; d) *maintenance of standard* o el mantenimiento de las normas de fiabilidad de los resultados obtenidos por la aplicación de la teoría científica o método de investigación utilizado; e) *general acceptance*, que sigue siendo presente de manera residual como criterio previamente (o sea, en la primera parte del siglo XX después de la sentencia *Frey* de 1923) utilizado en manera unívoca como estándar selectivo de los conocimientos científicos introducidos en el proceso⁹.

Es precisamente la superación de un estándar tan único y singular el que señala un verdadero cambio de época, producido en este contexto por la cultura jurídica estadounidense. Una superación realizada a través del *Daubert case*, del que se puede decir que supone la adopción de una perspectiva que no sólo es moderna en el sentido histórico, sino también de una sensibilidad casi completamente postmodernista con respecto a las

⁸ Como es bien sabido en la subdivisión (a) (2) de la *Rule 26* de las *Federal Rules of Civil Procedure* («*Disclosure of Expert Testimony*») se requiere que la parte comunique el nombre del testigo experto que pretende utilizar durante el *trial*. Este último deberá presentar un informe escrito en el que se indique lo siguiente: i) la plena divulgación de todas las opiniones que se harán durante el juicio, junto con los argumentos técnico-científicos que las respalden; ii) los hechos y datos considerados a efectos del dictamen; iii) los datos científicos de referencia y cualquier otra cosa que utilice el perito para resumir o apoyar sus conclusiones; iv) el listado de publicaciones realizadas durante los últimos diez años; v) la indicación de los litigios en los que se ha producido la calidad de los peritos en los últimos cuatro años.

⁹ Para una traducción italiana de la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Daubert* vease A. DONDI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, cit., 261 ss.; entre las muchas referencias posibles al «*Daubert Test*» como el método de seleccionar conocimiento experto que se puede utilizar de manera concreta en el *trial*, veanse D.H. KAYE, D.E. BERNSTEIN, J.L. MNOOKIN, *The New Wigmore: Expert Evidence*, 2ª ed., Austin 2010, 290 ss., P.C. GIANNELLI, E.J. IMWINKELRIED, *Scientific Evidence*, 4ª ed., Charlottesville 2007, 34 ss.

ciencias, su relatividad y, sin embargo, su necesidad de un uso serio, es decir efectivamente probatorio. Y no importa, en esta perspectiva que, al hacerlo, la jurisprudencia federal estadounidense también pueda parecer casi torpe en una perspectiva hodierna. De hecho, es en todo caso una circunstancia indiscutible que, si bien el criterio de *general acceptance* elaborado por *Frey* pretenda implícita y explícitamente ser satisfactivo al mero llamamiento a la opinión actual en la ciencia oficial, la elaboración de *Daubert* se refiere a mucho más. Es decir, a una situación de incertidumbre reconocida y *falsifiability* del conocimiento científico, abriendo así las puertas, en el contexto de una verificación inevitablemente específica por parte del juez, a la adquisición en el proceso de los resultados de la *novel science* (como conocimientos científicos nuevos)¹⁰.

3. Implicaciones y efectos de una nueva visión entre *common law* y *civil law*

Más allá de su carácter un poco *tentative*, la profunda importancia del dictamen de *Daubert* parece sin embargo consistir sobre todo en su influencia sobre la cultura jurídica estadounidense entre el siglo XX y lo que hoy estamos viviendo.

La más evidente de estas influencias es la que atañe al papel del juez, y que especialmente se refiere a su actividad de seleccionador de los conocimientos científicos ya, como hemos dicho, en el desarrollo de la fase de *pretrial-discovery*¹¹. Este es un cambio que resulta tan incisivo como los que se produjeron a principios de los años 80 del siglo XX en el contexto precisamente del *discovery* y por lo que se refiere a las previsiones de la *Rule 37* de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Pero, sobre todo, un cambio en el cual se encuentra una idea de juez que implica también una nueva, diferente, idea de abogados en la interrelación procesal que se produce precisamente en el contexto de la utilización de la prueba científica. Es decir que también los abogados están, por causa del *dictum* de *Daubert* y del *stream* jurisprudencial que sigue, obligados a organizar de manera «apropiada» sus mismas *expert opinions* y de manera aún más específica de lo que ordena, como ya se ha dicho, la misma *Rule 26 (b) (2)*¹².

De veras, esta particular elaboración de la prueba pericial en los Estados Unidos se fonda sobre una ulterior extensión de la carga de trabajo de abogados y jueces, habida cuenta la necesaria seriedad de la información científica utilizada en el proceso civil. Parece esta la

¹⁰ Para propósitos ilustrativos vease J.J. MALTESE, *Frye or Daubert: A Study of the Differences and Similarities in the Judge's Role in the Review of Scientific Evidence*, Reno 1998, 123 ss.; R. ROBINSON, *A Tale of Two Dauberts: The Selective Application of Scientific Scrutiny for the Admissibility of Expert Testimony*, Madison 2004, 34 ss.; S.R. GROSS, *Substance and Form in Scientific Evidence: What Daubert Didn't Do*, in L. KRAMER (ed.), *Reforming the Civil Justice System*, New York 1996, 234 ss.; D.H. KAYE, *The Dynamics of Daubert: Methodology Conclusion and FIT in Statistical and Econometric Studies*, in 87 *Val. L. Rev.* 2001, 1933 ss.

¹¹ Recientemente, en una literatura muy vasta, por ejemplo, C.F. CRANOR, *Toxic Torts. Science, Law and the Possibility of Justice*, 2ª ed., New York 2016, 7 ss. (espec. en tema de *legal admissibility of expert testimony* en una perspectiva histórica) y también G.B. MICKUM, L.L. HAJEK, *Guisse, Contrivance, or Artful Dodging? The Discovery Rules Governing Testifying Employee Experts*, in 24 *Rev. of Lit.* 2005, 306 ss.; S. HAACK, *Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science*, in 95 *Am. J. Pub. Health* 2005, 66 ss.

¹² Recientemente vease P.W. GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of Federal Rules of Civil Procedure*, in 36 *Rev. of Lit.* 2017, 117 ss.

razón básica de la presencia de un verdadero *stream* de decisiones judiciales – especialmente por la *Federal Supreme Court* – que siguen la solución adoptada con el *dictum Daubert*, a veces también en el contexto de una utilización crítica de la *philosophy* de esta decisión¹³.

Es de manera parecida que – en nuestra opinión – se llega a una decisión como la de *Khumo*, en la cual substancialmente se utiliza una interpretación simplificada de la filosofía contenida en el *leading case Daubert* limitándola – en realidad con referencia a la introducción de conocimientos no científicos pero técnicos – solo a tres parámetros selectivos. Y parece especialmente importante que esta tríada sea, para simplificar mucho, precisamente transpuesta en la nueva versión realizada en 2001, sólo dos años después de la decisión *Khumo* de la *Rule 702*, la principal norma en materia de *expert opinion* contenida en las *Federal Rules of Evidence*. Así que la estructura de la *expert opinion* se podría decir que está caracterizada, desde hace algunos años, por los siguientes estándares selectivos: 1) la presencia de «*sufficient facts or data*» fundantes de la *testimony*; 2) que la *testimony* sea el producto de «*reliable principles and methods*»; 3) y que estos principios y métodos se hayan aplicado con «*reliability to the facts of the case*»¹⁴.

Independientemente de los cambios, sin embargo apropiados, ocurridos precisamente en 2011 bajo un perfil exclusivamente estilístico, la *Rule 702* no ha sufrido ningún cambio realmente significativo bajo un perfil técnico o concretamente sobre los requisitos de elegibilidad del perito como *expert witness*. Esta circunstancia, para un versículo, parece atestiguar la validez permanente de la *Daubert trilogy* y, para otro versículo, parece confirmar como este representa un punto de llegada todavía válido desde un punto de vista doctrinal. De hecho, en el contexto del debate sobre la calidad y validez procesal de los conocimientos científicos hoy día otros temas, o tal vez nuevas perspectivas, parecen emerger¹⁵.

Es sobre todo el caso de una atención especial a los costos relacionados con el uso procedimental del *expert witness* y, en consecuencia, de la necesidad percibida extensamente de aplicar criterios de *proportionality* a la utilización de los conocimientos científicos en los procesos civiles. De esto deriva una instancia de general limitación de parecida práctica (y debemos recordar que durante mucho tiempo se ha caracterizado por extensas formas de abuso)¹⁶. Y, como es fácil entender, esto implica inevitablemente extender los poderes del juez en la forma de su interferencia en el proceso para contrarrestar tal abuso, seleccionando además entre las muchas pruebas de la evidencia científica, precisamente

¹³ D. FAIGMAN (ed.), *Modern Scientific Evidence: the Law and Science of Expert Testimony After Daubert*, St. Paul, Minn. 2002, *passim*.

¹⁴ Entre otros, en relación con la reforma de la *Rule 702* y su influencia véase D. SONENSHEIN, C. FITZPATRICK, *The Problem of Partisan Experts and the Potential for Reform Through Concurrent Evidence*, in 32 *Rev. of Lit.* 2013, 3 ss.; C.A. LIU, *Scanning the Evidence: the Evidentiary Admissibility of Expert Witness Testimony on MRI Brain Scans on Civil Cases in the Post-Daubert Era*, in 70 *N.Y.U. Ann. Sur. Am. L.* 2015, 479 ss.

¹⁵ Limitando la cita a un ensayo muy reciente, v. B.P. BILLAUER, *Admissibility of Scientific Evidence Under Daubert: The Fatal Flaws of «Falsifiability» and «Falsification»*, in 22 *B.U.J. Sci. & Tech. L.* 2016, 21 ss.

¹⁶ Además de una referencia clásica como P.C. GIANNELLI, E.J. IMWINKELRIED, *Scientific Evidence*, cit., 345 s., véase D. SONENSHEIN, C. FITZPATRICK, *The Problem of Partisan Experts and the Potential for Reform Through Concurrent Evidence*, in 32 *Rev. of Lit.* 2013, 3 ss.

proporcionando a través la estimación del *range of plausibility* de las varias *expert opinions* dentro de las actividades de *discovery*¹⁷.

De hecho, se confirma que en el momento del *discovery* – verdadero ‘momento de la verdad’ del proceso – es donde se juegan las verdaderas *chances* de efectiva selección de los conocimientos científicos y también de efectividad general del proceso civil estadounidense. Y desde aquí una imprescindible necesidad de selección de las actividades relativas sobre todo a la prueba científica. Una selección realizada sea en el *locus* típico de la *Rule* 26 (b) (2) (C) (iii) – precisamente dedicado al *disclosure* de las *expert witness testimonies* – sea en la parte inicial y fundadora de la disciplina del *discovery* o, sea la *Rule* 26 (b) (1), donde claramente la necesidad de justificar cuanto «*proportional to the need of the case*» como los «*important of the issues at stake [y del] amount in controversy*»¹⁸. Una vez más – como ya he dicho poco más arriba – no sólo lo jueces sino también los abogados tendrán que ajustar sus actividades (*request of discovery*) a esta regla de proporcionalidad so pena de sufrir las sanciones previstas en la *Rule* 37 (que no por casualidad se titula específicamente como *sanction for discovery*)¹⁹.

De hecho, esta atención a los costes asociados al uso de la prueba como *expert witness* se encuentra también en otro modelo procesal dentro de la cultura de *common law*, como el inglés, del cual, además, el modelo estadounidense derivó gran parte de las filosofías de intervención inspiradas en el criterio de proporcionalidad.

A partir de una reciente reforma (2013), pero tras largas discusiones en el transcurso de por lo menos un decenio, la noción de proporcionalidad como *cost proportionality* fue introducida en la cultura procesal inglesa, y eso con referencia específica al uso del conocimiento experto²⁰. De hecho, después de la reforma de 2013 de las *Civil Procedure Rules* la nueva versión de la *Part* 35 adopta una perspectiva de general restricción y reducción de los supuestos de recurso a la adquisición de los conocimientos científicos.

Y también plantea el criterio de la evaluación/reducción de costes como un parámetro clave de la evaluación por parte del juez de la oportunidad de intervenir en la gestión de la *expert witness*. Se trata de una intervención que tiene lugar en el proceso civil inglés a través de tres modos de control en la forma de las llamadas *permissions*. Notablemente para obtener una *permission* por el juez las partes están obligadas a formular una instancia específica que necesariamente debe contener: i) una *estimation of costs* del dictamen pericial propuesto; ii) una descripción del alcance y la base científica de la *expert witness*; (iii) la identificación del experto. Por consiguiente, se ejercerá un control jurisdiccional sobre esos elementos; y esto también a través de la indicación específica de los temas que deben ser objeto del dictamen pericial²¹.

¹⁷ P.W. GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 30 *Rev. of Lit.* 2017, 117 ss.; spec. 169 ss.

¹⁸ M. CHLISTUNOFF, *Expert Testimony and Quest for Reliability – The Case for a Methodology Questionnaire*, in 94 *Tex. L. Rev.* 2016, 1055 ss.

¹⁹ P.W. GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, cit., 169 ss.

²⁰ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., 164 ss.

²¹ P. COMOGLIO, *Giustizia (non) a tutti i costi – Significativo update delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 145; V. RAMSEY, *Implementation of the Costs Reform*, in *C.J.Q.* 2013, 117 ss.

Es precisamente este deber de ejercer por parte del juez esta clase de *court's powers* directamente incisivo en si utilizar o no estas pruebas que representa un elemento completamente típico y preponderante del modelo inglés y, a la inversa, que marca una clara diferencia con el modelo estadounidense. Mientras en este último modelo se conserva a la *expert witness* el carácter típico de una prueba en la disponibilidad exclusiva de las partes, los fuertes poderes de liderazgo de los jueces ingleses manifiestan la filosofía de prevalencia neta del menor tiempo, costo y simplificación característicos de la reforma del C.P.R. de 1998²².

Esta caracterización del *expert witness* inglés también es ejemplificada por la figura del experto conjunto nombrado por ambas partes junto con el juez; una figura no acaso completamente desconocida para la cultura procesal estadounidense en cuanto íntimamente no partidista y lejos de una visión de drástica *party presentaton* todavía muy arraigada en ese área cultural.

Sin embargo, hay que añadir como precisamente esta visión de la prueba pericial recién adoptada por el ordenamiento inglés puede representar una especie de *trait d'union* entre las disciplinas anglosajonas y las de *civil law* o europeas-continenciales. Si bien se pretenda aquí limitar la comparación esencialmente a los modelos procesales ya considerados, con respecto a esta última indicación se puede resumir en extrema síntesis lo siguiente.

Lo que parece reunir modelos procesales distintos en el contexto europeo-continental es en definitiva sobre todo la aspiración a que se realice un estrecho control del juez en la selección y adquisición de la prueba experta. De hecho este dato resulta ya presente en la cultura francesa y alemana desde el siglo XIX, puesto que poderes significativos de intervención pertenece al juez, por ejemplo en el *expertise* bajo el código de derecho procesal napoleónico de 1806. Y eso en términos de elección del mismo experto (se repite por parte del juez, solo o junto con las partes), de determinación de su tarea y de evaluación discrecional de los resultados de las actividades periciales²³. Y este papel hiperactivo del juez frente a la pericia o a la utilización de los conocimientos científicos en el proceso encuentra su justificación principal en que el conocimiento de los hechos en la causa necesita para ser efectivo casi inevitablemente un parecido cruce del 'recorrido pericial'. Una supervisión y dirección útil también para limitar lo que igualmente sigue a la actividad pericial, incluidos costes a veces particularmente altos.

Dicho esto como tendencia y finalidad general, hay que destacar un ulterior carácter común: una propensión a utilizar varias formas de pericia relacionadas a las características y, sobre todo, a la complejidad de las causas. De hecho, este perfil de la complejidad comienza a manifestarse también en Europa como una de las cuestiones fundamentales para abordar el tema de la prueba pericial. En otras palabras, los europeos nos damos cuenta de cómo la complicación inherente de la evidencia científica refleja la complicación-complejidad que ahora es típica de la gran mayoría de los conflictos civiles. En manera diferente que en los Estados Unidos, donde durante mucho tiempo se ha institucionalizado una categoría particular como la de *complex litigation*, en Europa empezamos sin embargo a

²² Para una revisión analítica de los efectos de la reciente historia sobre testimonios de expertos y perspectivas futuras de desarrollo, vease D.H. GENN, *Getting to the Truth: Experts and Judges in the «Hot Tub»*, in *C.J.Q.* 2013, 275 ss.

²³ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., 258 ss.

admitir que es sobre todo a través de buenas pericias como se pueden resolver conflictos civiles por eso mismo complicados (o complejos).

En esta diversidad europea, un ejemplo típico y muy apreciable es el recurso en el modelo francés a una significativa multiplicidad de soluciones en este sentido. La solución francesa se caracteriza por una división en tres formas de la prueba pericial; formas precisamente dependientes de la complejidad de las actividades requeridas por el experto.

Aquí, bajo los artículos 249 y 256 *CPC*, se encuentran dos clases de pericias que representan modalidades de adquisición de conocimientos en los cuales el juez pide al experto «*une simple constatation*» puesto que la cuestión «*purement technique ne requiert pas d'investigations complexes*».

Solo donde no considere adecuadas o suficientes otras formas simplificadas de adquirir conocimientos expertos el juez puede sin embargo ordenar propiamente una *expertise*. Bajo el mismo artículo 256 del *CPC* en efecto el juez tendrá que motivar – indicando las características de la controversia y las finalidades de contenido, de tiempo, actividades y gastos – las razones del recurso al *expertise* propiamente dicho en cuanto residuala otras, búsqueda de conocimientos útiles para la resolución de los conflictos²⁴.

En particular, una vez configurado «*le délai dans lequel l'expert devra donner son avis*», el juez tendrá que llevar a cabo una calendarización de las operaciones de expertos. Además el mismo juez tendrá a que controlar que el experto haga todo para «*prendre en considération*» las instancias de las partes en el respeto de la efectividad de la forma contradictoria²⁵.

Un parecido fuerte control judicial se encuentra, de otro lado, también en el modelo alemán de prueba pericial. No sólo es el juez quien nombra *ex officio* los *Sachverständigen* sino la oficialidad de esta actividad esta aquí garantizada desde la actual afiliación de expertos a listas oficiales en los tribunales (aunque hoy día sea algo común la práctica del acuerdo de las partes sobre la identidad del experto). En todo caso la importancia de la tarea del juez cuanto a la pericia y sobre todo a la figura del experto se muestra en la verificación necesaria de que el juez debe darse cuenta de que el experto posee las competencias profesionales o científicas requeridas en la específica controversia (§ 407 *ZPO*)²⁶.

Los ejemplos proporcionados por dos de los ordenamientos continentales más típicos muestran, de hecho, una tendencia... ultra europea. En sistemas procesales que se podrían definir nuevos si no fuera intrínsecamente imprecisa esta definición, como por ejemplo los sudamericanos o los orientales (a incluir un modelo tan importante cual el ruso) se manifestó una análoga tendencia general. En un porcentaje muy grande, la actividad de elección del experto está atribuida al juez, como la especial atención reservada al problema

²⁴ Para una referencia clásica L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris 2006, 566 ss.; y también J. BOULEX, *Expertises judiciaires. Désignation et mission de l'expert*, 13ª ed., Paris 2004, 21 ss.

²⁵ Entre los muchos, en la materia, F. FERRAND, *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen*, in *Rev. int. droit comp.* 2000, 345 ss.; L. CADIET, J. NORMAND, S. MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris 2010, 132 ss.

²⁶ Como referencia básica veanse W. BAYERLEIN (ed.), *Praxishandbuch Sachverständigenrecht*, 3ª ed., München 2002, *passim*; P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham 2004, 281 ss.; Para una mirada en perspectiva en comparación con los temas planteados aquí y la configuración de la cultura alemana en este sentido R. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 523 ss.

de la cualidad de la opinión de los expertos, claramente sujeta al control correlativo por el mismo juez²⁷.

4. Anomalías persistentes en el modelo procesal italiano

Frente a este panorama caracterizado por una tendencia extendida pero no homologada en dirección sea de una mayor cualidad de los conocimientos científicos llevados hacia una mayor calidad del conocimiento científico introducido en el proceso civil y, en consecuencia, un mayor control judicial, la situación italiana se presenta como un modelo aparte. Se trata, se podría decir, de una singularidad muy peculiar y extendida a ambas de las características ahora señaladas; una singularidad por la cual, como veremos, la prueba pericial se encuentra en Italia en un estado de 'debilitación severa'. Y se puede anticipar que prácticamente, como resultado de esta condición, por un lado, no funciona como tal nuestra evidencia científica y, por otro lado, provoca la disfunción de una porción significativa de todo el proceso civil²⁸.

De hecho, la principal peculiaridad de la disciplina italiana es la falta de caracterización expresamente probatoria de los instrumentos de adquisición del conocimiento científico en el proceso civil. Se trata de una actitud italiana muy típica derivada de una evolución explícitamente 'moderna' o sea dogmática, simplificadora y, que encuentra explicación dentro de un clima cultural – más que político – de finales de los años treinta de Italia. Como reacción a las disfunciones de la disciplina del anterior código de 1865, el código de 1942 adopta una impostación esquemática extrema en la cual el juez utiliza al experto como su *longa manus* y – por decirlo con Carnelutti – se guía por ellas en la adquisición-utilización del conocimiento científico. Y es precisamente por el hecho de que en esta 'nueva configuración' del código de 1942 el perito adquiere la esencial cualificación de «ausiliario del giudice» que la llamada «consulenza tecnica d'ufficio» se extrae de los medios de prueba típicos²⁹.

Tenemos sin embargo que decir de inmediato que esta 'sistemática' de los conocimientos científicos en el proceso, que trata de resolver en manera rápida y definitiva el problema de su adquisición a través de una estrecha interrelación entre el juez y el «consulente tecnico» nombrado por él, realmente fracasa en la práctica del proceso civil italiano. Es lo que ocurre tanto desde un punto de vista estrictamente funcional como desde el punto de vista del control judicial sobre la calidad del tratamiento de la información científica dentro de la opinión del experto.

Este fracaso, se repite, realmente implica todos los aspectos de la *consulenza* técnica, como, por ejemplo, la manera de elección del *consulente tecnico*, la individuación de su tarea, el respeto del principio de contradicción con las partes. Pero en particular se centra en

²⁷ Dentro de una mirada de comparación amplia, recientemente en este sentido A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., 252 ss.

²⁸ Por ejemplo, en la doctrina italiana, véase M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Studi in onore di Federico Stella*, Napoli 2007, 1375 ss.; A. DONDI, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, cit., 843 ss.; en una perspectiva más amplia véase L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, 4ª ed., Torino 2010, 870 ss.

²⁹ Para una reconstrucción histórica véase V. Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011, 203 ss.

el proceso de evaluación de los conocimientos del experto o sea en el verdadero momento de evaluación de su propia calidad. De hecho, puede decirse que la falta de búsqueda de un estándar de calidad ha llegado a ser el carácter principal de la normativa y la práctica de la evidencia científica en el proceso civil italiano³⁰.

Lo que sigue es un pobre intento de explicar este acontecimiento, teniendo en cuenta también los problemas que ha causado para la eficiencia general del proceso civil italiano durante la segunda mitad del siglo XX, hasta el día de hoy.

Hay en primer lugar que señalar un serio problema de elaboración jurisprudencial o, quizás, de falta de suficiente elaboración. Esto se debe a que incluso hoy y en la gran mayoría la jurisprudencia italiana ha exonerado al juez de un control efectivo de la calidad del conocimiento experto. Y esto a través de una exención adicional de la obligación de motivar las razones del uso – o no-uso – de los resultados de la *consulenza tecnica* en el caso concreto. Y aparece además tan significativo como paradójico la fundación de esta extendida orientación jurisprudencial; es decir, el recurso icástico y fundamentalmente acrítico al brocardo latín *iudex peritus peritorum* como *relevatio* por el mismo juez de la carga de indicar las razones de su decisión³¹.

Incluso con cierta tristeza, hay que admitir que tal estado de cosas ha *de facto* asegurado que los jueces italianos han sido en cierta medida inducidos a un raciocinio acrítico e inevitablemente descontrolado de los resultados de la *consulenza tecnica* proporcionada por el *consulente*. Un *consulente*, entre otras cosas, por ellos mismos designado como resultado de una selección rutinaria y lejos de parámetros serios de evaluación cualitativa de las capacidades del experto en el caso concreto³².

Sobre esto parece justificarse otra consideración siempre relacionada con la jurisprudencia italiana en este campo. Incluso la minoría de decisiones que emanan una cierta conciencia epistemológica, abordan el problema de la calidad del conocimiento científico de una manera básicamente inadecuada; o sea en una perspectiva de ‘modernidad histórica’, hoy día en gran medida superada. De hecho, esta minoría busca determinar la fiabilidad de la pericia del experto sólo como sedimentación formal de las nociones utilizadas en la comunidad científica de referencia; limitándose, de esta manera, a atestiguar las afirmaciones establecidas en la jurisprudencia estadounidense a principios del siglo XX y en gran parte superadas hace ya más de tres décadas, como hemos tratado de ilustrar más arriba³³.

Parecería, sin embargo, posible pensar en un enfoque diferente del problema incluso para Italia y pese a una legislación muy limitada y llena de lagunas. Lo que significa al me-

³⁰ Entre otros A. DONDI, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile*, cit., 852; V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1132 ss.; ID., *Commento sub art. 191 c.p.c.*, in M. TARUFFO (ed.), *L'istruzione probatoria*, Bologna 2014, 25 ss.

³¹ Recientemente ver V. ANSANELLI, *Il controllo giudiziale delle informazioni tecnico-scientifiche nel processo*, in *Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, LXV, *Problemi relativi alla prova nel processo civile*, Bologna 2016, 71 ss.

³² Dentro de un comentario reciente de la reforma que reconfigura expresamente la disciplina italiana de los peritales V. ANSANELLI, *Commento sub art. 23 disp. att. c.p.c.*, in C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO (eds.), *La riforma del 2009*, Milano 2009, 389 ss.

³³ Sobre el carácter muy fechado de esta ‘nueva’ jurisprudencia italiana al respecto, véase V. ANSANELLI, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 713 ss.

nos que algunos cambios en la estructura de la disciplina de la *consulenza tecnica d'ufficio* habrían, inequívocamente, de realizarse. En primer lugar, sería necesario reubicar la misma *consulenza tecnica* dentro de las pruebas típicas. Esto se debe esencialmente al hecho de que tal reubicación impondría al juez por lo menos aplicar al conocimiento experto las normas de prueba de motivación estándar. Pero no solo.

Sin embargo, independientemente de una reformulación regulatoria indispensable – sobre la cual volveremos más adelante –, un replanteamiento general de la función de la prueba experta en un contexto procesal modificado, como el actual, parece igualmente indispensable. Este es probablemente el paso más árduo para una cultura jurídica – como la italiana – la cual, en la última mitad del siglo XX, no ha parecido capaz de abordar algunos problemas esenciales de la mutación en el contexto socioeconómico en el que el proceso civil debe funcionar. Es, sobre todo, la falta de profundizar – aun con algunas excepciones marginales de estudios comparativos – sobre la necesidad de tener en cuenta un problema central como la calidad de la ciencia utilizada en el proceso³⁴.

Y, aún más, a pesar de la percepción generalizada de la importancia de un instrumento como la *consulenza tecnica* para la concreta resolución de un cada vez más amplio número de controversias, su impacto fundamental en la calidad general de la justicia civil no parece percibido por la cultura jurídica italiana considerado en un sentido amplio.

Dentro de esta amplia concepción de la cultura jurídica italiana, la jurisprudencia parece desgraciadamente la menos perceptiva de los problemas de calidad del conocimiento científico. Ya en un rápido y aquí inevitablemente superficial vistazo a su trabajo surge, de hecho, una intención generalizada de eximir al juez de la responsabilidad de seleccionará tanto a los expertos coáo los conocimientos específicos introducidos en el proceso. En este contexto se puede decir incluso que, en el argumento típico de la jurisprudencia italiana, el llamado al principio de supremacía judicial (todavía en constante descenso a través de la expresión *iudex Peritus peritorum*) es funcional a esta renuncia de responsabilidad del juez y de hecho a una validación preventiva, consistente y sustancialmente incontrolada de los resultados de la llamada consulencia técnica. Lo que conduce con bastante tristeza a concluir que, como resultado, el verdadero paso cognitivo del conocimiento científico en el proceso civil italiano es el del mero nombramiento del perito, con el cual el juez se considera excusado sustancialmente de cualquier otra tarea o verificación.

Esto a pesar de la importancia objetiva de la pericia de la cual depende el resultado de todo el proceso en última instancia, así como básicamente la solución del conflicto. Y esto nos dice que, en el momento de la decisión, en verdad los resultados obtenidos de manera tan poco precisa y genérica se convierten en el instrumento fundamental de la actividad judicial. De esta forma el verdadero núcleo del problema resulta, inevetablemente, el de la incidencia o influencia de esta actitud sobre la calidad de la justicia civil italiana.

Por otra parte, cada etapa del procedimiento italiano de adquisición del experto manifiesta este problema; problema ya confirmado por el nombramiento de expertos, que se lleva a cabo sin una atención real a las habilidades específicas y cualidades profesionales que poseen, sobre todo en relación con las necesidades cognitivas planteadas por el caso

³⁴ Véanse en el texto *supra* las referencias a las obras, en particular de M. Taruffo y A. Dondi.

concreto. Por el contrario, puede afirmarse que la asignación es bastante casual y esencialmente rutinaria³⁵.

Por otro lado, no resulta muy diferente la situación con respecto a la forma de determinar y ejercer el trabajo del experto. Bajo el primer perfil, se observa que muy raramente en la práctica del proceso la formulación de preguntas se efectúa de manera específica y detallada, haciendo que la práctica de formulaciones genéricas (en el límite de su estandarización) sea mucho más común y tendencialmente autoexplicativa que los perfiles de la controversia. Bajo el segundo perfil es necesario – aunque triste – notar que hay un abandono sustancial del experto que trabaja solo y con una ausencia constante de contacto y control por parte del juez. Además, no se puede ignorar cómo, en esta soledad del experto en las actividades de peritación, también se registra una ausencia significativa de participación de las partes.

Parece obvio a los autores que tal circunstancia provoca una perniciosa ausencia de contraste, y esto precisamente en un momento crucial para la formación del conocimiento útil para resolver la disputa. Una ausencia que es importante también porque no ayuda al juez a evaluar – precisamente como *peritus peritorum* – la calidad real de las opiniones expresadas por el experto *ex officio* (o sea el *consulente* técnico *d'ufficio*) en relación con las opiniones expresadas por los expertos de las partes (o sea los *consulenti tecnici di parte*)³⁶.

Este contexto se refleja inevitablemente en el momento de la decisión, tanto en lo que se refiere al conocimiento experto como – ya se ha dicho – en lo que se refiere al litigio en su conjunto. La evaluación de los resultados del dictamen es otra – si no la principal – manifestación de la insuficiencia de la disciplina italiana en el control de calidad del mismo dictamen. Esta deficiencia se basa en el hecho de que, debido a la falta de calificación de las pruebas como medio de prueba y de la mera cualificación auxiliar del perito, el tribunal no está obligado a motivar su decisión.

Este estado de cosas sólo impone una conclusión: ¿cómo pensar que, además de la falta de una obligación de motivación a este respecto, un juez puede sentirse obligado a controlar (que es...) la calidad del conocimiento del experto elegido con tan poco fundamento científico?

³⁵ Como manifiesta la previsión del artículo 23 disp. att. c.p.c. italiano que lo que obliga al tribunal a no asignar a los puestos de consultores un máximo del 10% del número total de asignaciones dadas en un distrito determinado.

³⁶ Para resumir las muchas referencias posibles vease V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., 205 ss.

SEZIONE IV
COMPARAZIONE

41. UNA PAGINA DI PEKELIS RIVISITATA*

La riproposizione di questo saggio a quasi quarant'anni di distanza dalla sua prima apparizione si giustifica per un duplice ordine di motivi: l'occasione per una 'rivisitazione' della figura di un giurista come Alessandro Pekelis, e il notevole interesse intrinseco del lavoro qui tradotto, in ragione del taglio comparatistico del discorso e delle prese di posizione dell'autore.

Quanto al primo profilo, va immediatamente precisato che non rientra nei limiti di questa introduzione la ricostruzione di una biografia intellettuale del giurista Pekelis. Ciò che – senza la pretesa di fornirne un'interpretazione complessiva della vicenda culturale – si intende porre in rilievo solo alcune caratteristiche della sua attività di studioso, maggiormente indicative dei rapporti intrattenuti con i due ambienti scientifici, italiano e statunitense, nell'ambito dei quali egli si trovò ad operare. Un simile approccio si impone in quanto la figura dell'autore viene qui considerata principalmente nella prospettiva di quella che è stata l'opera più significativa della sua produzione americana. In questa prospettiva la funzione di uno sguardo all'indietro verso il periodo italiano risulta essenzialmente quella di consentire un raffronto fra l'attività scientifica svolta in Italia e i risultati delle ricerche del successivo periodo statunitense.

Per quanto così delimitato, il compito di inquadrare la figura di Pekelis nell'ambito della cultura giuridica italiana degli anni '30 non si presenta agevole. Essa sfugge a definizioni univoche, e, in parte anche in ragione della duplicità dei campi, filosofico-giuridico e processualistico, verso i quali Pekelis rivolse i suoi interessi, non sembra possibile stabilire la completa appartenenza ad una specifica tendenza culturale, nonostante la derivazione idealistica dei suoi studi di teoria generale del diritto.

Denuncia questa matrice l'impostazione del principale lavoro di Pekelis in materia¹. In effetti, la concettualizzazione di un'idea astratta di diritto, presente ne *Il diritto come volontà costante*, si inserisce in un «atteggiamento mentalistico» di chiara marca idealistica². La ricerca filosofica di Pekelis appare tuttavia indirizzata verso il superamento del tipico approccio idealistico, crociano o gentiliano, nei riguardi di una teoria generale del diritto. Aderendo in ciò ad una tendenza che si manifesta intorno agli anni '30³ Pekelis attribuisce una centralità e un'autonomia concettuale alla nozione di diritto che risultano estranee all'originaria impostazione idealistica⁴. Come nelle opere di altri autori di quel

* Questo scritto è stato pubblicato in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1982, 1, 131-166.

¹ Cfr., A. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova 1931.

² Così G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VII, Bologna 1977, 153.

³ Si veda, in questo senso, ad es., G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna 1970, III, 385 ss.; V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, Milano 1978, 27; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977, 59.

⁴ Cfr. B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (*Memoria accademica del 1907 ristampata con aggiunte e preceduta da un'introduzione di Adelchi Attisani*), Napoli 1926; v. anche A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano 1974, 93 ss.

periodo⁵, ne *Il diritto come volontà costante* questa sostanziale inversione di atteggiamento deriva dall'assunzione di una diversa prospettiva iniziale. Non più problema particolare, da prendere in considerazione in via successiva e accessoria rispetto al problema ontologico generale, il diritto viene visto come un momento specifico della realtà, da cui partire per un'analisi complessiva di essa⁶.

*Nato a Odessa nel 1902, Alessandro Pekelis giunge in Italia all'età di venti anni. Stabilitosi a Firenze, vi si laurea in giurisprudenza con tesi che, in forma ampliata, costituirà il suo primo e più noto saggio. Poco dopo ottiene la libera docenza di Filosofia del diritto a Roma, città dove svolge anche una intensa attività professionale. Dal '38, abbandonata l'Italia e dopo un breve soggiorno parigino, si trasferisce negli Stati Uniti, dove insegna presso la Graduate Faculty of Social Sciences di New York. Muore in un incidente aereo nel dicembre del 1946. Il saggio qui tradotto è anche pubblicato in Pekelis, *Law and Social Action*, Ithaca, 1950, 42 ss., che rappresenta la raccolta postuma degli studi americani dell'autore (nel postscript, notizie sull'attività statunitense di Pekelis).*

Già nell'ambito di quello che è stato definito ora come «idealismo critico» ora come «neo-idealismo»⁷, la ricerca di Pekelis si caratterizza per una connotazione particolare, data dal rilievo che in essa assume il dato procedimentale, del diritto «in azione». Una simile caratteristica trova il suo fondamento nella concezione del diritto come volontà statuale, manifestantesi non attraverso un comando, ma un'attività coercitiva o sanzionatoria⁸. Concependo il diritto essenzialmente come azione-coazione, escludendo quindi che alla base di esso possa porsi un calcolo di convenienza, Pekelis si contrappone alla teoria (*riduzione*) del diritto enunciata da Croce⁹.

Ciò che, tuttavia, appare di maggior rilievo nella nostra prospettiva – al di là di questo dato e della conseguente mancata distinzione tra diritto e morale, che verrà ribadita anche in un'opera successiva¹⁰ – è la conseguenza che Pekelis fa discendere da questa visione. Nel suo discorso, la tradizionale concezione dei rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale viene ribaltata, nel senso di considerare il diritto sostanziale un mero riflesso del diritto processuale¹¹.

È probabilmente anche in ragione di questa scelta che la teoria di Pekelis, pur suscitando immediato interesse e unanime riconoscimento di originalità, riceve un'accoglienza parzialmente critica. Tuttavia, nonostante le peraltro caute riserve formulate da Car-

⁵ Cfr., ad es., M. ASCOLI, *La giustizia*, Padova 1930; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma 1937; così N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia*, in *Jus* 1951, 188.

⁶ Cfr. in questo senso E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3ª ed., Padova 1946, 16 ss.; L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova 1955, 57 ss.

⁷ Cfr. L. CAIANI, *op. loc. cit.*; G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, 5ª ed., Milano 1946, 132.

⁸ Cfr. A. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, cit., 138.

⁹ *Ibidem*, 105.

¹⁰ Cfr. A. PEKELIS, *Saggio sui rapporti tra diritto e morale*, Padova 1933; in proposito v. recensione in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, 344; cenni anche nel necrologio di A. LEVI, in *Riv. int. fil. dir.* 1948, 192.

¹¹ Così A. DE GENNARO, *op. cit.*, 390.

nelutti¹², testimoniano del sostanziale favore che accompagna l'apparizione de *Il diritto come volontà costante* i richiami alla concezione espressa da Pekelis che si rinvergono nella dottrina, anche se non in quella processualistica in particolare¹³. Verso questo settore di studi si rivolgono in maniera progressivamente sempre più netta gli interessi di Pekelis, anche a seguito dei legami instaurati con rappresentanti della dottrina processual-civilistica, soprattutto con Calamandrei¹⁴. In effetti, dopo una serie di lavori che, per l'impegno limitato e la diversità del tema, si caratterizzano come primi 'assaggi' nel campo del diritto processuale, la direttiva delle ricerche intraprese da Pekelis mostra – quantomeno in ragione dell'argomento, i provvedimenti cautelari – l'influenza esercitata da Calamandrei¹⁵. Il mancato compimento di un'opera monografica in questa materia non consente tuttavia di esprimere valutazioni e individuare caratteri peculiari nell'attività di Pekelis processualista. Sembra possibile rilevare, al più e in via di semplice inferenza, che lo stesso taglio prettamente e quasi volutamente tecnico proprio di quanto rimane di questa sua attività – del tutto anomalo in uno studioso dai gusti culturali di Pekelis – denoti un approccio in certo senso forzato e, comunque, una sorta di impaccio ad affrontare un certo tipo di problemi.

Che sostanzialmente così fosse – anche se, è opportuno ribadirlo, formulare un giudizio appare concretamente impossibile sulla base dell'esiguo materiale a disposizione – è ricavabile indirettamente dal diverso spessore di quella che è forse l'opera maggiore di Pekelis, ovvero la voce *Azione* apparsa sul *Nuovo Digesto Italiano*¹⁶. Due fattori, la più specifica competenza dello studioso in un campo collocabile tra il processualistico in senso stretto e il metagiuridico, e l'occasione che Pekelis coglie di un recupero della sua teoria come strumento per l'interpretazione di un problema fondamentale del diritto processuale, sono alla base del diverso e più felice risultato ottenuto in questo caso. Un risultato singolare, per l'originalità della trattazione e la contemporanea aderenza alle condizioni che, in materia, andavano imponendosi nell'ambito della teoria del processo¹⁷.

¹² Cfr. F. CARNELUTTI, *Filosofia e scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1931, I, 38 ss. (spec. 48).

¹³ Per contro, si vedano i riferimenti indiretti alla concezione di Pekelis in G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Riv. int. fil. dir.* 1938, 252 ss.

¹⁴ Cenni sul necrologio di Andrioli, apparso in *Riv. dir. proc.* 1947, 65. Circa la diffusione, in quel periodo, presso i filosofi del diritto della tendenza ad intraprendere parallelamente agli studi filosofici studi prettamente tecnico-giuridici o a svolgere attività professionale (atteggiamento al quale non appare estranea l'impostazione crociana del problema della filosofia del diritto), cfr. A. MAUTINO, *La formazione della filosofia politica di Benedetto Croce*, Torino 1941, 10 dell'introduzione.

¹⁵ Cfr. A. PEKELIS, *I reati commessi in udienza e la ricsuzione del giudice leso*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1932, 172 ss.; ID., *Un privilegium odiosum dell'imputata*, in *Riv. it. dir. pen.* 1934, 762 ss.; ID., *Appunti sulla registrazione coattiva in genere e specialmente in quella delle condizioni verbali enunciate in scritture private*, in *Foro it.* 1936, IV, 319 ss.; e, di cui specifico riferimento nel testo, ID., *Provvedimenti cautelari a tutela degli interessi civili nel procedimento penale e discrezionalità dell'azione del P.M.*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1937, 41 ss.

¹⁶ Cfr. A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Nuovo Dig. it.* Torino 1937, 91 ss.

¹⁷ Delle tendenze prevalenti testimonia la polemica fra Satta e Cristofolini; cfr. G. CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1937, 105 ss.; S. SATTA, *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo* (1936) (insieme ad altri scritti in materia), in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, 195 ss. Cfr. anche, in proposito, G. TESORIERE,

In effetti, nell'occuparsi di un problema come quello della teoria dell'azione, Pekelis si trova inevitabilmente a fare uso della struttura concettuale elaborata precedentemente in materia di teoria generale del diritto. Ciò gli consente di giungere a conclusioni analoghe, nella sostanza, a quelle espresse in quegli anni dalla maggioranza della dottrina processualistica, sulla scia dell'insegnamento chiovendiano¹⁸. L'azione appare, nella concezione di Pekelis, come la sublimazione della preminenza del diritto processuale sul diritto sostanziale; «fonte primaria e fondamento di ogni altro diritto» all'interno dell'«ordinamento giuridico statale» manifestantesi attraverso il potere di provocare appunto («*diritto di azione*») l'attività dello Stato¹⁹.

Per il suo carattere 'statualistico', la teoria formulata da Pekelis sembra avvicinarsi più alla concezione carneluttiana dell'azione che non a quella di Chiovenda, nella quale lo Stato si limita a fungere da tramite di un rapporto che nasce e rimane interprivato. Non pare tuttavia corretto stabilire specifiche analogie fra questa concezione e quelle elaborate contemporaneamente da singoli rappresentanti della dottrina processualistica; neppure è lecito attribuire all'accentuato statualismo, che indubbiamente le è proprio, il valore di un'azione oggettivamente favorevole ad una visione autoritaria dell'assetto politico, oltre che del processo²⁰. Alla base delle scelte di Pekelis sembrano porsi piuttosto ragioni di coerenza interna al proprio pensiero filosofico-giuridico, che del resto appare solo uno degli elementi (sorta di filo conduttore ideologico del discorso) caratterizzanti il tipo di trattazione riservata al problema dell'azione.

In quest'opera, altrettanto rilevante della struttura concettuale, è, infatti, la prospettiva storica cui Pekelis fa ricorso. Precede l'enunciazione della teoria dell'azione l'analisi dell'approccio adottato di tempo in tempo in relazione a questo problema dalla dottrina ottocentesca, soprattutto tedesca²¹. Nel ripercorrere le vicende che segnano l'evolversi del problema, Pekelis pone in rapporto le prese di posizione dei giuristi con la «... più vasta polemica sul problema dello Stato...» che si svolgeva parallelamente in quel periodo²².

I due fenomeni vengono visti da Pekelis correlati. In reazione al progressivo rafforzamento della struttura statale, avrebbe corrisposto da parte dei giuristi la tendenza a rafforzare il carattere individualistico del diritto. E il privilegio garantito, anche dai processualisti, al diritto privato sostanziale rispetto al diritto processuale – visto come disciplina inevitabilmente collegata al funzionamento della macchina statale – sarebbe stato rispondente all'«...imprescindibile esigenza... politica e sociale» di contrapporsi «...all'affermarsi dello Stato»²³.

Ma, nella trattazione della voce *Azione*, al di là della chiave di lettura fornita dei due fenomeni e della loro interrelazione – oltre che dello stato del problema in Italia, che l'au-

Appunti per storia del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi – II, Giuseppe Chiovenda e la sua scuola, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 1584 ss.

¹⁸ Cfr. G. TESORIERE, *op. loc. cit.*; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 248 ss.

¹⁹ V. voce *Azione*, cit., 107.

²⁰ Cfr. G. TARELLO, *op. loc. cit.*

²¹ V. voce *Azione*, cit., 99 ss.

²² Così P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1939, 24-25.

²³ V. voce *Azione*, cit., 101 ss.

tore prende in considerazione successivamente²⁴ – appare soprattutto rilevante la scelta di metodo e culturale in senso ampio operata da Pekelis.

Affrontando il problema dell'azione nei termini del rapporto fra concezioni tecnico-giuridiche e ideologie politiche, Pekelis opera una ridefinizione dell'attività propria del giurista. Con l'accostamento alle trasformazioni politiche e ideologiche relative all'assetto statale, l'elaborazione giuridica viene qualificata a sua volta come attività di tipo ideologico, in quanto influenzata da scelte non meramente tecniche, ma sostanzialmente – o principalmente – ideologiche.

In quegli anni e negli anni successivi all'apparizione della voce *Azione* non sembra che la dottrina processualistica colga appieno il senso di questo discorso. Obiettivo principale dei riferimenti all'analisi di Pekelis sono alcune soluzioni tecniche (o percepite come esclusivamente tali) da lui proposte, come le prese di posizione in merito alla questione della qualificazione del diritto di azione come diritto soggettivo²⁵. Minore è invece l'attenzione riservata alla scelta metodologica generale compiuta dall'autore.

Nei casi in cui se ne rileva la peculiarità, l'approccio adottato da Pekelis viene generalmente definito come storicistico. Una definizione che assume carattere riduttivo, rappresentando una mera catalogazione dalla quale è assente un effettivo interesse per la portata ideologica della scelta operata da Pekelis, e quindi anche per il suo significato culturale.

Non si registra una sostanziale inversione di tendenza anche quando all'operazione compiuta da Pekelis è attribuito notevole rilievo, come accade per la concezione relativistica dell'azione proposta da Calamandrei²⁶. Lo dimostra lo scarto fra la riconosciuta validità dell'approccio di Pekelis e il fatto che esso venga solo in parte accolto da Calamandrei. All'analisi dell'influenza sulle soluzioni proposte al problema dell'azione si sostituisce infatti, nell'approccio di Calamandrei, un'analisi più strettamente centrata sulle vicende del concetto, anzi dei vari e relativi concetti di azione²⁷.

Alla base dell'atteggiamento complessivo della dottrina nei confronti dell'interpretazione di Pekelis del problema dell'azione sembra porsi la tendenza prevalente ad affrontare i problemi giuridici in chiave di astratta concettualizzazione. È probabile, tanto da apparire oggi del tutto ovvio, che una sorta di impreparazione ad apprezzarne gli elementi di più significativa novità giustifichi l'accoglienza ricevuta dall'ultima opera italiana di Pekelis.

Per quanto riguarda la personale vicenda culturale dell'autore, il valore di quest'opera è comunque testimoniato dalla sostanziale continuità che si realizza fra le scelte effettuate nell'ambito della trattazione della voce *Azione* e l'indirizzo dei suoi lavori statunitensi.

Negli Stati Uniti Pekelis sviluppa il discorso già avviato circa i rapporti fra diritto e strutture politiche, precisandone tuttavia i connotati attraverso un rilevante aggiustamento di prospettiva. In effetti, il quinquennio che separa l'ultimo lavoro italiano dall'opera qui tradotta segna lo spostamento degli interessi dello studioso da problematiche, per così

²⁴ V. voce *Azione*, cit., 103 ss.

²⁵ Così, ad es., E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 47 ss.; R. ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 809; G. PUGLIESE, *Actio e diritto soggettivo*, Milano 1930, 4, 44 ss.

²⁶ Oltre che in P. CALAMANDREI, *Relatività del concetto di azione*, cit., riferimenti agli studi di Pekelis sono presenti in Id., *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1941, 74; Id., *Istituzione di diritto processuale secondo il nuovo codice*, Padova 1943, 100 ss.

²⁷ P. CALAMANDREI, *Relatività... ecc.*, 35 ss.

dire, filosofico-giuridiche a problematiche giuridico-istituzionali. Questo fattore – calato all'interno di un costante interesse per i problemi del processo, ulteriore elemento comune con l'attività svolta in Italia – comporta l'adozione di una prospettiva parzialmente diversa da quella cui Pekelis aveva fatto ricorso nella voce *Azione*.

Ciò che si realizza è una sostanziale trasformazione nell'oggetto della ricerca. Referente per la valutazione delle diverse concezioni giuridiche non è più il modello formale di Stato, ma la struttura sociale in cui esse si collocano. In altri termini, all'analisi del collegamento esistente fra le trasformazioni subite da concezioni giuridiche e i mutamenti intervenuti nella struttura statale si sostituisce l'analisi dei rapporti fra modelli giuridici (processuali) e differenti realtà sociali.

Questa linea rappresenta la direttrice del lavoro tradotto. L'intento dichiarato di Pekelis è di sviluppare questa prospettiva sul piano comparatistico; esigenza giustificata dall'estensione dell'analisi ai diversi modelli giuridici considerati nel loro complesso. Allo scopo di verificare l'effettivo funzionamento dei sistemi di *civil law* e *common law* (qui indicati come latini e non latini, con un significativo riferimento alla diversa derivazione e collocazione culturale) l'indagine di Pekelis prende in considerazione le tecniche di esecuzione delle decisioni giudiziali presenti nei due sistemi. Nel fare ciò Pekelis avvia una 'comparazione stretta' fra le due misure di esecuzione indiretta più tipiche dei due modelli processuali, *contempt of court* e *astreinte* intese come manifestazioni di culture diverse a livello politico-sociale oltre che giuridico. In effetti, il raffronto fra questi istituti costituisce l'occasione per rilevare non solo lo scarto esistente a livello di tecniche di esecuzione fra i due sistemi, ma anche il diverso *background* ideologico delle diverse soluzioni. È su questa base che Pekelis fonda la maggior efficacia del modello anglosassone espressa nello strumento del *contempt*.

L'incisività del *contempt*, dovuta all'essere misura coercitiva *in personam*, si giustifica infatti con la derivazione religiosa e morale del sistema anglosassone. Il forte valore morale attribuito appunto alla figura del giudice, amministratore di una legge concepita come non diversa nella sostanza dal *wisdom* biblico, giustifica l'efficacia degli strumenti apprestati a garanzia dell'esecuzione delle sue decisioni, e il superamento di brocardi come *nemo tenetur edere contra se*, o *nemo praecise ad factum cogi potest*, tipici della tradizione civilistica e ritenuti insuperabili nei sistemi latini.

A differenza di quanto avviene per altri studiosi italiani di diritto comparato, è chiaro che il principale interesse di Pekelis non è per l'analisi delle caratteristiche tecniche proprie di questi istituti, ma per l'interpretazione delle *philosophies* ad essi sottostanti²⁸. In questa prospettiva si spiega anche l'apprezzamento fondamentalmente acritico del *contempt of court* e la sostanziale sopravvalutazione della sua efficacia²⁹; come, per contro, la mancata considerazione della evoluzione che in quegli anni l'*astreinte* francese andava

²⁸ Un possibile raffronto, anche per l'analogia del tema è quello con M.G. DE ROSSI, *Il contempt of Court e la Specific Performance nel diritto inglese*, Roma 1934, spec. 55 ss., e, per l'*astreinte*, da 292 ss.

²⁹ Un'efficacia, per contro, messa oggi in discussione, sulla base della considerazione che l'eccessiva durezza della sanzione gioca in pratica in favore della sua scarsa utilizzazione; cfr. ad es., W.A. GLASER, *Pretrial Discovery and the Adversary System*, New York 1968, 156.

subendo per trasformarsi nell'efficace misura coercitiva che è attualmente, anche a livello endoprocessuale³⁰.

Tuttavia, come risulta da un contemporaneo lavoro in cui si analizzano comparativamente le diverse soluzioni fornite nei due sistemi ai problemi della giustizia amministrativa³¹ le pecche di Pekelis processualista sono compensate dai suoi meriti di ideologo sociale. Sotto questo profilo, la ricerca in esame raggiunge risultati significativi quanto originali. L'estensione del campo di indagine oltre la comparazione delle caratteristiche funzionali di *contempt* e *astreinte* allo scopo di inquadrare queste misure nell'ambito dei modelli processuali di appartenenza, consente a Pekelis un'interpretazione complessiva anche dei due diversi sistemi giuridici e sociali. Un'interpretazione volta a ribaltare lo stereotipo della catalogazione delle società anglosassoni, e americana in particolare, come essenzialmente individualistiche: alla quale Pekelis perviene passando a considerare, come collegato al carattere religioso e rituale del diritto in queste società, il forte controllo sociale esercitatosi sull'amministrazione della giustizia.

Attraverso l'analisi di componenti essenziali di questo sistema, l'autore individua il carattere collettivistico piuttosto che individualistico di esso. Dai forti poteri investigativi garantiti al *Chancellor* nella giurisdizione di *Equity*, al *duty of disclosure* presente nella giurisdizione di *common law*, il sistema processuale angloamericano rappresenta per Pekelis un modello di ricerca della verità e di amministrazione della giustizia proprio di società nelle quali, non esistendo demarcazione fra morale pubblica e privata, anche la soluzione di controversie interindividuali viene sottoposta al controllo della comunità, garante del rispetto della morale comune.

In questa prospettiva non stupisce il giudizio del tutto positivo che – in anni in cui quest'istituto veniva sottoposto ad una critica serrata³² – Pekelis formula nei confronti della funzione della giuria nel sistema processuale e nelle società anglosassoni. In realtà, ciò che rileva per Pekelis è soprattutto la dimostrazione della propria tesi. E ad essa risulta indubbiamente funzionale l'accoglimento della tradizionale visione della giuria come massima manifestazione di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia; da approvare in quanto tale, a prescindere dalla considerazione delle disfunzioni provocate nel funzionamento della macchina del processo dalla presenza di un simile istituto.

Condotta in prevalenza sul sistema angloamericano, l'indagine di Pekelis risulta paradossalmente altrettanto significativa per le valutazioni che vi si esprimono 'in negativo' sui sistemi processuali europei continentali o latini. L'apprezzamento per le tecniche di esecuzione presenti nel sistema angloamericano rivela una valutazione fortemente critica per l'approccio riservato al problema dell'efficacia delle decisioni giudiziali, quindi dell'effettività complessiva del processo nei sistemi latini.

Questa presa di posizione, insieme alla metodologia utilizzata, rappresenta obbiettivamente l'elemento più apprezzabile del lavoro tradotto. A distanza di molti anni è agevole

³⁰ Cfr. da ultimo, A. DONDI, *L'astreinte endoprocessuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1981, 524.

³¹ Cfr. A. PEKELIS, *Administrative Discretion and the Rule of Law*, in *Social Research* 1943, 22 ss.; dove la maggiore efficienza del sistema angloamericano di giustizia amministrativa è frettolosamente risolta con l'accostamento fra *discretion* amministrativa e carattere discrezionale della giustizia amministrata nelle corti di *Equity* (spec. 25).

³² Come accade da parte dei rappresentanti del movimento realista, v., in particolare, J. FRANK, *Law and the modern Mind* (1930), New York 1948, XI, 172, 182.

cogliere lo scarto fra le scelte e la impostazione di questo giurista – di formazione dopo tutto italiana o quantomeno europea – e il tono del dibattito che si svolge contemporaneamente in ambito dottrinale nel nostro paese³³. Teorico del diritto di formazione idealistica, Pekelis affronta problemi del processo non meramente teorici e, nella sostanza, senza forti astrazioni concettuali.

In effetti, in questo lavoro americano, Pekelis non elimina ma accentua, in maniera per certi versi eccessiva, il carattere teorico della sua ricerca. L'aver fatto solo apparentemente oggetto di essa singoli istituti avendo invece come obiettivo reale l'analisi complessiva del sistema giuridico e della società americani, indica tuttavia una notevole evoluzione di gusti culturali rispetto alla produzione italiana.

Il passaggio a interessi ideologico-sociali, se non dichiaratamente sociologici, non costituisce una vicenda singolare per studiosi della formazione di Pekelis³⁴. Nel caso di Pekelis, questo passaggio rappresenta un'evoluzione naturale di scelte maturate già nel corso della sua attività in Italia. La trasformazione di certo storicismo di derivazione crociana – che caratterizza la voce *Azione* – in un'analisi di fenomeni processuali condotta, per quanto schematicamente e 'a tesi', su base interdisciplinare, consente all'autore di precisare queste scelte. E la maggiore chiarezza con la quale, come risulta anche dal titolo, viene individuata in questo lavoro rispetto a quanto era avvenuto per gli studi italiani precedenti, la connessione fra soluzioni apprestate a livello processuale e diversi *background* ideologici è una dimostrazione dell'evoluzione subita dal pensiero di Pekelis negli Stati Uniti.

A conclusione di questa premessa al saggio «Tecniche giuridiche e ideologie politiche» sembra possibile individuare due caratteristiche di fondo della figura del giurista Pekelis: il suo essere, per scelte metodologiche e tematiche, un *outsider* rispetto alle problematiche dibattute in quel periodo dalla dottrina italiana³⁵ e, per le stesse ragioni, un anticipatore di approcci e questioni diventate di grande interesse in Italia solo nell'ultimo decennio. A quest'ultimo aspetto sarebbe forse opportuno far mente nella lettura del lavoro che segue

³³ V. le indicazioni in nn. 17 e 18.

³⁴ Cfr. quanto alla parallela vicenda culturale di M. Ascoli, R. TREVES, *Limiti dell'idealismo e la sociologia*, in *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari 1973, 166.

³⁵ Ciò nonostante l'altissimo livello dei suoi estimatori come, oltre a Croce (cfr. B. CROCE, recensione alla voce *Azione*, in *Conversazioni critiche*, serie V, 1939, Bari 1951, 283 ss.) e Calamandrei, Ascarelli; cfr. T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato nel nostro sistema di diritto privato*, in *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Milano 1952, 48, 54; v. anche riferimenti in N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione*, Milano 1977, 225.

APPENDICE

Alessandro Pekelis, *Tecniche giuridiche e ideologie politiche* (titolo originale: *Legal Techniques and Political Ideologies*, in 41 Michigan Law Review 1943, 665 ss.; trad. it. di Angelo Dondi).

Il problema di cui intendiamo occuparci rientra nell'ambito del diritto comparato, una disciplina probabilmente ancora più illusoria della stessa scienza del diritto. Un corpo di leggi non rappresenta in sé stesso né un ideale sociale né una realtà sociale. Una delle difficoltà che lo storico incontra nel tentativo di ricostruire un periodo del passato sulla base delle fonti giuridiche rimaste è dovuta alla grande varietà di relazioni esistenti fra norme giuridiche e realtà sociale³⁶. Così, ad esempio, le fonti giuridiche generalmente contengono in un'inestricabile confusione almeno due tipi di norme contraddittorie: norme che costituiscono una mera ridefinizione di una consuetudine esistente, e norme create proprio allo scopo di scardinare tali consuetudini e che, in termini di realtà sociale, si dovrebbero vedere come si guarda il negativo di una pellicola fotografica: bianco per nero e nero per bianco.

La comparazione giuridica incontra le stesse difficoltà, e può assumere un significato solo se le affronta complessivamente e diventa una parte della storia della civiltà. Ma, sotto questo profilo, la comparazione rischia di perdere il suo carattere di scienza giuridica. Una volta imboccata la direzione sociologica, la tentazione di lasciare cadere la tecnica dell'approccio strettamente giuridico è grande. Il compito difficile del comparatista è appunto quello di interpretare i risultati tecnici alla luce di una più generale esperienza di carattere politico, sociale e storico³⁷.

Tenteremo la comparazione tra alcuni principi tipici della *common law* in senso lato con quelli che hanno prevalso – prima dell'avvento dei regimi totalitari – nei cosiddetti paesi latini. Ci rendiamo conto di tutte le implicazioni metodologiche presenti nell'idea della comparazione fra *tipi*, basata necessariamente su di una classificazione in certo senso arbitraria. D'altra parte, solo caratteristiche *tipiche* sono l'oggetto proprio della ricerca comparatistica. La prima condizione per la soluzione di questo problema metodologico va ricercata, come spesso accade per le questioni 'preliminari', nel portare concretamente a termine una o più parti dell'indagine.

In ogni caso, per giustificare la classificazione adottata in questa ricerca, possiamo dire che essa è focalizzata su alcuni sistemi giuridici di tipo latino, piuttosto che sull'uso della più tradizionale comparazione fra *common law* e *civil law* in senso lato. Studi comparatistici di questo ultimo tipo si sono spesso occupati, sul versante civilistico, di istituti del diritto tedesco in misura non giustificata neppure dall'importanza, pur grande, di tale sistema nel diritto continentale. L'Europa non coincide comunque con la Germania, e ragioni di completezza e varietà del discorso suggerirebbero di attribuire maggiore attenzione ad altri paesi. Abbiamo pensato inoltre che questo approccio fosse destinato

³⁶ Cfr. in particolare con riguardo agli studi di diritto straniero, Holmes in *Diaz v. Gonzales*, 261 U.S. 102, 43 S. Ct. 286 (1923). Cfr. anche R. VON JHERING, *Geist des romanischen Rechts*², Leipzig 1866, 133.

³⁷ Cfr. H.E. YNTEMA, *Roman Law as the Basis of Comparative Law*, in *Law, A Century of Progress*, vol. II, New York 1937, 373; P. LEPAULLE, *The Function of Comparative Law*, in 25 *Harv. L. Rev.* 1922, 853; M. RHEINSTEIN, *Teaching Comparative Law*, in 5 *U. Chi. L. Rev.* 1938, 615.

a produrre risultati in qualche misura diversi da quelli degli studi di tipo tradizionale, poiché i sistemi di tipo germanico, per quanto notevolmente influenzati dalle ideologie politiche e dalle tecniche giuridiche nate nei cosiddetti paesi latini del continente europeo, mantengono tuttora troppe istituzioni e caratteristiche teutoniche per rappresentare un contrasto abbastanza netto rispetto al sistema di *common law*. Infine, l'espressione *civil law* è generalmente associata con i sistemi dell'Europa continentale, mentre noi tentiamo di sottolineare il fatto che il contrasto fra i due sistemi che analizziamo è in realtà un contrasto fra America del Nord e America del Sud, fra America anglosassone e America latina.

Fra le affermazioni generali più frequenti intorno alle caratteristiche tipiche del sistema di *common law* troviamo il suo asserito carattere individualistico, per cui esso è a volte apprezzato e a volte criticato. Naturalmente anche più spesso si incontra l'asserzione del carattere individualistico della vita sociale americana³⁸. Può dunque essere interessante vedere se e in quale misura una verifica strettamente tecnico-giuridica porti a confermare o confutare tali asserzioni generali.

Non tenteremo di fornire una definizione esatta dell'individualismo. È in ogni caso certo, se non del tutto ovvio, che per individualismo tutti intendiamo un tipo particolare di relazione fra gli individui e la società, e precisamente un tipo di relazione nella quale si realizza un bilanciamento degli interessi dell'individuo e della società. Si tratta ovviamente di un'affermazione relativa o comparativa, e quindi l'esistenza di elementi individualistici in una data società può essere meglio stabilita solo confrontandola con altre società esistenti piuttosto che con modelli ideali. In questa ricerca il complesso degli strumenti utilizzati da una certa società per imporre l'attuazione delle sue leggi ai singoli individui, l'entità della pressione sociale utilizzata a tale scopo, potrebbe indicare correttamente il grado di individualismo esistente in quella società. Ci sembra, in altri termini, che la comparazione fra le diverse tecniche di esecuzione utilizzate nei sistemi di *common law* e in altri sistemi giuridici potrebbe essere significativa per la nostra indagine.

Inizieremo la ricerca proprio dal punto nel quale la letteratura comparatistica generalmente si ferma: ci chiederemo cioè che cosa succede *dopo* che una decisione giudiziale è stata pronunciata. Un buon romanzo romantico finisce con un matrimonio. Talvolta però la tragedia comincia subito dopo. Uno dei nostri migliori studiosi di diritto comparato conclude un recente articolo sostenendo che: «I problemi che i giudici devono risolvere sono sostanzialmente gli stessi sulle due sponde dell'Atlantico, e, oserei dire, l'ottanta per cento o più delle soluzioni sono pure le stesse»³⁹. Pensiamo che si individuerrebbe un livello di differenziazione di gran lunga maggiore fra i due sistemi se si prestasse più attenta considerazione al problema dell'esecuzione.

Inizieremo con un'annotazione molto semplice, perfino banale, la *common law* conosce un istituto, chiamato *contempt of court*, che a nostro parere è della massima im-

³⁸ Cfr. R. POUND, *Puritanism and the Common Law*, in *Kansas Bar Association Proceedings*, XXVII, 1910, 48; F.H. BOHLEN, *The Moral Duty to Aid Others as a Basis of Tort Liability*, in 56 *U. Penn. L. Rev.* 1908, 220; anche in ID., *Studies in the Law of Torts*, Indianapolis 1926, 294; J. BRYCE, *The Influence of National Character and Historical Environment of the Development of the Common Law*, in 28 *Canadian Law Times* 1908, 89; M. ANCEL, *La «Common law» d'Angleterre*, Paris 1927, 206; C.W. ELIOT, *The Conflict Between Individualism and Collectivism in a Democracy*, 1910; F.J. TURNER, *The Frontier in American History*, New York 1920, 30 ss.

³⁹ M. RHEINSTEIN, *Common Law and Civil Law – A Comparison*, in 12 *Pennsylvania Bar Association Quarterly* 1940, 19.

portanza per il funzionamento dell'intero sistema. La letteratura giuridica non indulge molto spesso nella razionalizzazione di tale istituto, probabilmente perché esso appartiene a quelli che vengono considerati fondamenti autoevidenti del metodo giuridico. Per certi versi, non sorprende che proprio in relazione a questo istituto sia possibile trovare una netta contrapposizione fra i due sistemi giuridici che esaminiamo. L'esistenza di tale contrapposizione diventa certa qualora si dia sufficiente rilievo al fatto che il principio, autoevidente in *common law*, della responsabilità per *contempt* è, come principio, semplicemente sconosciuto nei sistemi di *civil law*, almeno nella misura in cui esso rappresenta una sanzione per la ottemperanza a doveri di natura sostanziale.

Si può dire che nei paesi latini il rapporto fra il giudice e le parti è generalmente assai meno stretto, e direi meno intimo, che non in questo paese. L'idea angloamericana della responsabilità per *contempt* significa, senza dubbio, che la parte che non si conforma a certi specifici provvedimenti del giudice è un soggetto disobbediente e si trova di regola in *contempt of court*, alla mercé del sovrano, per così dire, e di conseguenza può esser multato e imprigionato. Benché l'istituto non venga utilizzato nella stessa misura in tutte le aree dell'esecuzione, rappresenta tuttavia un esempio estremamente peculiare della concezione sottostante all'intero meccanismo del sistema giuridico anglo-americano.

Ora, questo particolare concetto di *contempt of court* è semplicemente assente dal patrimonio di idee proprio del giurista latino. A questi non capita di pensare che il rifiuto del convenuto di consegnare all'attore un quadro a lui venduto, una questione puramente privata fra attore e convenuto, possa diventare, appena sia stato pronunciato un provvedimento del giudice, una questione che in certa misura *riguarda personalmente il giudice*, il quale potrà sentirsi ferito, offeso, 'disprezzato' perché il suo ordine è stato trascurato o *volutamente* disatteso.

La concezione latina dei mezzi di esecuzione ha carattere di gran lunga più meccanico e formalistico: è un gioco con alcune regole, trabocchetti, inganni e scappatoie; lo stesso giudice è uno degli ingranaggi del meccanismo, uno dei giocatori. Non capita ai giocatori di doversi inchinare ai voleri del giudice, o di poter essere da lui puniti, o cosa ancor più assurda, *biasimati* per la mancata obbedienza ai suoi ordini. Il giudice stabilisce che il quadro è dell'attore? Bene, provi quest'ultimo a impossessarsene! Potrà mandare l'ufficiale giudiziario, e il convenuto non potrà certo impedirgli di entrare in casa sua e cercare il quadro; se questi è così fortunato da trovarlo, lì e non altrove, ebbene allora avrà vinto. Ma né l'ufficiale giudiziario, né il giudice possono chiedere al convenuto dove è stato messo il quadro. Una volta, in Italia, un creditore poco smaliziato, assistendo con uno speciale permesso ai vani tentativi di sequestrare un quadro nella casa del debitore, chiese all'ufficiale giudiziario di domandare al convenuto dove avesse nascosto il quadro. La risposta fu un generale coro di risa, alle quali si unirono anche gli avvocati dell'attore. Per il giurista latino è semplicemente impensabile la soluzione angloamericana di situazioni simili, cioè l'incarcerazione del debitore finché non decida di consegnare il quadro, in teoria anche per tutta la vita. La prima reazione a questa prassi dei sistemi di *common law* è generalmente: «Una simile punizione non è forse un po' troppo severa per un semplice rifiuto a consegnare?». La risposta del giurista di *common law* – che non fa che aumentare lo stupore del suo collega latino – sarà che, ovviamente, in questo caso ci si trova di fronte ad un cosiddetto *civil contempt*; quindi non c'è questione di punizione, il procedimento non essendo di carattere penale. Il soggetto ha semplicemente disobbedito – espressione che all'orecchio di un giurista latino suggerirà probabilmente l'idea di un rapporto fra padre e figlio piuttosto che fra giudice

e parte – ha disobbedito al giudice, si è comportato male, e deve rimanere nell'angolo finché non abbia cambiato idea. E in ciò non c'è nulla di strano!

La misura di esecuzione conosciuta dai sistemi di *civil law* dei paesi latini, che viene frequentemente confrontata con la sanzione per *contempt*, è l'*astreinte* francese⁴⁰. Essa consiste in una sanzione pecuniaria imposta dal giudice in ragione di ogni singolo atto futuro od ogni singolo periodo di violazione di una decisione giudiziale. Questa sanzione può consistere o nella sola liquidazione dei danni futuri o può avere carattere comminatorio o coercitivo. La linea di demarcazione fra i due tipi non è facile da tracciare, ma è ovvio che solo nei limiti entro cui l'*astreinte* è del secondo tipo costituisce veramente uno strumento di coercizione, e solo entro questi limiti essa rientra negli scopi della nostra ricerca.

È vero che si possono trovare alcuni esempi, in apparenza considerevoli, di una forte pressione esercitata da *astreintes* fissata evidentemente oltre ogni possibile liquidazione dei danni, ed essi sono spesso citati a sostegno di tale analogia. Tuttavia, noi riteniamo che un'analisi più accurata dell'*astreinte* mostri non solo che il suo ruolo è comunque non comparabile, in termini di realtà giuridica, con quello della sanzione per *contempt*, ma consenta anche di chiarire il profondo contrasto nell'approccio politico ai problemi dell'esecuzione.

Anzitutto, la decisione che commina un'*astreinte* non opera mai *in personam*. Ciò significa che il debitore non potrà essere imprigionato per la mancata esecuzione di un ordine. Evidentemente viene meno l'utilità dell'*astreinte* nei casi in cui l'inadeguatezza del risarcimento deriva dalla difficoltà di ottenerlo. In secondo luogo, e ciò ne costituisce la caratteristica più sorprendente, l'*astreinte* non opera neppure *in rem*. Per quanto strano possa sembrare, *i creditori non possono riscuotere le astreintes* stabilite dal giudice. Non esiste un processo di esecuzione o un altro strumento che possa servire al riguardo. La decisione rimane su un piano meramente platonico. Se, nonostante la minaccia del giudice, il debitore persiste nel rifiuto all'adempimento, la sola cosa possibile per il creditore è di ricorrere di nuovo al tribunale per far sì che il provvedimento da provvisorio diventi definitivo⁴¹. Ma questo carattere definitivo della decisione è una sorta di descrizione eufemistica di ciò che nella realtà avviene della decisione attraverso il processo che la rende 'definitiva'. Sotto questo aspetto, la decisione che commina l'*astreinte* è, e deve essere, *privata* di ogni carattere comminatorio e ridotta a una semplice liquidazione di danni. Planiol e Ripert descrivono così il dilemma che i giudici francesi devono risolvere:

...ora la somma effettivamente assegnata al creditore deve essere rapportata al danno da lui sofferto, e serve solo a risarcirlo. In effetti, o i giudici hanno inteso fin dall'inizio emettere una decisione definitiva, limitandosi quindi a riconoscere il risarcimento dei danni calcolati nel modo consueto, o intendevano pronunciare un provvedimento comminatorio, la cui entità potevano fissare in modo arbitrario, ma che non può essere eseguito così com'è ed è soggetto a revisione per essere ridotto ad una liquidazione dei danni. In altri termini, l'elemento sanzionatorio

⁴⁰ Cfr. M.S. AMOS, *Specific Performance in French Law*, in 17 *Law Quarterly Review* 1901, 373; J. BRODEUR, *The Injunction in French Jurisprudence*, in 14 *Tulane Law Review* 1940, 211.

⁴¹ Così Coquelin c. Société des Comédiens Français, *Dalloz*, 1897, 2, 182; Consorts Latzemberg c. Veuve Dreyfus, *Dalloz*, 1912, 2, 36; Fouché c. Consorts Chanterelle, *Sirey* 1913, I, 388; Société Hôtelière de Marseille et de la Riviera c. Comte de Beauregard, *Dalloz Hebd.* 1937, 211.

che poteva ravvisarsi all'inizio, svanirà in questo momento e non giungerà mai a realizzarsi⁴².

Secondo la definizione della Cassazione francese, l'*astreinte* è comminatoria o definitiva⁴³.

In altre parole, il giudice francese si viene a trovare nella posizione per certi versi particolare di chi può minacciare ma non può portare a compimento la sua minaccia. Più precisamente, l'*astreinte* si riduce a nient'altro che un'espressione forte intesa a impressionare lo sconfitto recalcitrante. Se, tuttavia, costui non si lascia impressionare al punto di eseguire, tanto peggio per il vincitore. Il giudice avrà fatto per lui tutto ciò che poteva, cioè usare un linguaggio molto duro verso il suo avversario. Non è in realtà un segreto che prima di conferire al vincitore il titolo per l'esecuzione, il giudice *deve* ridurre l'entità dell'*astreinte* alla misura dei danni effettivamente subiti. È pur vero che bisogna aspettarsi che nel liquidare tali danni, il giudice risolva molti, se non tutti, i dubbi relativi all'effettiva entità dei danni spettanti al vincitore. Tuttavia, questo potere discrezionale è strettamente limitato dal dovere di motivare nella decisione il criterio usato per la valutazione del danno (obbligo di motivazione). È quindi possibile affermare con certezza che non c'è nulla nei poteri del tribunale francese in materia che vada oltre i poteri esistenti nel sistema anglo-americano di liquidazione dei danni attraverso un verdetto immotivato della giuria.

Non si può fare a meno di chiedersi perché i tribunali francesi continuino ad utilizzare l'*astreinte* se essa non rappresenta altro che una minaccia irrealizzabile. La risposta ha probabilmente due aspetti. Va anzitutto ricordato – e l'*astreinte* è un istituto rivelatore sotto questo profilo – che ombre, fantasmi, parole e minacce impotenti posseggono una loro intrinseca realtà. Esse possono, come in realtà accade, impressionare persone, laici e giuristi, in misura maggiore di quanto sarebbe ragionevolmente giustificato. In secondo luogo, benché per certi versi futile, l'*astreinte* comminatoria è tuttavia il primo passo verso l'*astreinte* definitiva che consiste nella liquidazione anticipata dei danni, pagabili periodicamente e quantificati per eccesso. L'efficacia del carattere periodico attribuito alla sanzione compensatoria aumenta, ovviamente, il suo effetto deterrente secondario. Ma questo è, tutto considerato, quanto si può dire a giustificazione dell'esistenza dell'*astreinte*. Nell'analizzare la psicologia di un gioco, si può scoprire che il *bluff* è un'arma notevole, e sostenere che, se piace il paradosso, il fatto di avere o non avere le carte giuste non fa grande differenza. Non dobbiamo però farci sviare da eleganti considerazioni circa gli effetti marginali di un istituto, a pena di perdere di vista le sue caratteristiche principali.

Il fatto è che l'*astreinte* è un istituto sostanzialmente diverso dal *contempt of court*. Si tratta di una falsa minaccia di sole parole che nulla aggiunge alla dignità del giudice, almeno come questa è intesa nei sistemi di *common law*. La verità è che in Francia giudici, avvocati, cittadini non credono in ciò che costituisce l'essenza del sistema giuridico anglo-americano, cioè l'esistenza di un potere di *contempt* proprio del giudice, inteso come un attributo fondamentale della sua funzione. È abbastanza significativo che uno studioso del calibro di Esmein abbia avvertito la necessità di scrivere un dotto articolo nel quale, facendo ricorso ad argomenti di carattere storico e politico, ha tentato di dimostrare che in realtà il giudice francese ha un potere di *contempt*, e di trovare il fondamento dell'*astreinte*

⁴² M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Paris 1931, 95 s.

⁴³ Galburn c. Durand, *Sirey*, I, 232.

nel suo carattere comminatorio⁴⁴. La sua idea di fondo che il giudice abbia un potere di *imperium*, una verità del tutto evidente per qualsiasi giurista di *common law*, si presenta al pubblico francese come una teoria stravagante, opposta alle concezioni generalmente accolte da giuristi e politici. Il lavoro di Esmein è stato largamente apprezzato, ampiamente citato, ma unanimemente respinto. Nel campo dell'*astreinte* il giudice francese non potrebbe mai liberarsi di una certa timidezza, sintomo inequivocabile della sua 'cattiva coscienza'. Esmein ha invano tentato di tranquillizzarli (con ciò abbandonando la sua teoria fondamentale del potere di *imperium* proprio del giudice), facendo richiamo a qualche norma secondaria del codice francese. Ma queste norme in realtà dicevano il contrario di quanto Esmein tentava di leggervi, e tutti i giuristi lo sapevano. Una delle corti supreme francesi, il *Conseil d'Etat*, parlando dell'*astreinte* l'ha ritenuta una forma di coercizione utile e necessaria, ma del tutto priva di una base giuridica, un «*procédé antijuridique*»⁴⁵. Invece di un evidente, basilare e fondamentale attributo riconosciuto al giudice in via di principio, in Francia troviamo un compromesso posto ai confini dei principi giuridici, creato timidamente ai margini, forse contro, il codice, questo sistema di legge sacralizzato e dominante; uno strumento di esecuzione che, in modo piuttosto sorprendente, di per sé non è coercibile.

Bisogna aggiungere che nei paesi latini diversi dalla Francia questa timida *astreinte*, quest'ombra di *contempt*, è stata considerata una misura tirannica, capace di aprire la porta ai peggiori mali dell'arbitrio dei giudici⁴⁶. In effetti, nonostante la vasta influenza esercitata dal Codice Civile francese in quasi tutti i paesi di lingua latina dell'Europa e dell'America, in nessuno di essi, con l'eccezione del cantone svizzero di Ginevra, l'*astreinte* è stata recepita. Rari tentativi infruttuosi di una sua introduzione si sono avuti in Europa e in America. La mancanza di simili tentativi nella maggior parte degli ordinamenti, e il loro fallimento dove ve ne sono stati, appaiono parimenti rivelatori di una certa tradizione storica, se non di una concezione profondamente radicata dei rapporti giuridici complessivamente intesi. Questa concezione è chiaramente distinguibile, è il meno che si possa dire, da quella che prevale nei sistemi di *common law*. Mentre l'*equity* anglo-americana ammette chiaramente di agire *in personam*, l'idea dominante nella *civil law* di tipo latino è ancora *nemo ad factum praecise cogi potest*⁴⁷. Il significato di questa formula non è solo che un soggetto non può essere costretto ad uno specifico comportamento. Questa enunciazione avrebbe valore filosofico dubbio. In effetti, se non si tracciasse nessuna linea di demarcazione fra coercizione e volontà l'enunciazione sarebbe non corretta: *coactus voluit tamen voluit*, dice un'altra diffusa massima latina. Se d'altro canto, la linea fra volontà e coercizione fosse stata tracciata, essa significherebbe semplicemente che un evento non costituisce un atto se deriva da coercizione, riducendosi così ad una mera tautologia.

⁴⁴ Cfr. A. ESMEIN, *L'origine et la logique en matière d'astreintes*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, II, 1903, 5.

⁴⁵ LE NOIR, *Conseil d'Etat*, 27 janv., 1933, *Dalloz*, 1934, 3, 68.

⁴⁶ Cfr., per il Belgio, *Commune d'Engis c. Compagnie d'Electricité de Seraing*, *Pasicrisie Belge*, 1924, I, 151; per l'Italia, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*⁷, Firenze 1930, 238; per l'Argentina, J.O. MACHADO, *Exposicion y comentario delCodigo Civil Argentina*, Buenos Aires 1932, vol. III, 349; per la Colombia, F. VELEZ, *Derecho Civil Colombiano*, Paris 1926, vol. III, 229.

⁴⁷ Cfr. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 1931, 76.

Ma, in una prospettiva filosofica, tale formula assume un contenuto politico, e riflette la convinzione che i giudici non possano, ovvero non *debbano*, usare poteri coercitivi *in personam* nei confronti di un soggetto per ottenerne un determinato comportamento.

La forma più comune di coercizione personale è rappresentata, probabilmente in tutto il mondo, dalle sanzioni penali, che ovviamente assumono anche in Europa continentale la stessa portata che altrove. L'unicità della sanzione di *common law* consistente nell'imprigionamento per *civil contempt* risiede invece nel fatto che, a differenza delle sanzioni penali, essa viene imposta non tanto *quia peccatum est*, non come *conseguenza* di un certo atto, ma *ut agitur*, al fine di provocare un certo atto. Il significato giuridico della pena consiste nel suo carattere eziologico, mentre quello della sanzione per *contempt* è nel suo aspetto teleologico; la pena è soprattutto una *conseguenza voluta* del comportamento umano; il carcere per *contempt* è essenzialmente uno *strumento* per provocare un certo comportamento. Anche quando le sanzioni penali si spiegano non in base alla teoria della retribuzione ma su quella della deterrenza (*ne peccatur* in opposizione a *quia peccatum est*), l'effetto desiderato è quello di un'azione indiretta sugli uomini in generale, non quello di costringere una persona ad un certo comportamento. È in ogni caso vero che, indipendentemente dalla teoria sulla quale si fonda la sanzione, la minaccia di essa induce il soggetto minacciato ad un certo comportamento, e questo effetto è largamente presente nelle intenzioni dei legislatori. Tuttavia, la sanzione per *contempt* è ancora diversa da quella punitiva per la esclusività del suo scopo coercitivo, per la sua struttura funzionale perfettamente confacente al suo obbiettivo.

La misura della pressione non è rapportata a quanto è stato (l'efferatezza del crimine o altri elementi) ma alla resistenza da vincere. Una volta piegata la volontà del soggetto minacciato, la coercizione cessa. Il giudice che fa imprigionare la parte inadempiente si impegna in una lotta attiva contro la volontà di quest'ultima, che sarà liberata appena abbia mutato atteggiamento, anche nel caso in cui il danno che aveva dato luogo al procedimento sia diventato nel frattempo irreparabile. Il comportamento futuro del convenuto o di altri soggetti è incomparabilmente meno rilevante in un procedimento penale. Ciò che è accaduto – il delitto – è ormai al di là dei poteri del giudice e delle parti. La legge impone certe conseguenze, e il pentimento, la riparazione, il buon comportamento, il recupero sociale del reo, la prevenzione per il futuro, rappresentano solo elementi secondari del contesto. In qualsiasi tipo di società è possibile che un soggetto venga imprigionato o messo a morte perché ha fatto qualcosa. Ma in molte società sorge il dubbio se sia legittimo incarcerare un soggetto anche per un solo giorno *allo scopo* di fare violenza alla sua incoercibile volontà di fare o non fare una certa cosa. Esiste in capo alla società una pretesa coercibile a quello specifico comportamento? Dovunque esiste la sanzione per *contempt* la risposta è *sì*; dove manca, la risposta è *no*.

Lo stesso criterio consente di distinguere la sanzione per *contempt* (specialmente nella sua forma pecuniaria) dal risarcimento dei danni e dalle altre sanzioni non penali. Anche qui bisogna ammettere e chiarire, fin dall'inizio, che un elemento di coercizione o pressione sulla volontà è ovviamente presente in ogni sanzione. Ciò che determina la peculiarità della sanzione per *contempt* è che essa è l'unica che, per conseguire la restaurazione dell'ordine giuridico, fa affidamento sulla e tende a provocare la collaborazione del debitore. Tutte le altre sanzioni si fondano su certi comportamenti di organi statali intesi direttamente al raggiungimento di certi risultati obbiettivi, consistenti generalmente nell'attribuzione alla parte danneggiata di cose o denaro in possesso o proprietà del debitore. La struttura e il meccanismo delle sanzioni sono organizzati in modo da fare completamente

a meno della cooperazione. In effetti, non ci si attende che il debitore agisca, e neppure che *si astenga* dall'agire, ma solo che egli tolleri un'attività di altri, un *pati*.

L'esecuzione, ad es., non è diretta verso il debitore, la cui persona rimane libera da ogni tipo di coercizione, ma esclusivamente contro i suoi beni. Egli potrebbe fermare l'*iter* dell'esecuzione con l'adempimento volontario. In questo senso, ogni sanzione opera come stimolo o coercizione per il debitore. Questo, tuttavia, è solo un aspetto collaterale e accidentale delle sanzioni diverse dal *contempt*; esse possono essere condotte alla loro conclusione ultima e soddisfacente senza che si sia esercitata anche la più tenue incidenza sul comportamento del debitore. Solo la sanzione per *contempt* è diretta contro la persona del debitore, e la sua entità è misurata non sulla base dell'illecito commesso o del danno provocato, ma sulla base della prevedibile resistenza e del bisogno di piegare la volontà della parte recalcitrante. Lo stimolo o la coercizione non costituiscono un aspetto secondario, accidentale o implicito di tale sanzione, ma rappresentano le sue funzioni essenziali ed esclusive, tali da condizionarne o modellarne la struttura. La sanzione per il *civil contempt* si pone, unico, come *puro strumento di coercizione*; la sua sola e riconosciuta funzione è quella, considerata impossibile dal diritto continentale, di *cogi praecise ad factum*, ovvero di costringere un soggetto ad un certo comportamento⁴⁸.

È probabile che a questo punto sorga spontaneamente la domanda: quali sono allora i rimedi su cui può contare il creditore nei paesi latini? Questi rimedi consistono principalmente nel risarcimento dei danni. Questo è ovviamente un rimedio presente anche in *common law*, essendo il rimedio tipico, se non l'unico, possibile nei giudizi *at law*, e distinto dai rimedi disponibili *in equity*.

Consideriamo, allora, come funziona il risarcimento dei danni nei due sistemi. Dato che, se per caso il risarcimento dei danni fosse più efficace nei paesi di *civil law* che in quelli di *common law*, ciò potrebbe controbilanciare la debolezza derivante dalla mancanza di forme di esecuzione specifica. L'esame dei due sistemi mostra, tuttavia, che è vero il contrario.

Si prenda, per esempio, l'ipotesi della diffamazione: in molti casi il problema con cui si misura il difensore in questo paese è di scoprire se si debba dimostrare l'esistenza di danni specifici allo scopo di fondare la responsabilità del convenuto. La regola per cui l'attore deve dimostrare l'esistenza di danni specifici perché la diffamazione orale non è inquadrabile in nessuna fattispecie di diffamazione in senso stretto, è spesso considerata un elemento sostanziale a sfavore dell'attore. Ma questo rappresenta tutto ciò che un attore può ragionevolmente sperare di ottenere in un sistema tipicamente latino; non gli capiterà neppure di pensare di poter ottenere quelli che si chiamano *general damages*. Il solo risarcimento che può comunque conseguire riguarda quei limitati danni specifici, ed egli sa che dovrà provare specificamente o concretamente la somma relativa. È pur vero che talvolta si parla di danni morali o non pecuniari. Ma quanto sono modesti e con quanta cautela vengono riconosciuti! Secondo la dottrina prevalente in Italia, essi possono essere riconosciuti solo in caso di reato, e anche in tal caso taluni autori sostengono che la riparazione monetaria si giustifichi solo nella misura in cui i danni morali

⁴⁸ Per un tentativo di classificazione generale degli strumenti di esecuzione, per certi versi condotto secondo le linee di questo lavoro, v. A. PEKELIS, *Diritto come volontà costante*, 1931, 94, 104, 121, 131.

abbiano prodotto anche danni economici⁴⁹. Lo stesso risultato si ottiene sostanzialmente anche nei paesi dell'America latina⁵⁰. La regola è poi ancora più restrittiva in Germania⁵¹. La situazione è apparentemente diversa in Francia e in Belgio, ma il giurista che faccia lo sforzo di andare oltre le parole contenute nelle sentenze e guardi ai danni realmente riconosciuti troverà risultati piuttosto istruttivi. Così, in casi di diffamazione il risarcimento medio è fra i 5000 franchi (200 dollari) e i 100 franchi (4 dollari). Questi ultimi casi non sono affatto decisioni relative ad una percentuale minima del risarcimento, vengono invece considerate forme genuine di compensazione per l'offesa subita. La diffamazione dolosa e intenzionale da parte dei grandi quotidiani porta generalmente a condanne intorno ai 500 franchi (20 dollari), appena sufficienti a compensare le spese di una causa sostenute dall'attore, e certamente prive di qualsiasi forza deterrente⁵². In un solo caso si è verificata un'effettiva deviazione rispetto alla media. Un gentiluomo francese, il signor de Brissac è riuscito ad ottenere 75000 franchi (3000 dollari) da una società cinematografica americana⁵³, ma anche questa somma non appare adeguata se raffrontata con le 25000 sterline (125000 dollari) attribuite nel 1934 da una giuria inglese nel caso analogo della principessa Youssupoff contro la Metro-Goldwin-Mayer⁵⁴. Questa è la ragione per cui un giornale europeo qualificherebbe come 'cose da americani' la notizia che una ragazza ha ottenuto 5000 dollari di risarcimento per essere stata baciata per strada dal convenuto.

Questi esempi non costituiscono che un'illustrazione del divario complessivo, fondato da un lato sull'esistenza di istituti come il risarcimento dei danni esemplari o multipli e, dall'altro, sull'idea – fondamentale per il moderno giurista continentale – che il risarcimento è esclusivamente una compensazione per il torto subito. Ciò spiega perché costui non comprenda istituti come i danni nominali, punitivi e multipli. L'idea che, mentre stabilisce che il risarcimento dovuto ammonta a 100 dollari, il giudice attribuisce al danneggiato 200 o 300 dollari, semplicemente non rientra nella struttura mentale del giurista di *civil law*. L'analisi comparata del diritto in tema di risarcimento dei danni serve solo a sottolineare ulteriormente la maggiore capacità di incidenza delle tecniche di esecuzione proprie della *common law*.

Così, considerando, fra l'altro, il *civil contempt of court* che prevede pene pecuniarie e detentive, tenendo conto del risarcimento dei danni multipli e punitivi, non si può fare a meno di avvertire come la linea di demarcazione che in Europa separa il diritto privato e il diritto pubblico risulta assai meno chiara nel sistema anglo-americano, e che è pro-

⁴⁹ Cfr. ad es., Ronsini c. Lettieri, in *Foro it.* 1932, 57, I, 1322; Unione italiana Tranways Elettrici c. Marugo, in *Riv. dir. priv.* 1935, II, 17. Si veda anche M.A. MONTEL, *La réparation des dommages moraux en droit italien*, in *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, LXIV, 1934, 361.

⁵⁰ Cfr., ad es., per l'Argentina, Scaramuzzi c. Parma, *Juris. Civil*, V, 187, 394; per il Brasile, cfr. C. BEVILAQUA, *Código Civil, comentado*, 4ª ed., vol. V, 1939, 321.

⁵¹ Art. 253 B.G.B., 1938. Si veda inoltre, A. ZU DOHNA, *Die Stellung der Busse im reichsrecht lachen System des Immaterialgüterrechts*, in *Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin*, N.F., N. 4, vol. I, 1902, 443-444.

⁵² Ad es., Callman-Levy e Psichari (Anatole France) c. X, *Dalloz Hebd.* 1936, 319; Roche c. Bozon Viallé, in *Gazette du Palais et du Notariat*, II, 1936, 780. Cfr. anche F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, 1938, 258.

⁵³ De Brissac c. Société Paramount Films, in *Dalloz Hebd.* 1927, 127.

⁵⁴ Cfr. (Ct. App. 1934) in 50 *T.L.R.* 581; 99 *A.L.R.* 864.

prio del sistema di *common law* nel suo complesso una certa *tendenza penalistica*. Ma è probabilmente impossibile cogliere completamente il vero spirito della *common law* senza riconoscere e ammettere francamente il suo carattere religioso e moralistico. La concezione dominante nei sistemi di *civil law* è che il diritto riguarda il comportamento *esterno* dell'individuo nel contesto sociale, e le questioni di coscienza sono riservate al piano morale. Il diritto deve tradurre i suoi fini in una serie di regole *oggettive* che serviranno da guida all'individuo, che è tenuto a rispettarle solo per ciò che dicono, rimanendo libero quando vi siano scappatoie nel reticolo delle leggi. Franz von Liszt, il grande criminologo, sosteneva che il codice penale è la *Magna Charta* del criminale⁵⁵. Nessuna legge, e nessun giudice a maggior ragione, deve interferire con la coscienza dei litiganti. Mentre questo è il secolare orientamento dei sistemi di *civil law*, esiste per contro in Inghilterra una *Court of Chancery* la cui specifica origine è, per usare le sue stesse parole, nell'intento di occuparsi della «coscienza della parte»⁵⁶. La *Court of Chancery* non era certamente una corte ecclesiastica: ma proprio la sua struttura e le sue funzioni secolari rendono significativi taluni aspetti della sua tradizione. Il fatto che fino al 1529 il *Lord Chancellor* sia sempre stato un alto dignitario ecclesiastico, che egli esercitasse giurisdizione civile in quanto *Keeper of the King's Conscience*, che impiegasse strumenti largamente in uso presso i tribunali ecclesiastici, contribuisce a rendere meno netta la distinzione fra le tecniche delle corti ecclesiastiche e statali. Allora si comprende il fatto che *Chancellors* laici usino un linguaggio tipicamente ecclesiastico. Ad esempio, la decisione sul famoso caso del duca di Norfolk, deciso nel 1682, si fondava in parte sulla considerazione che antiche sistemazioni di situazioni proprietarie non potevano essere garantite dalla legge poiché rivelavano una mentalità contrastante con quella di un vero cristiano: «si oppongono alla volontà di Dio», disse lord Nottingham, «perché pretendono una stabilità dei rapporti umani che la loro natura non consente»⁵⁷.

L'influenza delle credenze religiose sullo sviluppo economico e sulla reale origine del capitalismo inglese è stata oggetto di molti notevoli e famosi studi⁵⁸. L'influenza della filosofia religiosa e delle tecniche delle corti ecclesiastiche sul diritto sostanziale e processuale non è stata meno importante. In effetti, questa influenza è probabilmente il solo fattore nello sviluppo delle istituzioni giuridiche anglo-americane che possa mostrare una continuità di più di un millennio. Quasi due secoli prima della conquista normanna, Alfredo il grande ritenne opportuno iniziare i suoi *Dooms* con una sorta di riedizione dei Dieci Comandamenti. Così, nella sezione 3, diede certezza normativa al fatto che «in sei giorni Cristo creò il cielo e la terra, i mari e tutte le creature che vi si trovano, per riposarsi il settimo giorno, come permise il Signore»⁵⁹. E i Comandamenti fanno tuttora parte del diritto. Così, pochi mesi fa, un giudice di Pittsburgh condannò per *contempt* un testimone che, in una causa di divorzio, aveva detto: «Mia madre non è una signora». «Onora il padre e la

⁵⁵ Cfr. F. VON LISZT, *Die deterministischen Gegner der Zweckfreie*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, XIII, 1893, 357.

⁵⁶ Cfr. *Arguments Proving front Antiquity the Dignity, Power, and Jurisdiction of the Court of Chancery*, I *Chan. Rep.* (appendice), 47; 21 *Eng. Rep.* 1616, 587.

⁵⁷ Cf. *Duke of Norfolk's Case*, 3 *Cas. Ch.*, 31; 22 *Eng. Rep.* 1683, 931.

⁵⁸ Cfr., ad es., M. WEBER, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London-Boston 1930 (trad. T. PARSONS); R.H. TAWNEY, *Religion and the Rise of Capitalism*, New Brunswick, N.J. 1926.

⁵⁹ Cfr. B. THORPE, *Ancient Law and Institutes of England*, Cambridge 1840, 44-45.

madre che il signore ti ha dato» dice la Bibbia. Dietro al giudice di Pittsburgh sta tutta la tradizione americana. Troviamo, ad esempio, un paragrafo nelle *Blue Laws* di New Haven che dice: «Se un ragazzo di oltre sedici anni e sano di mente colpirà o offenderà i suoi genitori, verrà messo a morte... Exodus Cap. 21, verso 17; Levitico 20; Exodus 20:15». La stessa norma si può trovare nella sezione 13 della versione del 1671 delle *Liberties* della Massachusetts Bay Colony. È noto che il biblicismo era estremamente forte nella vita coloniale americana; gran parte delle leggi promulgate nel New England avevano come caratteristica comune un riferimento al passaggio biblico ritenuto la più vera fonte dell'autorità. Il «rifiutare Dio o la creazione o il suo dominio sul mondo» costituiva uno dei delitti più gravi nella colonia del Massachusetts, e probabilmente non solo in essa.

Una delle conseguenze più rilevanti della influenza esercitata dalle tecniche processuali ecclesiastiche attraverso le corti di *equity* sull'amministrazione della giustizia in senso lato va ritrovata nella creazione di una atmosfera più chiusa e quasi confessionale nei rapporti tra giudice e parti. Questa atmosfera in certo senso indefinibile si è materializzata in almeno due tipi di rapporti giuridici, definibili come il dovere di informazione e il suo efficace elemento simmetrico, costituito dal diritto di investigazione. L'importanza determinante di questo dovere e questo diritto per la nostra ricerca appare chiara quando si consideri che, sulla base delle norme processuali dei paesi latini, nessun soggetto può testimoniare sotto giuramento in una causa in cui è parte, neppure se lo vuole. Non è possibile essere testimoni nella propria causa, come non si può esserne giudici. Nel sistema anglo-americano, al contrario, ogni parte oggi ha il diritto di testimoniare sotto giuramento nella propria causa, e, di regola, ha notevole interesse a farlo. È vero che talvolta vediamo in tribunali italiani o francesi una parte prestare giuramento, ma mai come testimone. La parte può giurare su una formula data, ma non può essere interrogata, tanto meno nella forma dell'interrogatorio incrociato. Il giuramento della parte non è un mezzo per la ricerca della verità, ma piuttosto uno strumento per chiudere immediatamente la controversia, oppure un rischio che una parte si assume quando sente di essere sul punto di venire sconfitta e tenta quindi di fare pressione sull'avversario facendolo giurare sulle sue allegazioni. Questo, ovviamente, rende il giuramento di parte un istituto di importanza pratica assai limitata, che non è in alcun modo comparabile con la *cross-examination* delle parti sotto giuramento che si realizza nel sistema di *common law*. Prima del 1933 esistevano pochissime eccezioni a questa regola; la più importante era la *Parteivernehmung* austriaca, modellata espressamente sull'esempio inglese⁶⁰, che è un raro e notevole esempio di riuscita recezione di un istituto proprio della *common law* nell'Europa continentale.

La situazione dell'imputato in un procedimento penale non è meno indicativa. Non conosco un solo caso, nei paesi di *civil law* in Europa e in America, in cui l'imputato abbia la possibilità di fare in giudizio dichiarazioni giurate. Ciò attualmente costituisce tuttavia un privilegio dell'imputato in Inghilterra e in tutte le giurisdizioni statunitensi tranne una: una situazione perfettamente in linea con una delle fondamentali tradizioni della *Court of Chancery*. Questo diritto dell'imputato di testimoniare rappresenta naturalmente, allo stesso tempo, anche un notevole onere, poiché l'imputato che non utilizzi questo privilegio rischia di fatto di screditarsi agli occhi del giudice. Al Congresso internazionale di Diritto penale tenutosi a Palermo nel 1933, il problema del giuramento

⁶⁰ Si veda R.K.A. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozessrechts mit Einschluss des Executionsrechtes*², vol. II, Wein 1932, 687-688.

dell'imputato è apparso quasi il solo punto di contrasto insanabile fra giuristi di *civil law* e di *common law*⁶¹. L'atteggiamento di questi ultimi era nel senso che all'imputato deve essere concessa una *chance* nella lotta contro l'accusa. Dopo il codice penale, quello di procedura penale diventa la *Magna Charta* del delinquente. L'argomentazione dei giuristi di *civil law* – ed è notevole che una delle più violente condanne del sistema processuale penale venisse pronunciata dal delegato di Cuba – era che, per rendere effettiva la garanzia di *common law* contro l'autoincriminazione, le parti devono essere private non solo del dovere ma anche del diritto di testimoniare; altrimenti il *prejudice de facto* costituirebbe un incentivo al falso giuramento.

Il dovere completo di informazione esistente nel sistema anglo-americano è senza dubbio di antica origine. La *Court of Chancery* ingiungeva al convenuto di presentarsi davanti al giudice e di rendere sotto giuramento una dichiarazione contenente una rivelazione completa di tutti i fatti relativi alla causa. Questo dovere di informazione raggiunse l'apice nei procedimenti presso la *High Commission* nella forma del giuramento *ex officio*, contro il quale si appuntarono gli strali di sir Edward Coke, il quale sostenne che «i giudici non avrebbero dovuto interrogare le *partem ream* sulla base di una sua dichiarazione giurata». A sostegno di questa tesi egli fece ricorso esplicitamente ad un principio di *civil law*, ingiungendo ad affermare che «come ha detto un civilista, ciò era una *inventio diaboli ad destruendas miserorum animas ad infernum*»⁶². La *High Commission* scomparve, re Carlo I fu decapitato, ma è ancora lo spirito della *Court of Chancery*, e non quello di lord Coke che governa il procedimento di *common law*.

L'importanza del diritto di investigazione e del dovere di informazione va al di là, nel mondo anglo-americano, dello scopo dell'attività giudiziaria. Anche ove non vi sia questione di violazione di leggi vigenti, un soggetto può essere obbligato a presentarsi davanti ad un organo amministrativo o ad una commissione d'inchiesta del potere legislativo per fornire dettagliate informazioni riguardo ai suoi affari e alla sua vita privata, e con un *sub poena duces tecum* gli si potrà ordinare di produrre qualsiasi tipo di documento relativo all'inchiesta. Abbiamo tentato altrove di spiegare perché, a nostro parere, il potere e il raggio di azione degli organi amministrativi americani siano molto più vasti di quelli dei paesi di *civil law*⁶³. Basta qui sottolineare il fatto che il *subpoena* è l'arma principale degli organi d'inchiesta, amministrativi e legislativi. Senza il dovere di informazione, le loro attività sarebbero impensabili, e in effetti un'investigazione portata a fondo come quella, ad esempio, descritta dal giudice Pecora in *Wall Street under Oath*⁶⁴ rappresenta un fenomeno praticamente sconosciuto nei paesi di *civil law*. In Francia, ad esempio, i poteri delle commissioni parlamentari sono nel migliore dei casi incerti e il successo delle loro indagini dipende dalla disponibilità a deporre dei testimoni⁶⁵. La timida riforma legislativa del 1914 non è riuscita a cambiare nella sostanza la situazione, ma non è sfuggita alla vigile attenzione dei più influenti costituzionalisti e uomini politici, che, come Duguit,

⁶¹ *Troisième Congrès International de Droit Pénal, Actes du Congrès*, 1935, 533.

⁶² Cfr. COKE, 26, 77 *Eng. Rep.* 1607, V. 12, 1308.

⁶³ Cfr. A. PEKELIS, *Administrative Discretion and the Rule of Law*, in 10 *Social Research* 1943, 37.

⁶⁴ Cfr. F. PECORA, *Wall Street Under Oath; The Story of Our Modern Money Changers*, Clifton 1939.

⁶⁵ Cfr. J. BERTHÉLÉMY, *Essay sur le Travail Parlementaire et le système des Commissions*, Paris 1934, 245 (*International Institute of Public Law*, vol. V).

Berthélémy e Reynaud, furono pronti a vedervi una palese violazione della dottrina della separazione dei poteri e una grave limitazione dei diritti fondamentali dei cittadini⁶⁶. La forza ideologica di questo principio individualistico fu tale che anche l'indignazione provocata da avvenimenti come lo scandalo di Panama e l'affare Stavisky non fu sufficiente a smuovere la bilancia della pubblica opinione. Neppure in Germania, dove la costituzione di Weimar seguì l'esempio inglese introducendo il principio dell'indagine parlamentare, la situazione è stata diversa. Un primo episodio è probabilmente sufficiente a mostrare le difficoltà con cui normalmente si scontra la recezione della *common law* nell'Europa continentale. Il *leader* della destra tedesca Helfferich, mentre testimoniava davanti ad una commissione parlamentare, dichiarò che non avrebbe risposto a nessuna domanda postagli da Oscar Cohn, un membro della commissione. Questa, offesa ed infuriata, gli impose una multa di 300 marchi semi-inflazionati. L'esecuzione della condanna venne devoluta ad una corte locale che però, apparentemente accogliendo alcune eccezioni procedurali avanzate dal testimone recalcitrante, annullò la condanna⁶⁷. È molto probabile che una commissione inglese o americana, in una simile situazione, avrebbero tenuto in carcere il signor Helfferich «fino a quando lo avessero ritenuto opportuno»⁶⁸.

Per la nostra ricerca è importante notare che questo esteso dovere di informazione vigente nei sistemi di *common law* affonda le sue radici nel tipo di approccio clericale e moralistico di cui si è già detto, ma anche in un'altra caratteristica della tradizione di *common law*. Essa è rappresentata dall'importanza del controllo che la comunità in generale esercita sui singoli. In certa misura il diritto rappresenta sempre e ovunque la consuetudine sociale e la pubblica opinione intorno a ciò che è giusto o sbagliato. Ma i sistemi di *common law* possiedono una serie di istituzioni che riescono a mantenere un costante rapporto fra lo stato del diritto e la pubblica opinione, in particolare di quella della specifica comunità alla quale l'individuo appartiene.

Il principale strumento attraverso il quale si realizza questo costante controllo è probabilmente l'istituto della giuria e, forse in maniera ancora più rilevante, il *grand jury*. Il processo con giuria è il diritto originario di ogni inglese, ed è accolto e garantito dalla costituzione degli Stati Uniti. Può valere la pena di ricordare alcune antiche istituzioni inglesi che possono porre in rilievo il vero significato della giuria.

Una di queste istituzioni è il *tithing*, o *frankpledge*⁶⁹. Si tratta di un antico istituto sassone, già presente in Inghilterra molto prima della conquista normanna e che gli in-

⁶⁶ Cfr. L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2^a ed., Paris 1924, vol. IV, 398 ss.; J. BERTHÉLÉMY, *Les limites du pouvoir législatif*, in *Revue Politique et Parlementaire*, CXXV, 1925, 355 ss.; *Le Temps*, 14 nov. 1925. Il problema delle inchieste parlamentari sarà oggetto di un più approfondito studio di H.W. Ehrmann in una delle prossime relazioni del nostro progetto di ricerca.

⁶⁷ Cfr. W. JELLINEK, *Revolution and Reichsverfassung*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart*, IX, 1920, 91.

⁶⁸ Si veda, ad es., *Cong. Globe*, 42^o Cong., 3^o sess. 1873, 982.

⁶⁹ Si tratta di espressioni intraducibili. Il loro significato nel testo è grossomodo di associazioni in garanzia. La conservazione delle espressioni inglesi è apparsa comunque necessaria per via del loro significato storico. Sinteticamente, è il caso di ricordare che *Frankpledge* corrisponde ad una sorta di cauzione obbligatoriamente imposta sul singolo, rispetto alla quale il gruppo sociale di appartenenza svolge la funzione di garante principale. Corrispondente nell'uso comune al *Frankpledge*, il *Tithing* è propriamente l'entità sociale (con molta probabilità l'equivalente di dieci gruppi familiari) entro cui opera il *Frankpledge*. Per quanto presistenti, questi due istituti

vasori normanni svilupparono e rafforzarono molto volentieri. Si dice che ogni ragazzo, raggiunta l'età di quattordici anni, era costretto a trovarsi qualche forma di associazione in garanzia per non essere incarcerato⁷⁰, ed è una circostanza interessante che il *frankpledge* non fosse sconosciuto nell'America coloniale, e sembri essere esistito in Pennsylvania⁷¹.

Non ci pare necessario alcun commento sul significato di un istituto come questo. La concezione sottostante è ovviamente che il fatto di essere un buon vicino rende un individuo anche un buon cittadino, o meglio, un cittadino *tout court*, gli conferisce *status* politico e libertà personale. Altri istituti erano ispirati alla stessa concezione. Si consideri, ad esempio, la compurgazione, o *wager of law*. Un convenuto in un procedimento penale o civile poteva liberarsi semplicemente prestando giuramento, purché, ovviamente, si presentasse davanti al giudice con un numero sufficiente di soggetti che confermassero il giuramento. Ciò significa, naturalmente, che il buon vicinato non solo imponeva alcuni doveri, ma poteva essere molto utile in alcune situazioni, mediante istituti come il *wager of law*. Esso fu comune a tutte le tribù di origine teutonica, ma l'Inghilterra fu l'unico paese in cui esso dovette essere abolito per legge, e solo nel 1833⁷².

Su questo sfondo, l'origine della giuria assume un significato particolare. Va ricordato che questa forma non fu imposta, come qualcuno sembra ancora incline a ritenere, da riformatori umanitari in opposizione alla crudele tirannia reale. Al contrario, la giuria, strumento creato nelle corti reali, fu talvolta imposta in maniera alquanto violenta ai litiganti, o almeno a certi tipi di litiganti. Un discendente dei conquistatori normanni, nel suo rozzo individualismo avrebbe probabilmente considerato come suo diritto inalienabile un processo per duello e non un processo per giuria, che lo avrebbe esposto al giudizio dei suoi pari. Avrebbe cioè voluto affrontare il suo avversario con la spada in pugno, ucciderlo o udirlo chiedere vilmente pietà, anche a rischio di essere a sua volta ucciso. E anche l'umile sassone avrebbe talvolta preferito il terribile processo per ordalia, il giudizio di Dio, che nella sua infinita pietà e giustizia aveva in molte occasioni salvato miracolosamente innocenti da accuse e persecuzioni. Meglio affrontare Dio che i membri della sua stessa comunità, che erano stati per lui cattivi vicini e verso i quali egli era stato un cattivo vicino. Naturalmente, la parte più pacifica della popolazione sarebbe stata lieta di pronunciare le parole rituali che rappresentavano la rinuncia al diritto naturale alle antiche forme di giudizio, dicendo: «Per il bene o per il male, mi rimetto alla comunità». Ma alcuni avrebbero rifiutato di pronunciare queste parole, e piuttosto che sottomettersi al surrogato della voce di Dio – la voce del popolo – avrebbero preferito sottomettersi alla *peine forte et dure*, ed essere torturati a morte.

Riteniamo che la giuria, non solo nelle sue origini storiche ma anche nel suo funzionamento pratico, specialmente nelle comunità piccole e medie, rappresenti un principio manifestamente contrastante con il funzionamento più formalistico e legalistico di un

hanno notevole sviluppo in epoca normanna. Sorta di misura per corresponsabilizzare l'intera comunità per gli eventuali crimini del singolo membro di essa, il sistema del *Frankpledge* funziona infatti come strumento a garanzia dell'obbedienza delle popolazioni sassoni ai nuovi conquistatori [N.d.T.].

⁷⁰ Cfr. T. BLOUNT, *A Law-Dictionary*, 1670; «*Frank Pledge*» e «*View of Frank-pledge*».

⁷¹ In favore dell'introduzione di questo istituto, cfr. G. SHARP, *A General Plan for Laying out Towns on the New-acquired Land in the East Indies, America, or Elsewhere*, London 1794, 13-15.

⁷² Will, IV, 3 & 4, c. 42, par. 13 (1833).

tribunale in un paese latino, nominato dal potere centrale. Questo metodo di selezione dei giudici – soprattutto in quanto connesso al fatto che, almeno nei procedimenti civili, la comparizione personale della parte in udienza è un fatto eccezionale – tende a disumanizzare il giudizio. Non solo il giudice non conosce personalmente Tizio o Caio, come invece accade in alcune piccole comunità per i membri di una giuria, ma il fatto di piacere o dispiacere ai membri della comunità non può generalmente condizionare la valutazione del giudice. Egli ha di fronte certi fatti, o meglio ancora, fatti giuridicamente rilevanti, ai quali, *come risultano dai documenti*, dovrà applicare la legge.

Uno dei principi fondamentali del processo di *civil law* è che, nell'accertamento dei fatti, il giudice non può far uso della propria scienza privata dei fatti controversi⁷³. In teoria, una regola analoga esiste anche nei paesi di *common law*. Ma è una questione aperta fino a che punto la conoscenza personale dei fatti che i giurati hanno tratto dai giornali o addirittura dai pettegolezzi possa influenzarne il giudizio. La vecchia regola secondo la quale i giurati dovevano conoscere i fatti per loro conoscenza personale è da tempo stata superata. Tuttavia più di un imputato potrebbe, anche oggi, avanzare la vecchia obiezione: «Queste persone hanno l'animo pieno di risentimento contro di me, e mi detestano sulla base dell'accusa formulata nei miei confronti» così rifiutandosi di sottomettersi al giudizio «della buona gente del villaggio»⁷⁴. Si dice spesso che l'istituto della giuria è in declino in America e in Inghilterra⁷⁵. Comunque la fiducia nel giudizio della comunità, e specialmente della piccola comunità, è ancora assai forte. La mobilitazione di migliaia di soldati in una nazione in guerra attraverso uffici di coscrizione locali è senza dubbio un nuovo trionfo della legge della comunità, un dato impensabile nel continente europeo⁷⁶.

Consideriamo come funziona l'istituto della giuria nei paesi di *civil law* dove esso è conosciuto. Ancora una volta il quadro è facilmente tracciato, essendo le differenze macroscopiche. Tanto per cominciare, la giuria non è mai presente nei giudizi civili, e neppure in caso di reati minori con la possibile eccezione di quelli commessi a mezzo stampa. Sicché in realtà il processo con giuria è limitato ai reati maggiori, o, per meglio dire, a certi tipi eccezionali di essi, che rappresentano numericamente una frazione insignificante della vita giudiziaria. È di particolare interesse la sorte della giuria nell'America latina. Molte costituzioni sudamericane, sull'esempio statunitense, hanno esplicitamente introdotto il processo con giuria come un diritto fondamentale del cittadino, come una garanzia democratica. Nella realtà, tuttavia, il sistema della giuria non ha mai assunto una grande importanza nei paesi sudamericani⁷⁷. In alcuni casi, nonostante la garanzia costituzionale della giuria, non sono mai state approvate leggi che la istituissero. In altri

⁷³ Cfr. F. STEIN, *Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, 1893, 138 ss.; R. SAVATIER, *Nouveau Dictionnaire Pratique de Droit* 1933, 224.

⁷⁴ Cfr. F.W. MAITLAND, W.P. BAILDON (eds.), *The Court Baron*, London 1891, *Publications of the Selden Society*, V, 4.

⁷⁵ Cfr., ad es., P. HOWARD, *Criminal Justice in England*, New York 1931, 308-310; L.A. EMERY, *Government by Jury*, in 24 *Yale L. J.* 1915, 265.

⁷⁶ Si veda anche il funzionamento degli uffici locali di razionamento descritto da R. Oppenheimer in un articolo che apparirà in 24 *Yale L. J.* 1915, 265.

⁷⁷ Cfr. E.A. GARCIA, *Juicio Oral*, La Plata 1938, vol. III, spec. 520, 566; M. COSTA, *O Jury*, 1938; G. BERGÉ, *Étude sur le jury en droit comparé*, in *Revue de l'Institut de Droit Comparé*, VI, 1913, 1, 7, 14, 86 ss.

casi, benché queste leggi esistano, la giuria è normalmente limitata al processo penale, e comunque essa non è stata favorevolmente recepita ed è stata attuata in un numero molto ridotto di processi. In diverse recenti revisioni di codici di procedura penale, il processo con giuria è stato quasi completamente eliminato poiché, per usare un'espressione caratteristica di un giurista messicano, la presenza della giuria è «contraria al ritmo della vita giudiziaria in Messico»⁷⁸.

L'esperienza tedesca è sorprendentemente simile. La giuria, introdotta nel sistema giuridico tedesco sotto l'influenza della Rivoluzione francese, venne abolita con un semplice decreto governativo nel 1924. Con l'eccezione di alcuni esperti esso fu accolto con quasi completa indifferenza in tutto il paese⁷⁹. Si può immaginare quanto diversa sarebbe stata la reazione popolare negli Stati Uniti se un presidente avesse tentato di abolire il processo con giuria attraverso un procedimento amministrativo – anche in una situazione di emergenza grave come quella che la Germania stava attraversando nel 1924.

Nei sistemi di *civil law* la giuria non gioca alcun ruolo politico, e non ha il significato sociale che ha invece in Inghilterra e negli Stati Uniti. Uno studio di Alvin Johnson ha mostrato l'importanza educativa della giuria in una piccola comunità del New England⁸⁰. Più di un secolo fa, Alexis de Toqueville rilevava che se il processo con giuria non è sempre il modo migliore per conseguire la giustizia fra le parti, esso produce il massimo beneficio morale per i giurati. Ma giuria non è solo oggetto di educazione: è anche uno strumento di educazione⁸¹. Estendendo questo concetto, si deve considerare che nei paesi di *civil law* la giuria – se anche è presente – può rendere solo una *decisione*, simile allo *special verdict* di *common law*: in altri termini, la giuria deve rispondere a specifiche questioni limitate il più possibile strettamente a questioni di fatto. Negli Stati Uniti, per contro, è dovere del giudice esporre alla giuria le norme di diritto. I giurati non devono limitarsi solo all'accertamento dei fatti, è pure loro compito applicare a questi fatti le norme di diritto che il giudice avrà loro illustrato e spiegato. Questo compito di tradurre le norme di diritto in un linguaggio chiaro e popolare, o di riconsiderare la spiegazione data da un giudice inferiore, al quale la classe più influente dei giuristi di *common law*, ovvero i giudici, è quotidianamente costretta, è tipo di attività che un giurista europeo affronta forse una sola volta nella vita, quando cioè, piuttosto malvolentieri, debba inviare una relazione su problemi giuridici a quelle che vengono chiamate università popolari. Il legame quotidiano fra giudice e giuria, fra diritto e linguaggio comune, rappresenta un altro punto a favore del carattere popolare comunitario delle istituzioni di *common law*. Questa può essere una delle molte ragioni per cui forse la dottrina di *common law* indulge meno della dottrina di *civil law* in sforzi di generalizzazione e sintetizzazione. La necessità di chiarire le norme di diritto ad una giuria di laici frenerebbe qualsiasi ambizioso *excursus* nelle alte sfere dell'analisi filosofico-giuridica.

Se vogliamo tentare di dare una soluzione al problema enunciato all'inizio, dobbiamo dire che gli aspetti della vita giudiziaria in Inghilterra e in America che abbiamo appena

⁷⁸ Cfr. J.J. GONZALES BUSTAMANTE, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 1941, 189.

⁷⁹ Cfr. H. MANNHEIM, *Trial by Jury in Modern Continental Criminal Law*, in *Law Quarterly Review* 1937, LIII, 404.

⁸⁰ Cfr. L.B. JOHNSON, *The Substance of the American Democracy*, in M. ASCOLI, F. LEHMANN, *Political and Economic Democracy*, New York 1937, 320-321.

⁸¹ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, 2ª ed., trad. H. REEVE, 1836, vol. II, 200.

enunciati non giustificano l'affermazione della natura individualistica della tecnica processuale di *common law*. Al contrario, l'incisività degli strumenti di esecuzione, il carattere religioso e moralistico dell'approccio ai problemi giuridici in generale, il dovere di informazione, lo stretto controllo esercitato dalla comunità sui singoli e sul diritto, se confrontati con le corrispondenti istituzioni giuridiche dei paesi latini, sembrano rivelare nel sistema di *common law* un carattere più collettivistico che individualistico. Ciò significa comunque che l'affermazione del carattere individualistico della *common law* e della struttura sociale statunitense è semplicemente un luogo comune? E se anche lo fosse non bisogna ugualmente spiegarne l'origine e la diffusione?

Ci permetteremo ora di proporre una spiegazione e, in certa misura, una riconciliazione dei rilievi che precedono con la concezione individualistica prevalente. Ci sembra che ciò che viene generalmente considerato come l'aspetto individualistico della vita americana è semplicemente l'esistenza e la coesistenza di una pluralità di comunità e – non ci si preoccupi per questo elemento quantitativo – di un numero estremamente vasto di raggruppamenti di vario tipo. Per una sorta di illusione, questo fenomeno di decentralizzazione dell'elemento collettivistico, che proprio in questo modo non fa che *aumentare*, è stato talvolta scambiato per individualismo. «Le cose sono così ben coordinate in America che la stretta obbedienza al comportamento collettivo è chiamata individualismo» notava molti anni fa Max Ascoli, aggiungendo, «Le grandi strade sono piene di automobili che corrono verso la solitudine della campagna»⁸². Quando, ad esempio, studiosi della struttura della società americana come F.J. Turner o C.W. Eliot mettono in rilievo il carattere individualistico e antisociale dei primi coloni, al contempo sottolineando l'importanza della famiglia, del gruppo, della città, del nucleo, nella vita americana⁸³, essi identificano l'individualismo con l'intolleranza verso un'autorità *centrale*. In effetti, ciò che essi hanno chiamato individualismo sembra in realtà collettivismo all'interno di un gruppo più ridotto, e ciò che è stato chiamato tendenza antisociale può essere semplicemente una tendenza antistatalistica.

Ora, si tratta solo di una questione di parole? Ciò che si potrebbe definire collettivismo o pluricollettivismo coincide con ciò che normalmente viene classificato come individualismo? Noi riteniamo che, per non dire di più, l'uso del termine individualismo confonda notevolmente il vero problema. Se si ammettesse che ciò che è tipico del modello di vita americano e inglese non è la mancanza di un controllo sociale ma il suo carattere decentralizzato, allora, per esempio, la diffusa contrapposizione di individualismo e libera impresa da una parte e collettivismo e controllo sociale dall'altra si rivelerebbe un falso problema, che trascura un terzo e decisivo elemento, ovvero la prevalenza fattuale di un forte controllo sociale in forma decentralizzata e pluralistica.

Si potrebbe parlare dell'esistenza in America di un federalismo fondamentale, senza ovviamente pensare alle quarantotto o quarantanove giurisdizioni statunitensi. Pensiamo ad un reticolo più ampio e più profondo composto da una pluralità di sistemi giuridici che godono di un'autonomia molto ampia. Non solo i quarantotto stati ma anche le più piccole comunità locali, i sindacati, le chiese, le associazioni commerciali, i gruppi esclu-

⁸² Cfr. M. ASCOLI, *Intelligence in Politics*, New York 1936, 199.

⁸³ Cfr. F.J. TURNER, *The Frontier in American History*, New York 1920, spec. 125, 258-268; C.W. ELIOT, *The Conflict between Individualism and Collectivism in a Democracy*, New York 1910, spec. 7, 8, 31, 91.

sivi, le confraternite, i vari *klans*, i *vigilantes*, i gruppi di pressione, tutti questi organismi cellulari hanno loro leggi scritte e non scritte, propri strumenti di esecuzione e forme di controllo sociale, e proprie strutture di pressione. Quando vediamo l'individuo che sfida il potere dell'autorità centrale, non necessariamente egli agisce come singolo, ma agisce come membro di una di queste comunità. Egli è un membro del *thing*⁸⁴. Egli si presenta insieme ai suoi vicini, o insieme ad altri soggetti con i quali ha interessi in comune. Si fonda cioè sul potere che possiede anche la più piccola comunità.

Prima dell'origine dello stato moderno, l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici rappresentava probabilmente un fatto troppo ovvio per essere rilevato. Tuttavia, anche dopo che lo stato rivendicò il monopolio della legislazione, si riconobbe l'esistenza di sistemi giuridici non ufficiali. Già nel 1878, il giurista tedesco August Thon affermò l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici, alcuni dei quali addirittura illegali, come la Chiesa romana nel periodo dell'impero romano⁸⁵. Nel 1906 Benedetto Croce pubblicò in Italia una chiara esposizione della teoria pluralistica⁸⁶. Sono ben noti i nomi dei rappresentanti della moderna teoria pluralistica in Inghilterra⁸⁷. Tuttavia, un'analisi dell'attuale struttura di questi sistemi giuridici che rappresentano, per così dire, tanti stati nello stato, è stata quasi del tutto trascurata. Per fornire un solo esempio: nonostante l'enorme sviluppo dell'arbitrato commerciale negli Stati Uniti, non è stata ancora pubblicata un'analisi sistematica del contenuto dei lodi arbitrali. Il fatto sarebbe sorprendente se non si pensasse che a certi livelli di sviluppo la mancanza di pubblicità e sistematizzazione è probabilmente una condizione di crescita, e se non si ricordasse la riluttanza delle vecchie corti di *equity* a tenere verbali, a pubblicare resoconti e a prendere coscienza della loro adesione ai precedenti.

Almeno in questa misura, questa mancanza di dati riguardo ai vari organismi giuridici minori e meno formali esistenti nella società in senso lato, come l'istituzione di associazioni sindacali e commerciali, ecc., è probabilmente alla base di certe limitazioni formalistiche nelle ricerche della scuola di economia istituzionale. Ci sembra che gli studi sulle forme di controllo sociale o collettivo dell'attività economica abbiano la tendenza a confinare l'analisi alla regolamentazione esercitata dal legislatore e dalle corti, dalle istituzioni giuridiche intese nel loro senso più ristretto. Anche quando famosi studiosi si occupano di problemi come la competizione monopolistica o l'economia della competizione imperfetta, problemi in cui sembrerebbe inevitabile esaminare l'ambito e i modi di funzionamento del comportamento di gruppo e del controllo di gruppo, essi si mantengono

⁸⁴ Vedi, *supra*.

⁸⁵ Cfr. A. THON, *Rechtsnorm und subjective Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Aalen 1878, spec. XI-XII, 7-8.

⁸⁶ Cfr. B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia: memoria accademica del 1907*, Napoli 1926.

⁸⁷ Si veda, fra gli altri, J.N. FIGGIS, *Churches in the Modern State*, London 1913; G.D.H. COLE, *Guild Socialism Re-Stated*, New Brunswick 1920; H.J. LASKI, *The State in Theory and Practice*, New Brunswick 1935; Id., *Studies in the Problem of Sovereignty*, London 1937; E. BAKER, *Political Thought in England from Herbert Spencer to the Present Day*, 1915, spec. 175, 183.

gono «in un'atmosfera rarefatta dall'adozione di premesse estremamente semplificate»⁸⁸ o limitano i loro studi principalmente ai problemi del controllo statale⁸⁹.

In realtà, troviamo che alcuni economisti discutono fattori di controllo sociale diversi dal controllo dello stato⁹⁰. Tuttavia, le loro enunciazioni sono in genere affermazioni di principio ipergeneralizzate o analisi su argomenti troppo specifici. Sembra anche che manchino tecniche evolute o metodologie atte ad affrontare i fattori di controllo non ufficiale e siamo ancora lontani da un'analisi sistematica del problema del pluralismo in campo economico.

È certo che deve essere fatto molto di più nel campo del diritto e dell'economia prima che la pubblica opinione possa rendersi conto che lo sviluppo storico dell'economia americana non può essere interpretato come un fenomeno di crescita dell'impresa privata, e che la scelta reale non si pone, come non è mai stato, fra libertà di impresa e controllo statale. Questo sviluppo storico può essere considerato solo in termini di relazione fra varie forme di controllo sociale e i loro rapporti di bilanciamento nella situazione economica complessiva. Un'analisi completa di queste forme di controllo sociale, che potrebbero essere rese illegali ma non annullate da una legislazione *antitrust*, è probabilmente la prima condizione di qualsiasi legislazione economica efficiente.

Non potremo comprendere pienamente il significato politico della struttura pluralistica finché non saremo coscienti del fatto che la centralizzazione del potere e l'individualismo son ben lontani dall'essere contraddittori e inconciliabili. Essi possono talora apparire come concezioni concorrenti e complementari. Una concorrenza storica di questo genere spiega probabilmente le tirannie nell'Italia del Rinascimento, e la ragione per cui la Francia è stata contemporaneamente un paese tipicamente centralizzato e tipicamente individualistico. Il signore lontano, il giudice straniero, e altre caratteristiche del potere centralizzato possono essere più favorevoli allo sviluppo dell'individualismo delle pressioni esercitate dal governo della comunità in un sistema statale decentralizzato. L'approccio formalistico e legalistico che proprio la centralizzazione sviluppa per necessità porta ad una forma di individualismo che vede la sua Magna Charta anche nel codice più severo. Si potrebbe dire, inoltre, che la connessione fra il dispotismo accentratore e le tendenze individualistiche di una nazione è un'affermazione a due sensi, e che la forte tendenza individualistica di un popolo può provocare il declino dell'interesse politico e delle solidarietà comunali, tanto da diventare il terreno ideale per la nascita di istituzioni antidemocratiche.

La forte pressione collettiva, tipica dei paesi di *common law*, è, per altro verso, controbalanciata dal fatto che le comunità che esercitano un controllo diretto sono così numerose che, di fatto, la maggior parte degli individui può trovare una comunità che gli si adatti più o meno completamente, e alla quale si possono adattare pressoché senza sforzo. Solo gli «individualisti viscerali», gli eterni dissidenti, i veri *outsiders*, potranno trovarsi

⁸⁸ Cfr. J. ROBINSON, *Economics of Imperfect Competition*, London 1938, 327; v. anche E.H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, Mass. 1936.

⁸⁹ Cfr. ad es. A.R. BURNS, *The Decline of Competition*, Westport, Conn. 1936.

⁹⁰ Cfr. ad es. J.M. CLARK, *Social Control of Business*, New York 1939; J.R. COMMONS, *Legal Foundations*, New York 1932; T. VEBLEN, *The Theory of Business Enterprise*, 1904; ID., *Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times: The Case of America*, 1923.

peggio nei paesi di *common law* che non in quella che in passato era una tipica democrazia europea.

La tradizione storica dell'approccio pluralistico è molto forte sia in Inghilterra sia in America. Vogliamo menzionare qui un solo esempio che, per quanto su un piano diverso, è tuttavia una manifestazione estremamente significativa di questo atteggiamento. Ci riferiamo ai famosi episodi di contrasto fra le corti inglesi che costituiscono, a nostro parere, una vicenda assolutamente unica. La storia del continente europeo conosce lotte e conflitti fra baroni e stati, città e imperi, stato e chiesa, feudalesimo e potere centrale. Ma non ci presenta conflitti fra due corti derivanti dalla stessa autorità, in lotta tra loro in un periodo in cui proprio questa autorità esercitava un potere centrale molto forte. È quanto accadde nei periodi Tudor e Stuart in Inghilterra. Il *King's Bench* avrebbe emesso una sentenza a favore dell'attore e la *Court of Chancery*, su richiesta del convenuto, avrebbe diffidato il vincitore dall'esercitare i diritti riconosciutigli, e lo avrebbe anche incarcerato per *contempt* se avesse tentato di condurre ad esecuzione la decisione del *King's Bench*. Quest'ultimo avrebbe allora emesso un *writ of habeas corpus* per far sì che fosse scarcerato. Sir Edward Coke, *Chief Justice* del *King's Bench*, tentò addirittura di mettere sotto accusa il *Master in Chancery* in base allo *Statute of Premunire* per aver interferito con la pronuncia del *King's Bench*, e, come disse Bacone, di «far sedere il Cancelliere sotto un'ascia, invece che sotto lo stemma del Re»⁹¹. Giacomo I intervenne in questo conflitto decidendolo, su consiglio di Bacone, in favore del Cancelliere, così conservando nel suo regno una pluralità di corti indipendenti. Egli dimostrò di apprezzare appieno i vantaggi di una sorta di politeismo giuridico, e non privò l'Olimpo della *common law* di una delle sue divinità più attive, come la corte di *equity*.

In un certo senso, questa decisione del re, ribadita per legge nel 1872⁹², costituisce anche una giustificazione metodologica di questo studio. Bisogna infatti ammettere che gran parte delle sue conclusioni si fondano su norme e prassi proprie dell'*equity* più che su quelle tipiche della *common law*. Se abbiamo ritenuto corretto questo approccio, è perché l'*equity* ci è parsa come la *ultima ratio* del diritto anglo-americano, destinata a prevalere ogni volta che veniva in conflitto con la vera e propria *common law*. Bisogna pure ammettere che quest'ultima, in sé considerata, ha una notevole somiglianza con la *civil law* in senso lato. Ma proprio l'idea di considerare la vera e propria *common law* 'in sé' implica la mancata considerazione dell'unità strutturale delle istituzioni analizzate. Siamo inclini a spiegare le conclusioni alle quali è pervenuta la moderna dottrina comparatistica sulla base del mancato rilievo attribuito all'*equity*. A nostro parere, il principale elemento distintivo dei sistemi di *common law* è che in essi non prevale la *common law* ma l'*equity*. Se si fosse costretti a spiegare in una frase l'essenza della *civil law*, si potrebbe dire che la *civil law* è in sostanza ciò che sarebbe la *common law* se non avesse mai conosciuto una *Court of Chancery*. È pur vero che questa risposta risulterebbe ben poco utile, perché il quadro che gli verrebbe proposto andrebbe probabilmente oltre l'immaginazione del giurista di *common law*.

Il quadro di giurisdizioni coesistenti è ugualmente incomprensibile per il giurista latino o germanico, che crede nella *Einheit der Rechtsordnung*, ovvero nell'intangibile e spesso crudele unità dell'ordinamento giuridico. Il nostro vecchio collega Nino Levi aveva già

⁹¹ Cfr. F. BACON, *Letters and Life*, ed. Spedding, 1872, vol. VI, 91.

⁹² *The Supreme Court of Judicature Act*, 1873, 36 & 37, Vic., 66.

molto tempo fa notato un simile contrasto, nel suo specifico campo di ricerca, fra il tipo di normativa inglese e italiano⁹³. Il primo lasciava infatti completamente indipendenti le une dalle altre le decisioni dei giudici penali; il secondo invece considerava il giudice civile strettamente condizionato dagli accertamenti del giudice penale, affermando l'irretrattabilità della decisione giudiziale sugli stessi fatti, e la fondamentale unità dell'ordinamento giuridico.

Questa esigenza di unità ha probabilmente raggiunto uno dei suoi apici durante la Rivoluzione francese. Nel 1790 si verificarono a Parigi due avvenimenti significativi. In quell'anno vennero intrapresi in Francia i primi passi verso l'introduzione del sistema metrico, allo scopo di superare la complessità dei sistemi medievali di misura e peso. È vero che l'influenza francese, intensamente sentita negli Stati Uniti in quel periodo, si manifestò anche in questo campo con la proposta di Jefferson di introdurre una divisione su base decimale delle varie unità di misura. Ma questo progetto, adottato in Francia, venne respinto salvo che per la moneta; la simmetria, giuridica o aritmetica, non ha evidentemente mai rappresentato un argomento decisivo nei paesi di *common law*.

Il secondo avvenimento verificatosi in Francia nello stesso 1790 fu l'emanazione del famoso *Décret sur l'Organisation Judiciaire*, che ordinava ai giudici di *astenersi dall'interpretazione delle leggi*, e di investire il potere legislativo centrale ogni qualvolta sorgesse la necessità dell'interpretazione⁹⁴. Non è certamente necessario sottolineare che l'adozione di un principio che privava i giudici del loro potere di interpretare le leggi sarebbe stato inconcepibile in un paese di *common law*, anche nell'esaltazione rivoluzionaria. Neppure le opinioni *dissenzienti* espresse dai giudici vengono qui considerate sediziose o sovversive. In Europa, con la significativa eccezione della Svizzera, un giudice che osi rivelare in pubblico o anche in privato di aver dissentito con i suoi colleghi sarebbe responsabile di un comportamento gravemente scorretto, e verrebbe denunciato o rimosso dall'incarico. La corte è considerata un'unità, la sua voce è la *viva vox iuris*, e si dà quindi per scontato che i giudici possano esprimersi solo in un coro unico. La concezione contrappuntistica del diritto nei paesi di *common law* è invece evidenziata proprio dall'importanza che le opinioni dissenzienti assumono nel processo di trasformazione del diritto.

Non dimentichiamo, per altro verso, che l'esistenza di un'unità e una perfezione geometrica del sistema giuridico ha profonde radici nella natura umana. Tolomeo fu il primo a dare una base scientifica all'ipotesi che il mondo avesse forma sferica, e si dice che all'origine di tale concezione non fosse tanto uno stretto ragionamento matematico, ma piuttosto un'intuizione di carattere estetico. Dal momento che, egli pensò, il mondo non avrebbe potuto che essere creato bello e perfetto, e poiché la forma sferica è la più bella e perfetta che mente umana possa concepire, la terra deve necessariamente essere una sfera. Personalmente ho sempre provato forte ammirazione per il *pathos* di astrazione che ispirò questa concezione. Quest'uomo non si sentiva sufficientemente attratto da ciò che, per i mortali, rende bello il mondo in cui vivono – la varietà del panorama, la forma delle montagne, il fantastico corso dei fiumi. Per lui la bellezza era qualcos'altro: una perfezione geometrica astratta e fredda. Questo egiziano certamente aveva in sé lo spirito che animava la razza dei pastori semiti che, sognando ad occhi aperti sotto il cielo notturno ai confini del deserto, formularono il dogma del monoteismo.

⁹³ Cfr. N. LEVI, *La parte civile nel processo penale italiano*², Padova 1936, 3.

⁹⁴ *Décret sur l'organisation judiciaire*, 16-24 ag. 1790, Tit. II, art. I, n. 12.

Devo aggiungere, d'altro canto, che la mia ammirazione per Tolomeo è eguagliata solo dall'ammirazione per l'uomo che per primo ebbe lo straordinario coraggio di concepire l'idea che cantando o suonando due o più temi simultaneamente si può creare non una terribile cacofonia musicale o un'anarchia politica, ma una più nuova, migliore e più perfetta unione e bellezza. La reale fonte della *common law*, ovvero la struttura sociale dei paesi di *common law*, capaci di trasformare in unità le loro molteplici varietà, rappresenta uno dei risultati più sorprendenti di armonia contrappuntistica politica e giuridica.

Civil law e *common law* rappresentano dunque non solo i due maggiori sistemi giuridici della civiltà occidentale, ma anche due tendenze fondamentali della natura umana. Sarebbe infantile tentare di scoprire quale dei due è il migliore. Vi è solo da rimpiangere che i reciproci contatti siano stati a lungo piuttosto limitati. Una maggiore influenza reciproca delle idee ispiratrici dei due sistemi è probabilmente uno dei requisiti di fondo di un'effettiva comprensione fra l'America anglosassone e l'America latina e, per questo tramite, dell'unità e della sopravvivenza della civiltà occidentale. La loro più profonda compenetrazione potrebbe diventare un importante fattore per lo sviluppo di forme meno imperfette di coesistenza umana.

42. RICHARD A. POSNER, *THE FEDERAL COURTS. CRISIS AND REFORM**

1. Nell'ultimo quinquennio il dato caratteristico di numerosi lavori della letteratura giuridica nordamericana sembra consistere nell'individuazione e nell'analisi di tutta una serie di problemi nuovi riguardanti in senso lato l'amministrazione della giustizia. Fra questi problemi, la questione del sovraccarico di lavoro delle corti – e soprattutto di quelle federali – appare la più rilevante e ricca di implicazioni per il funzionamento della giustizia statunitense. Il nuovo libro di Richard Posner si colloca nettamente in questa prospettiva, assumendovi una posizione di oggettivo rilievo in ragione sia della personalità dell'autore sia del fatto che si individui nell'eccessivo carico di lavoro la ragione principale della crisi di efficienza delle corti federali.

In effetti, la scelta di tema costituisce in sé un dato di notevole interesse del lavoro di Posner. Occorre tuttavia subito rilevare che – pur contenendo spunti di grande suggestione – la trattazione di un simile tema in *The Federal Courts* appare nel complesso solo parzialmente soddisfacente, mentre di essa ineguale e non sempre approfondita è l'analisi dei problemi di efficace funzionamento delle corti federali sotto il duplice profilo – del resto dichiarato nel sottotitolo – delle ragioni di crisi e delle prospettive di riforma. Lasciando a un momento ulteriore l'illustrazione degli aspetti 'negativi' del libro in esame, si può immediatamente tentare l'individuazione dei suoi aspetti 'positivi' facendo riferimento a quanto già detto circa il carattere estremamente suggestivo di alcuni spunti presenti in *The Federal Courts*.

Tali spunti trovano collocazione essenzialmente nei capitoli introduttivo e conclusivo del libro. Già nella prefazione sono peraltro accennate alcune questioni di notevole interesse riguardo alla prospettiva adottata dall'autore e i suoi propositi nell'affrontare il tema descritto dal titolo. Nell'ampiezza delle attribuzioni della giurisdizione federale previste dall'art. III della Costituzione – e soprattutto dalla *section 2* di questa norma – Posner indica la ragione dell'esistenza di un «complex, extensive, powerful, controversial, overworked judicial system», e dichiara che obiettivo principale del lavoro in esame è la verifica del fatto che «the system is on the verge of being radically changed for the worse under the pressure of the rapid and unremitting growth in caseload» (vii). In questa chiave si svolge l'analisi dello stato della giurisdizione federale «come istituzione» che Posner realizza nel primo capitolo. Con l'uso – secondo una metodologia notoriamente caratteristica di questo autore – dell'indagine economica, Posner definisce l'*amount of judicial services* come una risposta economica a una domanda di servizi, ove la «domanda aggregata» rappresenterebbe somma delle domande di giustizia di tutti i *potenti* al *plaintiffs* (8 ss.). In questo contesto, l'assenza di costi imposti per l'utilizzazione della macchina della giustizia statunitense appare il dato maggiore caratteristico dell'assetto del sistema. Mancando una disciplina «economica» dei rapporti fra domanda e offerta di giustizia, il protrarsi dei tempi del funzionamento del sistema – quindi il suo funzionamento inefficiente – rappresenta infatti la sola risposta possibile alla *higher demand of justice* (11 s.). A fronte di questo stato di cose, non sembrano soddisfacenti – in quanto cause di complicazione

* Questa recensione è stata pubblicata in *Riv. crit. dir. priv.* 1986, 213-216.

piuttosto che di semplificazione del sistema – risposte come l'aumento del numero dei giudici federali o come il rilievo progressivamente attribuito alle *Appellate Courts* in funzione di *intermediate level* «to relieve the pressure in the Supreme Court». Sul piano più largamente istituzionale della struttura della divisione dei poteri, Posner individua inoltre nella mancata definizione dell'ampiezza e dello specifico oggetto della giurisdizione federale una ragione ulteriore della estensione delle competenze delle *Federal Courts* e del loro conseguente eccessivo *workload* (20 ss.).

Nel capitolo conclusivo del libro vengono anzitutto precisate queste contestazioni. Dalla caratterizzazione della giurisdizione federale come una sorta di piramide la cui dimensione appare concretamente imm modificabile dato il *fixed size* del suo apice – rappresentato dalla Corte Suprema –, Posner passa a valutare le due principali soluzioni proposte in dottrina rispetto al problema dell'*overwork* delle *Federal Courts*: ossia, la limitazione dell'accesso e l'aumento della «produttività» dei singoli giudici (318). Posta in dubbio la praticabilità di queste soluzioni – e comunque rilevate sinora la mancata realizzazione –, Posner segnala specifiche soluzioni alternative, ma soprattutto propone una diagnosi del problema della *crisis in quantity* come causa dell'abbassamento generale della *quality of federal justice* (319 ss.). Le risposte suggerite sono essenzialmente: l'effettivo aumento dei *filing fees* per l'accesso a tutte le corti federali; l'adozione del criterio del pagamento delle spese di difesa ad opera della parte sconfitta; l'elevazione del valore minimo per l'accesso alla giurisdizione federale dei cosiddetti *diversity cases* (le controversie fra cittadini residenti in stati diversi della confederazione); l'estensione della *appellate capacity* anche agli organi paragiudiziari di alcune delle principali *agencies* amministrative; infine la ridistribuzione delle competenze fra *federal* e *state courts* a netto favore di queste ultime.

Tuttavia, più che a indicare specifiche soluzioni, Posner sembra soprattutto interessato a rilevare gli elementi di crisi del sistema della giustizia federale attraverso la sua sottoposizione a quella che nel libro viene definita una «institutional analysis», ossia l'analisi dei suoi meccanismi di funzionamento (322). In realtà, nonostante questo proposito, una simile verifica non viene affrontata nel capitolo conclusivo di *The Federal Courts*. Rinviato il lettore agli specifici problemi riguardanti il funzionamento della giustizia federale già affrontati nel corso del libro, l'autore pone come questione finale quella dell'impreparazione culturale del giurista statunitense a considerare in chiave istituzionale – secondo il senso qui attribuito a «institutional analysis» – i problemi della giustizia. Alla base di tale impreparazione viene posto il modello di studio del diritto praticato nelle *law schools* americane, e basato prevalentemente su quelle che Posner definisce *doctrines* a scapito delle *institutions*. Ispirato anche presso le maggiori *schools* al *case method*, l'insegnamento del diritto federale non affronta problemi istituzionali di funzionamento del sistema e della sua attuale crisi (323 ss.). Dalla provenienza – dovuta alla finalità quasi soprattutto professionale dell'insegnamento nelle *law schools* – quasi esclusivamente dalla *legal community* del personale docente, Posner fa inoltre derivare la marginalizzazione di metodologie scientifiche di ricerca (328 ss.). Lo scarto fra indagine scientifico-istituzionale e modello di insegnamento ha poi – secondo Posner – un chiaro riscontro nel tipo di divulgazione della conoscenza del diritto più diffuso in ambito nordamericano. L'assenza di *publication filters* diversi dai tradizionali *boards* di studenti delle singole *law schools* viene infatti vista come l'indice di un approccio poco favorevole all'utilizzazione di metodologie diverse dall'elaborazione in chiave meramente dottrinale dei problemi di funzionamento della macchina della giustizia nei lavori normalmente pubblicitari sulle riviste statunitensi.

2. Si è detto del carattere più che altro suggestivo delle considerazioni iniziali e conclusive del libro di Posner. Una simile valutazione ha duplice fondamento. Da un lato, la scarsa elaborazione e il tono – come si dirà anche in seguito – quasi impressionistico di queste considerazioni. Dall'altro, soprattutto, l'impianto complessivo del lavoro e il suo collegamento con tali premesse e conclusioni.

Sotto questo profilo, sembra nuocere in modo particolare al libro di Posner il suo presentarsi come una sorta di *summa* della crisi del diritto statunitense, *sub specie* di diritto federale. In questa chiave, il problema della crisi della giustizia federale viene appunto affrontato focalizzando via via l'analisi su alcune sue cosiddette caratteristiche-tipo. L'adozione di un simile metodo di analisi 'per esemplificazione' – del resto molto diffuso presso la dottrina statunitense – è tuttavia solo apparente in Posner. Sembra infatti mancare in *The Federal Courts* un'effettiva scelta di problemi specifici all'interno del problema generale della crisi della giustizia federale. È infatti assente una precisa definizione degli elementi che esemplificano il complesso fenomeno della crisi della giustizia federale, e la conseguente selezione fra questioni marginali o di contorno e questioni di effettivo rilievo a questo specifico fine.

Nei numerosi capitoli che compongono il volume, i problemi specifici vengono, in effetti, individuati essenzialmente come 'occasioni' per sottolineare il funzionamento poco efficiente della giustizia federale. In altri termini, e nonostante lo spazio impiegato, ad essi non viene riservata un'analisi convincente anche solo come indici di tale fenomeno.

È il caso – fra gli altri, per primo nell'ordine del libro in esame – dei richiami al problema dell'evoluzione organizzativa delle *Federal Courts*. In effetti, nel cap. 2 – intitolato appunto *The Federal Courts System* – si fa cenno a numerose questioni il cui probabile notevole rilievo appare tuttavia solo intuibile dall'analisi di Posner, tanto da fornire l'impressione di un accostamento, se non casuale, quantomeno affrettato di troppi argomenti diversi. Il contemporaneo richiamo a questioni come quella tradizionale dell'*overlapping* fra giurisdizione federale e giurisdizioni statali, o all'ormai estremamente modesto *trend in salaries of Federal Judges* è solo uno dei possibili esempi di questo modo di procedere nel libro di Posner (32-48). Così dicasi anche per la citazione insistente del caso *Erie* in relazione al problema della giurisdizione spettante alle corti federali nei cosiddetti «diversity cases» (54); ove la banalità del riferimento per il lettore statunitense segnala come più che altro occasionale l'attenzione riservata da Posner a una delle più tradizionali cause di ampliamento e conseguente crisi della giurisdizione federale.

Il livello della trattazione di questo problema non cambia nei capitoli successivi, pur riservando di quando in quando spunti di qualche interesse. È il caso dei capitoli 3° e 4° di *The Federal Courts*, intitolati rispettivamente «The Crisis» e «Consequences». L'interesse del primo di questi capitoli risiede essenzialmente nel tentativo da parte di Posner di storicizzare il fenomeno della progressiva inadeguatezza della macchina della giustizia federale. Individuato nei primi anni '60 il momento nel quale il funzionamento delle *Federal Courts* entra in crisi, Posner non fornisce tuttavia un'analisi soddisfacente delle ragioni di tale deterioramento (63 ss.).

In effetti, a un'analisi comprensibilmente affrettata delle condizioni della giustizia federale nel periodo precedente, corrisponde un'analisi sostanzialmente approssimativa, anche delle ragioni di crisi delle corti federali nel '60-'80. Un'approssimazione che si manifesta essenzialmente nel modo in cui le varie cause di crisi – pur correttamente individuate – vengono prese in considerazione da Posner, ossia ne viene valutata l'incidenza sul fenomeno-crisi della giustizia federale e vengono poste in relazione reciproca.

Sembra manifestarsi già nella fase di descrizione dello stato di inefficienza della giustizia federale quella che altri ha definito la tendenza di Posner a caratterizzare complessivamente questo libro come soprattutto un «position paper» (M.C. RAHDERT, in 58 *Temple L.Q.* 1985, 577). Alla base di questa tendenza si pone il diverso rilievo attribuito ai dati risultanti dalla sottoposizione all'indagine economica del fenomeno-crisi della giustizia federale nel ventennio '60-'80. Posner valuta in effetti fondamentali alcuni fenomeni a scapito di altri, pure segnalati come connessi al problema della progressiva inefficienza della macchina della giustizia federale. Di questi ultimi fenomeni, l'autore giunge a non tenere praticamente conto, e quindi – andando ben oltre le legittime forzature di ogni interpretazione di risultati di indagini statistiche – a strutturare l'indagine in maniera tale da condizionarne risultati, possibili soluzioni, ed eventuali proposte di riforma.

In questa chiave si può spiegare – sempre con riguardo al cap. 3 – il grande rilievo attribuito al «dramatic increase in the number of the cases that the Supreme Court is deciding on the merits» a fronte della mera segnalazione di un fenomeno quale l'aumento del numero degli avvocati a partire dagli anni '60 (75, 80); oppure, all'«enormously enlarged number of rights upon which a Federal Court suit could be founded» a fronte del fenomeno dell'aumento degli «appeal rates» (81, 90). Nel primo caso, a parte la mancata connessione di due fenomeni in evidente interdipendenza (ad es., M. GALANTER, in 31 *U.C.L.A.L. Rev.* 1983, 4 ss.), Posner esclude dalla sua analisi la questione dell'incidenza delle nuove tecniche di difesa sulla congestione dell'attività delle corti federali (ad es. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 215 ss.). Nel secondo caso, Posner, pur individuando due fenomeni molto rappresentativi della crisi della giustizia federale, evita in realtà di fornire un'analisi approfondita. In particolare, l'autore sembra sottovalutare (a differenza di altri, ad. es., R.L. STERN, *Appellate practice in the United States*, Washington, D.C. 1981, 22 ss.; J.W. HOWARD, *Courts of Appeal in the Federal Judicial System*, Princeton 1981, 9 ss.; A. DONDI, *Il ruolo del giudice e il discovery nel processo amministrativo statunitense*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 808 ss.) l'impatto che sul «workload» delle corti d'appello federali progressivamente esercita la loro funzione di *judicial review* delle decisioni degli *administrative judges*. Per quanto in seguito (149, 161) Posner modifichi parzialmente questa posizione, e ad esempio dedichi un certo spazio alla questione ora accennata, l'aver considerato il problema del difficoltoso funzionamento delle *Federal Courts – of appeal* o non – essenzialmente in chiave di rapporto fra l'aumento della domanda di giustizia e la sua offerta inadeguata condiziona in maniera profonda le prese di posizione di questo autore in ordine sia all'ulteriore analisi del fenomeno-crisi della giustizia federale nel suo complesso sia alle soluzioni proposte in *The Federal Courts*.

Sul piano dell'analisi, l'approccio di Posner è ulteriormente esemplificato dalle considerazioni contenute nel cap. 4. Posner elenca fra le «conseguenze» di questo stato di inefficienza fenomeni come l'utilizzazione incontrollata di *parajudicial personnel* e soprattutto l'attribuzione di sempre maggiore rilievo all'attività dei «law clerks», spesso incaricati della redazione delle *opinions* delle corti federali; o ancora, e in conseguenza di ciò, la progressiva riduzione del numero delle opinioni *reported* (105, 120). In *The Federal Courts* la descrizione di questi fenomeni è tuttavia poco analitica, e come appiattita dal riferimento ricorrente a quella che invece l'autore ritiene palesemente la vera causa dell'inefficienza delle corti federali, ossia la tendenza all'«accommodating all increments of demand without increasing the practice of access to the system» (129).

In questa chiave, cataloga come palliativi – secondo la titolarità del cap. 5 – i tentativi via via susseguiti di reagire all'inefficienza abbastanza comprensibile che soluzioni di

tipo istituzionale come la creazione di «specialized federal appellate courts», come ipotesi di ristrutturazione della «administrative review», o come la creazione di una «Junior Supreme Court» in funzione di filtro-assistenza della corte suprema federale possano apparire palliativi. In quanto non immediatamente collegate al problema della sproporzione fra richieste e offerta di giustizia a livello federale, simili soluzioni non sono viste da Posner (147 ss.) come idonee a risolvere il problema della crisi delle *Federal Courts*, o appaiono comunque riforme marginali a tale problema (161 ss.).

Meno chiare, proprio nella prospettiva adottata in *The Federal Courts* sono le ragioni del sostanziale rigetto anche di soluzioni di carattere più «economico» che «istituzionale». È soprattutto il caso dei richiami ai cosiddetti «stiff users fees» e «fee shifting», strumenti che – il primo tramite la previsione di spese fisse per l'accesso alle *Federal Courts*, il secondo attraverso l'attribuzione delle spese di difesa e di giudizio alla parte sconfitta (133, 136 ss.) – appaiono specificamente finalizzati a bilanciare l'eccessivo abbassamento del prezzo del prodotto-giustizia federale lamentato da Posner, ma che Posner liquida *tout court* come soluzioni marginali e comunque non sufficientemente incisive sul problema dell'*overuse* della giustizia federale.

In realtà, nonostante le premesse e l'impianto del discorso, le proposte di Posner appaiono soprattutto di tipo tecnico-istituzionale o – e in ciò consiste il carattere di «position paper» di questo lavoro – di politica del diritto; come evidenzia la terza parte di *The Federal Courts* dedicata a un generale ripensamento del «Federal Judicial Process». Il nucleo di tale ripensamento è infatti rappresentato dalla proposta di contrapporre all'odierno *judicial activism* un rigido *self restraint* nelle attività del giudice federale (197 ss.). Nella sostanza, si tratterebbe di accogliere la concezione secondo la quale «... decisions that create rights result in havier caseloads, which can in turn impair the courts' ability to function» (208). Questo che Posner definisce «functional self restraint», e che viene fatto coincidere con un *law judicial profile*, diventa lo strumento per evidenti scelte ideologiche. Ove – come è peraltro esplicitato nel libro (217 ss.) – si pongano su di un piano di equivalenza i concetti di *activist* e di *liberal judge*, l'avversione di Posner per il preteso eccessivo *activism* dei giudici federali si converte in aperto favore per un atteggiamento conservatore di tali giudici; atteggiamento che, in quanto meno creativo di nuove aspettative di giustizia, appare «economicamente» meno gravoso per il *workload* della giurisdizione federale.

Questa impostazione condiziona il discorso di Posner, al limite della sua palese contraddittorietà. Nella successiva e più specifica analisi del meccanismo della giustizia federale allo scopo di individuare i rimedi al suo inefficace funzionamento, l'autore non può evitare il riferimento a problemi la cui soluzione presuppone una prospettiva di riforma in totale contrasto con quella proposta in *The Federal Courts*. Ciò accade sia che l'autore richiami questioni come l'assenza di una «firm judicial hand» sulla fase iniziale del processo (*discovery*), sia che affronti il problema dell'eccessiva estensione dei tempi per la definizione delle controversie presso le corti federali (226, 244 ss.). Nel primo caso, una simile questione – sorprendentemente catalogata da Posner come «minor area» mentre è ormai diffusamente individuata come centrale alla riforma del diritto processuale statunitense (A. DONDI, *Effettività*, cit., 189 ss.) – evidentemente implica l'attribuzione di un ruolo meno *adversarial*, quindi necessariamente *activistic*, al giudice federale. In modo analogo, nel secondo caso, l'assunzione di una funzione attiva del giudice nella conduzione della controversia rappresenta la sola effettiva soluzione al problema dell'abuso degli strumenti processuali da parte degli avvocati, e del conseguente *delay* che caratterizza il funzionamento della giustizia federale.

3. La segnalazione di questi problemi non induce tuttavia Posner strutturare diversamente la sua proposta di soluzione al problema della crisi della giustizia federale. Al riguardo sembra molto significativa l'ultima parte del libro, intitolata *Improving Federal Judicial Performance* (cap. 9 e 10). L'«alternative approach» che Posner propone a questo punto del libro altro non appare che una sequela di suggerimenti settoriali, avanzati spesso in forma dubitativa ed eventuale, alla base dei quali si pone la sopraindicata *philosophy* riguardo al ruolo spettante al giudice federale.

Nell'ambito di una funzione interpretativa delle normative federali e statali non molto lontana da quella di mera *bouche de la loi* (287 ss.), l'autore prevede che le corti federali svolgano il loro ruolo di *common law courts* – a intendere *judge-made-law courts* – semplicemente utilizzando «some simple powerful tools of economic analysis» (295). La possibilità di integrare il dettato delle norme attraverso una simile analisi non è ulteriormente chiarita da Posner; a meno che non si ravvisi un chiarimento di questa affermazione nel richiamo alla possibile scelta del giudice federale fra l'applicazione della legge federale o della legge statale in alcuni tipi di controversie, «choice of law» che per Posner rappresenta un esempio di «... basic trade-off... between the costs of information (presenti nella legge federale) and the costs of applying to the dispute the law of the state that does not have the comparative advantage in resolving the dispute most efficiently» (307).

In ogni caso, appare soprattutto rilevante nella prospettiva di Posner l'attribuzione al metodo dell'«economic analysis» del carattere di soluzione generale per la crisi della giustizia federale. Una simile esasperazione dell'elemento più tipico delle sue ricerche denuncia la funzione fondamentale strumentale attribuita da Posner a questo metodo in *The Federal Courts*. Qui la scelta dell'«economicamente» preferibile assume infatti il significato di un costante favore per le prospettive di riforma meno avanzate. In altri termini, il libro fornisce l'impressione che il riferimento a criteri di economicità serva principalmente a giustificare in termini di «economic efficiency» la sostanziale presa d'atto dell'impossibilità di funzionare delle corti federali, se non a prezzo di una drastica riduzione del loro *workload* (e *backlog*) e di un netto scadimento qualitativo della loro risposta di giustizia (314).

Il carattere complessivamente riduttivo della proposta formulata da Posner in *The Federal Courts*, che si sostanzia in questa presa d'atto e nel relativo sfavore per il ruolo *activistic* del giudice federale, riduce anche lo spazio per valutazioni conclusive. La prima di esse è in realtà una mera constatazione: al lettore non resta infatti che prendere a sua volta atto di una simile impostazione del problema della crisi della giustizia federale statunitense nel libro di Posner. Appare al più da rilevare come per formulare la sua proposta di rigida conservazione del sistema – salvo aggiustamenti di dettaglio finalizzati ad arginarne gli aspetti di maggiore crisi – Posner ricorra all'*escamotage* dell'utilizzazione di metodi di ricerca «oggettiva» come la sua «economic analysis». La chiara dichiarazione delle scelte ideologiche iniziali avrebbe per contro garantito una maggiore chiarezza e, probabilmente, anche una maggiore incisività del discorso di questo autore. La seconda considerazione riguarda quelli che all'inizio si erano indicati come aspetti suggestivi dell'indagine nell'illustrazione di caratteristiche-tipo sia della struttura e del funzionamento delle Federal Courts sia della cultura del giurista statunitense (v. § 1 *ante*). Da questo detto finora, questi riferimenti appaiono sostanzialmente estranei all'assunto di Posner. Per il lettore italiano, tali riferimenti possono comunque risultare di qualche interesse per le sintetiche informazioni che – in chiave più che altro sociologica – forniscono riguardo alla «situazione» statunitense.

43. TECNICHE DI ESECUZIONE NELL'ESPERIENZA STATUNITENSE*

SOMMARIO: 1. Sistema delle esecuzioni e sua completezza. — 2. Aspetti delle tecniche di esecuzione diretta *at law*. — 3. Tecniche di esecuzione indiretta *in equity*.

1. Sistema delle esecuzioni e sua completezza

Il problema delle garanzie di attuazione dei diritti può farsi coincidere nel panorama statunitense sia con quello della varietà delle tecniche di esecuzione sia con quello della completezza del sistema delle esecuzioni. Riguardo a quest'ultimo aspetto, qualche precisazione sembra *in limine* opportuna, allo scopo di chiarire il significato che qui si intende attribuire all'espressione «completezza del sistema delle esecuzioni». Come è del resto abbastanza intuibile, con questa espressione si intende fare riferimento alla compresenza nel sistema di tecniche di esecuzione diretta e di tecniche di esecuzione indiretta (di cui si tenterà di chiarire in seguito il significato, anche in relazione al concetto di esecuzione in forma specifica *e/o specific performance*), allo scopo di garantire la completa tutela dei diritti accertati in via giudiziale attraverso la predisposizione di uno spettro il più ampio possibile di misure di esecuzione. Occorre subito dire che, nella sostanza, una simile completezza trova una realizzazione del tutto particolare nel sistema delle esecuzioni statunitensi.

In effetti, nonostante la presenza di misure di esecuzione diretta dei provvedimenti decisorii del giudice civile, l'assetto di questo sistema risulta nettamente sbilanciato in favore di strumenti di esecuzione indiretta. Per ragioni di sintesi oltre che di notorietà della questione qui sembra solo il caso di accennare al carattere molto risalente di questo assetto, e alla coincidenza della sua origine con il definitivo strutturarsi del sistema di *common law* in Inghilterra¹. Procedendo per grosse semplificazioni secondo un approccio da tempo consolidato presso la dottrina angloamericana, peraltro largamente accolto anche dalla nostra dottrina² appare possibile individuarne l'origine nell'esistenza di un doppio sistema di giustizia, corrispondente alle giurisdizioni *at law* e *in equity*³. In questa prospettiva,

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. dir. civ.* 1988, 239-256, e riproduce il testo della comunicazione presentata al Convegno su «Processo e tecniche di attuazione dei diritti» (Palermo, 22-24 ottobre 1987).

¹ Anticipando quanto *infra* nel testo, cfr. — oltre a indicazioni d'obbligo come W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London 1966, vol. V, 291 ss., e, per gli Stati Uniti, R.W. MILLAR, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York 1952, 420 ss. —, ad es., E.A. FARNSWORTH, *Legal Remedies for Breach of Contract*, in 70 *Colum. L. Rev.* 1970, 1151 ss.

² Cfr., ad es., M.G. DE ROSSI, *Il Contempt of Court e la Specific Performance nel diritto inglese*, Roma 1934, 13 ss.; A.P. SERENI, *L'Equity negli Stati Uniti d'America*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1952, 324 ss.; A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano 1974, 33 ss.

³ Cfr., ad es., W.S. HOLDSWORTH, *op. cit.*, vol. IX, 352, vol. VII, 351-352; A.P. SERENI, *op. cit.*, 321-324.

accanto alle misure di esecuzione diretta dei provvedimenti emessi in forma di *judgments* dal giudice nella giurisdizione *at law* – misure prevalenti anche se non esclusive pur all'interno di questa giurisdizione – si registra la possibilità per il giudice di *equity* di ricorrere a misure di esecuzione indiretta per garantire l'esecuzione dei propri provvedimenti in forma di *decrees*, o meglio di *final decrees*⁴.

Sempre in via di estrema generalizzazione e facendo ancora riferimento a dati largamente noti, occorre inoltre rammentare il verificarsi di due fenomeni che condizionano sotto il profilo che qui interessa sia il rapporto fra queste due giurisdizioni del sistema di *common law* sia l'assetto complessivo di tale sistema riguardo al problema delle esecuzioni. Si tratta di due fenomeni collegati, il primo dei quali consiste nella progressiva diminuzione della 'specificità' del modello di esecuzione *at law*. Questa evoluzione – che si realizza molto lentamente nell'arco di tre secoli, dal XVI al XVIII – è determinata da vari fattori, fra i quali appare comunque prevalente la minore utilizzazione delle tecniche di esecuzione in forma specifica *at law* in quanto percepite, per un verso, come poco efficienti o troppo complicate; per altro verso, perché in contrasto con un diffuso favore per la tutela sempre più indiscriminata del diritto di proprietà, soprattutto della proprietà fondiaria⁵. Il secondo fenomeno è per contro rappresentato dal rilievo progressivamente maggiore che assumono le tecniche di esecuzione *in equity*, e dalla loro sempre più frequente utilizzazione come strumenti di *enforcement* delle decisioni dei giudici *at law*⁶.

Come è pure largamente noto, la diversa prospettiva entro la quale operano può essere vista come la ragione di fondo per il prevalere delle forme di esecuzione *in equity*. In questa prospettiva, per quanto ormai da tempo non valido in assoluto, gioca un ruolo determinante il principio secondo il quale *equity acts in personam*, a differenza dell'*acting in rem* proprio della giurisdizione *at law*⁷. In effetti, questo elemento consente di puntualizzare questioni di fondo in merito alle finalità e alle modalità dell'esecuzione nel *common law*, e nell'ordinamento statunitense in particolare.

La principale puntualizzazione riguarda il rapporto fra il richiamo al funzionamento *in rem* e *in personam* delle forme di esecuzione presenti *at law* e *in equity* e il concetto di esecuzione diretta e/o indiretta nel nostro ordinamento, nonché il significato di *specific performance* all'interno del modello di *common law*.

Al riguardo, si manifestano concezioni notevolmente diverse, che sottendono modi altrettanto diversi di distinguere fra esecuzione diretta ed esecuzione indiretta, esecuzione in forma specifica e *specific performance*. Semplificando molto, si può dire che i significati attribuiti nell'ordinamento statunitense e nell'ordinamento italiano a espressioni come esecuzione diretta (o esecuzione indiretta) e, soprattutto, come esecuzione in forma specifica (e/o *specific performance*) appaiono sostanzialmente divergenti.

Non sembra infatti esservi completa coincidenza fra l'esecuzione diretta del nostro ordinamento e il suo apparente naturale corrispettivo, l'esecuzione *at law*. Pur operando

⁴ Cfr., ad es., F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *History of English Law*, 2ª ed., Cambridge 1968, 595 ss.; con riferimento alla tradizionale impostazione del problema dell'esecuzione *at law*, v. 523 in particolare; in materia, e diffusamente sul punto, v. anche G.T. WASHINGTON, *Damages in Contract at Common Law*, in 47 *L. Q. Rev.* 1931, 345 ss.

⁵ Cfr., ad es., W.S. HOLDSWORTH, *op. cit.*, vol. IX, 352.

⁶ Cfr., ad es., R.W. MILLAR, *op. cit.*, 425.

⁷ Così, ad es., A.P. SERENI, *op. cit.*, 339 ss.

in maniera analoga, attraverso l'aggressione – in forma di spossessamento o di *seizure* – dei beni dell'obbligato allo scopo di realizzare l'esecuzione della prestazione anche contro la sua volontà, a queste forme di esecuzione sembrano essere attribuite finalità e rilievo differenti all'interno dei rispettivi ordinamenti. Ciò essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, in quanto nel nostro ordinamento si è tradizionalmente attribuita all'esecuzione diretta – come unica forma di esecuzione presente – una finalità di copertura complessiva delle esigenze di tutela in fase esecutiva; finalità ovviamente non attribuita all'esecuzione *at law* nell'ordinamento statunitense, per la compresenza nel modello di *common law* della forma di esecuzione *in equity*. In secondo luogo, e in conseguenza di questa sostanziale univocità della tecnica esecutiva, si è operata nel nostro ordinamento l'implicita assimilazione delle modalità dell'esecuzione diretta – con ciò intendendosi la tecnica di surroga dell'esatta esecuzione della prestazione tramite l'aggressione dei beni del debitore – al massimo della tutela esecutiva, ossia all'esecuzione in forma specifica⁸.

Una simile compressione della concezione di esecuzione in forma specifica – in pratica, la sua confusione con il risultato ottenibile attraverso il funzionamento delle forme di esecuzione diretta – non si è realizzata per l'esecuzione *at law* nell'ordinamento statunitense. Piuttosto ovviamente, la ragione di fondo di ciò sembra individuabile nel diverso contesto entro il quale questa forma di esecuzione si trova ad operare, non rappresentando – come si è ormai più volte detto – l'unica forma di esecuzione.

Si può anzi dire che nell'ordinamento statunitense la contrapposizione fra le due forme di esecuzione *at law* (*in rem*) e *in equity* (*in personam*) si sia in gran parte giocata sulla finalità di *specific performance* esplicitamente propria delle tecniche di esecuzione indiretta presenti *in equity*⁹. In questo ordinamento, è risultato agevole assimilare alle tecniche di esecuzione indiretta *in equity* il concetto di *specific performance*, in ragione del tendenziale risultato di adempimento specifico da esse perseguito: la loro funzione essendo infatti di realizzare l'adempimento specifico della prestazione personalmente ad opera della parte obbligata attraverso la pressione sulla sua volontà, e non contro di – o indipendentemente – da essa¹⁰.

Posto ciò, occorre subito aggiungere che questo assetto nell'ordinamento statunitense si caratterizza soprattutto per la sua solo parziale rigidità. Per un verso, in effetti, appare nettamente individuabile un nucleo concettuale di esecuzione in forma specifica, sinteticamente composto da forme di esecuzione indiretta che agendo *in personam* consentono di realizzare *specific performance*. Nucleo che, sul piano concettuale appunto, si contrappone rigidamente a forme di esecuzione diretta, e sullo stesso piano giustifica il rigido dualismo fra esecuzione *in equity* ed esecuzione *at law*¹¹. Tuttavia, per altro verso, sul piano delle tecniche di esecuzione, una simile contrapposizione non risulta ripropo-

⁸ Cfr., fra gli altri, C. SZLADITS, *The Concept of Specific Performance in Civil Law*, in 4 *Am. J. Comp. L.* 1955, 213, spec. 231 ss.

⁹ Cfr. ancora C. SZLADITS, *op. loc. cit.*; H. SMIT, *Enforcement of Judgments in the United States of America*, in 34 *Am. J. Comp. L.* 1986 (Supplement), 233.

¹⁰ Cfr. A. PEKELIS, *Tecniche giuridiche e ideologie politiche* (titolo originale *Legal Techniques and Political Ideologies*, in 41 *Mich. L. Rev.* 1943, 665 ss.), traduzione italiana di Angelo Dondi in A. DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 149.

¹¹ Così, ad es., F.W. MAITLAND, *Equity, A Course of Lectures*, Cambridge 1969, 111; H.G. HANDBURY, R.H. MAUDSLEY, *Modern Equity*, 11^a ed., London 1981, 37 ss.; Note, *Fifty Years of*

bile con analoga rigidità. A parte gli strumenti più tipici – ossia, come si dirà più oltre, *seizure* e *contempt of court*, rispettivamente *at law* e *in equity* – si registra l'utilizzazione di meccanismi di *enforcement* analoghi nelle due forme di esecuzione. Di più, da un punto di vista funzionale, il ricorso ad una forma di esecuzione non esclude l'utilizzazione anche dell'altra. Accade infatti con frequenza che a misure di esecuzione *at law* facciano seguito misure di esecuzione *in equity*, o che le due tecniche esecutive siano utilizzate contemporaneamente, come è del resto pacifico essendo ormai molto risalente il *merger* delle due giurisdizioni¹².

È tenendo presente un simile quadro di alternativa al tempo stesso netta e più sfumata fra le due forme di esecuzione dell'ordinamento statunitense che si procederà ora alla loro analisi; antepoendo all'esecuzione indiretta uno sguardo alle tecniche – meno rilevanti in questa prospettiva – dell'esecuzione diretta *at law*.

2. Aspetti delle tecniche di esecuzione diretta *at law*

Con riguardo alle tecniche piuttosto che alla *philosophy* di fondo dell'esecuzione *at law* – e comunque ritenendo che quest'ultima si manifesti essenzialmente attraverso gli strumenti di esecuzione disponibili in concreto – sembra anzitutto possibile individuare due categorie di tecniche di esecuzione, l'una facente capo alla *seizure* dei beni del debitore, l'altra all'imposizione di *damages* nei suoi confronti.

Per la verità, la designazione della prima categoria di tecniche di esecuzione *at law* con l'espressione *seizure* risulta largamente imprecisa sotto vari profili. L'utilizzazione di questo termine, in effetti, consente più che altro di individuare uno dei risultati più evidenti di tutta una serie di attività esecutive, segnatamente 'apprensione' dei beni del debitore¹³. Simili attività fanno essenzialmente capo – e soprattutto facevano – all'utilizzazione di *writ*s originariamente molto differenziati a seconda delle loro finalità in sede di esecuzione. Se si prescinde dal *writ of elegit*, molto risalente anche nella tradizione statunitense oltre che in quella inglese, il riferimento è specialmente al *writ of fieri facias* o – utilizzan-

American Equity, in 50 *Harv. L. Rev.* 1936, 171; infine, ma soprattutto, W.W. COOK, *The Powers of Courts of Equity*, 15 *Colum. L. Rev.* 1915, 106 ss.

¹² V. specificam., ovviamente fra molte altre possibili indicazioni, Note, *Equitable Remedial Rights Doctrine*, in 55 *Yale L. J.* 1945, 405 ss.; per un'approfondita analisi dei problemi di contemperamento di *Law* ed *equity* nel «federal system of law» cfr. S.N. SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, spec. 943 ss.

¹³ Il significato che in questo contesto si attribuisce al termine *seizure* è sostanzialmente atecnico. Non viene fatto cioè riferimento al carattere prevalentemente cautelare che il provvedimento di s. assume nella previsione della Rule 64 delle *Federal Rules of Civil Procedure* (cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, vol. XI, St. Paul. Minn. 1973, 344 ss.), ma al più generico significato di spossessamento che pure, in più ampia prospettiva, è proprio dell'espressione s. (v. *Black's Law Dictionary*, St. Paul. Minn. 1979, 1219). Sull'analogia e le reciproche differenze del termine s. con espressioni come *attachment* e *levy*, v., ad es., D.G. EPSTEIN, J.M. LANDERS, *Debtors and creditors*, St. Paul. Minn. 1982, 7 ss. Per un'analisi delle difficoltà terminologiche connesse alla strumentazione del modello di esecuzione *at law* (e che qui si è tentato di superare con l'uso generalizzato di un termine come s.) cfr. soprattutto S.A. RIESENFELD, *Creditors' Remedies and Debtors' Protection*, St. Paul. Minn. 1967, 9 ss.

do una definizione più recente, e semplificando molto rispetto alla possibilità di operare ulteriori distinzioni all'interno della categoria – al *writ of execution*¹⁴.

Un simile *writ* consente di avviare un procedimento di esecuzione variamente articolato.

Come risulta anche dalla previsione della *Rule 69* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, l'emanazione ad opera del giudice del procedimento di cognizione di un *writ of execution* costituisce in ogni caso la modalità tipica per intraprendere l'esecuzione di *money judgments*¹⁵. Questa forma di esecuzione trova realizzazione in provvedimenti intesi ad assicurare l'adempimento della prestazione intervenendo direttamente sul patrimonio del debitore¹⁶. Di questi provvedimenti atti a trasformare il patrimonio del debitore in una sorta di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione non viene, tuttavia, fornita descrizione nell'ambito delle *Federal Rules of Civil Procedure* e nella *Rule 69* in particolare. In effetti, con questa norma il legislatore federale del 1938 ha essenzialmente inteso inquadrare il fenomeno dell'esecuzione fra giurisdizione federale e giurisdizione statale, senza disciplinarlo specificamente¹⁷. L'unica forma di disciplina prettamente processuale prevista nella normativa federale è invero rappresentata dall'estensione – introdotta nella *Rule 69* con gli emendamenti del 1970 – dell'istituto del *discovery* (nella forma del cosiddetto *discovery in aid of execution*, consistente nella possibilità di utilizzare nel corso del procedimento di esecuzione gli strumenti di raccolta del materiale probatorio previsti nelle *Federal Rules* dalla *Rule 16* alla *Rule 37*) ad ogni procedimento di esecuzione *at law*¹⁸. Per il resto, si domanda la disciplina di tale procedimento alle singole normative statali e a *statutes* federali

¹⁴ Cfr. S.A. RIESENFELD, *Collection of Money Judgment in American Law – A Historical Inventory and Prospectus*, in 42 *Iowa L. Rev.* 1956, 155, 170 ss.; R.W. MILLAR, *op. cit.*, 426, 430.

¹⁵ Il testo della *Rule 69* (a) il seguente:

EXECUTION

(a) In General. Process to enforce a judgment for the payment of money shall be a writ of execution, unless the court directs otherwise. The procedure on execution, in proceedings supplementary to and in aid of a judgment, and in proceedings on and in aid of execution shall be in accordance with the practice and procedure of the state in which the district court is held, existing at the time the remedy is sought, except that any statute of the United States governs to the extent that it is applicable. In aid of the judgment or execution, the judgment creditor or his successor in interest when that interest appears of record, may obtain discovery from any person, including the judgment debtor, in the manner provided in these rules or in the manner provided by the practice of the state in which the district court is held.

Per un esame di questa norma e dei suoi progressivi aggiornamenti, cfr., ad es., *Federal Rules of Civil Procedure*, Mineola, N.Y. 1984, 98.

¹⁶ Cfr., ad es., J.W. MOORE, A.D. VESTAL, *Moore's Manual – Federal Practice and Procedure*, Albany-San Francisco-New York 1962, 1936.

¹⁷ V. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, vol. XII, cit., 64-66; W.W. BARRON, A. HOLTZOFF, *Federal Practice and Procedure with Forms*, vol. III, St. Paul, Minn. Brooklyn, N.Y. 1958, 526 ss.

¹⁸ Cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *op. cit.*, 71-72; per gli emendamenti del '70, v. 47 *F.R.D.* 1970, 544; in generale, per notizie sul *pretrial discovery*, nella letteratura italiana, v. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 135 ss.; per le possibilità di *discovery* in fase esecutiva, cfr. J.B. WEINSTEIN, H.L. KORN, A.R. MILLER, *CPLR Manual*, New York 1987, 27.09.

l'inquadramento di specifiche tecniche di esecuzione, come è il caso – per limitarsi a due soli esempi fra i possibili – delle previsioni contenute nel § 2001 e seguenti dell'*United States Code* in materia di *judicial sale*, nonché del § 959 della stessa normativa riguardo all'istituto del *receivership*¹⁹.

Appare superfluo in questa sede dare conto delle differenze fra le varie normative statali riguardo a queste modalità di esecuzione, in quanto si risolvono essenzialmente in differenze di dettaglio nella disciplina di tecniche di esecuzione come le due sopraindicate del *receivership* e del *judicial sale*²⁰.

Con riferimento a simili tecniche, occorrerà invece qualche pur sintetica precisazione in merito al loro funzionamento.

Per il *receivership*, sarà principalmente necessario chiarire la portata e il rilievo tecnico di un istituto che non ha sostanziale equivalente nel nostro sistema, con l'eccezione forse della curatela fallimentare²¹. La nomina di un *receiver* ad opera del giudice realizza, infatti, la sottoposizione a un controllo di tipo manageriale del patrimonio del debitore, con conseguente spossessamento di quest'ultimo²². L'ambito dei poteri di *management* del *receiver* – non rigidamente e specificamente predeterminato a livello normativo – dovrà essere stabilito dal giudice di caso in caso, al momento della nomina. Con riguardo ad uno spettro piuttosto ampio di attività, e tale da comprendere il potere di «*administer, collect, improve, lease, repair or sell*», al *receiver* potrà anche essere consentito di svolgere «*any other acts designed to satisfy the judgment*»²³.

È dalla sua origine *in equity* che il *receivership* deriva questo carattere fondamentalmente indeterminato e composito, di custodia-gestione ma anche di completa disponibilità del patrimonio del debitore; con l'eventuale aspetto satisfattivo-esecutivo costituito, ad esempio, dalla sua vendita e dal risarcimento dei creditori con il ricavato²⁴. Se nella prospettiva qui adottata – e prescindendo da rigide distinzioni fra *remedies in equity* e *remedies at law* del tutto «interne» al sistema di *common law* – ciò giustifica il suo inserimento fra

¹⁹ Per il § 2001 e seguenti, v. 28 *U.S.C.A.* (§ 1961-2240), St. Paul. Minn. Brooklyn, N.Y. n s.d., 23 ss.; per il § 959, v. id. (§ 1-1250), 604 ss.

²⁰ Cfr., ad es., I.H. COHEN, *Collection of Money Judgments: Experimentation with Supplementary Proceedings*, in 36 *Colum. L. Rev.* 1936, 1061 ss.; S.A. RIESENFELD, *op. cit.*; J.E. HEISERMAN, *Procedures Available for Implementation of A Judgment in Iowa*, in 42 *Iowa L. Rev.* 1956, 265 ss. Con riferimento al *receivership*, non si sono operate nel testo, per ragioni essenzialmente di economia del discorso, le pure necessarie distinzioni fra questa figura e quella analoga del *master* preposto all'esecuzione; per un'analisi di raffronto, cfr. D.R. JONES, *Federal Court Remedies: The Creative Use of Potential Remedies Can Produce Institutional Change*, in 27 *How. L. J.* 1984, 886 ss.; in materia, specificamente, nella letteratura italiana, cfr. E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.* 1981, 56, 63; sulla figura del *master* in generale, nella letteratura italiana (per una iniziale bibliografia in materia), v. A. DONDI, *op. ult. cit.*, 231 ss.; v. anche W.D. BRAZIL, G.C. HAZARD, P.R. RICE, *Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*, Chicago 1983.

²¹ La norma di riferimento è la Rule 66 delle *Federal Rules of Civil Procedure*, v. 28 *U.S.C.A.* (*Rules 59 to the end*), cit., 367.

²² Cfr. J.B. WEINSTEIN, H.L. KORN, A.R. MILLER, *op. cit.*, 27, 18, 27.76; 28 *U.S.C.A.* (§ 959), cit., 631.

²³ Cfr. J.B. WEINSTEIN, H.L. KORN, A.R. MILLER, *op. cit.*, 27.77.

²⁴ Cfr. D.R. JONES, *op. cit.*, 897-898.

le tecniche di esecuzione 'diretta', occorre tuttavia sottolineare che non il *receivership* ma il *judicial sale* costituisce la tecnica propriamente caratteristica di questa forma di esecuzione.

Come il *receivership*, anche il *judicial sale* prende le mosse da un provvedimento (in forma di *order*) del giudice del merito, ed è da questi controllato (*directed*) per il corso del suo svolgimento²⁵. Ai fini di questa ricognizione, appare rilevante la specifica descrizione del funzionamento del *judicial sale*; ad esempio, attraverso l'analisi dei ruoli spettanti a organi dell'esecuzione come *county clerk* – per l'individuazione e l'espropriazione degli *assets* del debitore – e *sheriff* – per la vendita giudiziale –²⁶. Basti in questa sede rammentare l'instaurazione con l'emanazione da parte del giudice dell'*order of execution* del cosiddetto *judgment lien*, nell'ambito del quale si realizza in concreto l'individuazione dei beni del debitore da sottoporre appunto a *lien*; beni cioè rientranti fra quelli oggetto di espropriazione (*seizure* o *levy*) e destinati a *judicial sale*²⁷. Più opportuna sembra invece a questo proposito qualche precisazione riguardo all'ambito di applicazione del *lien* e del *judicial sale*, ossia riguardo ai loro limiti oggettivi.

Tali limiti hanno un'origine molto risalente, che in ambito statunitense può farsi essenzialmente coincidere con la cosiddetta *homestead exemption*, intesa nella sostanza a proteggere la *family home* escludendola dall'imposizione del *lien*, e comunque intesa a impedirne la sottoposizione a *judicial sale* senza il consenso di entrambi i coniugi²⁸.

La logica alla base di una simile eccezione – corrispondente, come ovvio, alla necessità di non privare il debitore esecutato dei mezzi di sopravvivenza – è comune anche alle eccezioni che, introdotte successivamente, delimitano l'ambito di applicazione di *lien* e *judicial sale*. Sembra anzi possibile affermare che non di eccezioni effettivamente nuove si tratti ma di precisazioni e/o di aggiustamenti progressivamente realizzatisi intorno alla *homestead exemption* sotto la forma di una sua ampia estensione. È il caso, ad esempio, della porzione del patrimonio che, in forma di percentuale – costantemente aggiornate di stato in stato – del denaro derivante dal *judicial sale*, dovrà essere comunque garantita al debitore; come pure della cosiddetta *income exemption*, sulla base della quale un'ampia varietà di fonti di guadagno per il debitore viene (del tutto o in parte) esclusa dalla vendita forzata²⁹.

3. Tecniche di esecuzione indiretta *in equity*

Pur largamente incomplete, le informazioni finora fornite evidenziano un dato ulteriore di notevole rilievo nella prospettiva generale delle tecniche di esecuzione presenti nel modello statunitense. Si tratta della non completa copertura garantita dalle forme di esecuzione diretta rispetto al problema della tutela in fase esecutiva dei diritti accertati in via

²⁵ Così almeno secondo l'interpretazione prevalente della previsione della *Federal Rule* 69 (a), cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *op. cit.*, vol. XII, 65.

²⁶ Cfr. 28 U.S.C.A. § 2001, *cit.*, 23.

²⁷ Cfr., ad es., J.B. WEINSTEIN, H.L. KORN, A.R. MILLER, *op. cit.*, 27.66, 27.72.

²⁸ Cfr., ad es., A.R. MILLER, *op. cit.*, 435; G.L. HASKINS, *Homestead Exemptions*, in 63 *Harv. L. Rev.* 1950, 1289, spec. 1299 ss.

²⁹ Cfr. J.B. WEINSTEIN, H.L. KORN, A.R. MILLER, *op. cit.*, 27.25, 27/14; v. anche ampiamente S.A. RIESENFELD, *Creditors' Remedies*, *cit.*, 230 ss.

giudiziale. Questo elemento, che per quanto già detto si riscontra anche nelle forti limitazioni che condizionano la sottoposizione dei beni del debitore a *judicial sale*, ha la sua manifestazione più significativa nella tutela esecutiva accordata ai *non money judgments*³⁰.

In questo settore è noto il predominio delle tecniche di esecuzione proprie della giurisdizione *in equity*, o comunque elaborate nell'ambito di essa; si tratta come pure largamente noto di un predominio ampiamente consolidato sul piano storico dal momento – che è come se del resto già accennato all'inizio – costituisce tradizionalmente un carattere «esclusivo» di tale giurisdizione l'emissione da parte del giudice di provvedimenti (*decrees*) finalizzati a ottenere l'adempimento specifico della prestazione³¹. Inoltre, nella prospettiva che qui maggiormente interessa è da rilevare come questo dato di prevalenza trovi opportuno riscontro e ampia giustificazione negli *enforcement devices* presenti *in equity* e nelle finalità con essi perseguibili.

Le tecniche esecutive in questione sono agevolmente individuabili. Sarà pertanto possibile proporre subito una classificazione di massima, ove, distinguendo fra due categorie – o tipi – di tecniche di esecuzione indiretta, si collochi, da un lato, una misura come il *contempt of court* e, dall'altra, la categoria di sanzioni pecuniarie composita e differenziata al suo interno che fa capo al concetto di *punitive damages*.

L'indicazione delle due principali categorie di misure coercitive indirette non può peraltro prescindere da un richiamo – sia pure inevitabilmente sintetico – alle 'situazioni' di possibile applicazione. Un simile richiamo è, in effetti, reso indispensabile da una caratteristica di fondo del sistema delle esecuzioni nel modello statunitense. Come è agevolmente intuibile, ci si intende richiamare al tendenziale adeguamento, nell'ambito di questo modello, della misura esecutiva alle specifiche esigenze poste dalle singole situazioni, e/o risultanti dalla decisione del giudice³².

Tale prospettiva comporta l'estensione delle possibili ipotesi di riferimento rispetto a (e all'interno di) quella già richiamata dei *non money judgments*. Per diffusione e varietà, questa in ogni caso rimane l'area di più incisiva applicazione di tali misure. In linea di larga massima, sembra infatti possibile estendere questo riferimento a tutte le numerose circostanze nelle quali non si possa fare utilmente luogo al cosiddetto *damages remedy* in funzione esecutiva, o meglio compensatoria³³.

Non è certo questa la sede per un'analitica individuazione di simili circostanze, oltretutto oggetto da almeno un ventennio di approfondita analisi da parte della dottrina statunitense³⁴. Qui sembra sufficiente accennare al fenomeno di profonda trasformazione

³⁰ Per tutti, v. S.A. RIESENFELD, *Regional Report from U.S.A.*, in atti Lund Colloquium, *Enforcement '85*, Lund giugno 1985.

³¹ Cfr. I.C.F. SPRY, *Principles of Equitable Remedies*, London 1980, 27 ss.; E.A. FARMSVORTH, *Legal Remedies for Breach of Contract*, cit., 1154 ss.

³² Cfr., ad es., H. SMIT, *Enforcement of Judgments in the United States of America*, cit., 226.

³³ Fra gli altri, v. spec. A. SCHWARTZ, *The Case with Specific Performance*, in 89 *Yale L. J.* 1979, 871 ss.; contra E. YORIO, *In defense of Money Damages for Breach of Contract*, in 82 *Colum. L. Rev.* 1982, spec. 1402 ss.

³⁴ Cfr., ad es., C.J. GOETZ, R. SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on An Enforcement Model and A Theory of Efficient Breach*, in 77 *Colum. L. Rev.* 1977, 554 ss.; ID., *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, in 89 *Yale L. J.* 1980, 1261.

che – nell'ultimo ventennio appunto – investendo i rapporti economici ha interessato le strutture degli accordi contrattuali e di riflesso le esigenze e le concrete possibilità di tutela in via giurisdizionale di una gamma ormai estremamente diversificata di *promises*³⁵.

Il riferimento è a categorie di contratti come quelli aventi per oggetto «unique goods» oppure ai cosiddetti «long term requirement contracts»³⁶. In queste circostanze appare ovvio – quantomeno in via di prima approssimazione, dato che la questione risulta peraltro largamente controversa sotto vari profili – che il ricorso a strumenti di esecuzione indiretta con finalità di *specific performance* trovi intrinseca giustificazione nello specifico oggetto della prestazione, ossia nella sua sostanziale infungibilità, e nella conseguente netta superiorità dell'esatta esecuzione dell'obbligazione rispetto al risarcimento del danno per la sua mancata esecuzione³⁷.

Il criterio dell'incertezza e della notevole difficoltà nella quantificazione del danno derivante dalla mancata esecuzione, pur rappresentando l'elemento di maggiore rilievo a favore del ricorso a strumenti di esecuzione indiretta, non costituisce tuttavia l'unico criterio per la loro applicazione³⁸. A quelle finora indicate si devono infatti aggiungere aree di tradizionale applicazione di tecniche di esecuzione indiretta del tutto estranee a tale criterio, in quanto non definite o definibili sulla base della indeterminabilità del danno da mancata esecuzione. L'esempio più significativo e noto a questo proposito è rappresentato dai contratti di «sale of land» che insieme a una vasta categoria di contratti caratterizzati dall'oggetto (l'acquisto di alcuni tipi di beni immobili, in genere connessi all'esercizio di attività agricole) e dalle modalità di esecuzione (tipica la forma della rateizzazione dei pagamenti), sono stati considerati, per tradizione già saldamente consolidata nel secolo scorso, meritevoli di tutela particolare e ulteriore in sede esecutiva rispetto al risarcimento del danno; quindi di tutela *in equity* con tendenziale finalità di *specific performance*³⁹.

Si è già detto dell'impossibilità di superare in questa sede l'ottica di una rapida e certo affrettata panoramica delle situazioni sostanziali corrispondenti alle ipotesi di applicazione delle tecniche di esecuzione indiretta presenti nel modello statunitense. Questa riserva vale anche per i pochi cenni che si potranno qui dedicare a quella che si è in precedenza segnalata come l'area di più vasta e più incisiva utilizzazione di simili tecniche, ossia i *non*

³⁵ Così, ad es., G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harv. L. Rev.* 1972, 1089 ss.

³⁶ Cfr., ad es., A. SWARTZ, *op. cit.*, 273; A.T. KRONMAN, *Specific Performance*, in 45 *U. Chi. L. Rev.* 1978, 356 ss.; T.S. ULEN, *The Efficiency of Specific Performance: Toward A Unified Theory of Contract Remedies*, in 83 *Mich. L. Rev.* 1984, 373 ss.

³⁷ Cfr., specificamente, A.T. KRONMAN, *op. cit.*, 368 ss.; M.T. VAN HENKE, *Changing Emphases in Specific Performance*, in 40 *N.C.L. Rev.* 1961, 4 ss.; sulla linea di una visione generalmente compensatoria, v., ad es., C.J. GOETZ, R. SCOTT, *Liquidated Damages Penalties and the Just Compensation Principle. Some Notes on An Enforcement Model and A Theory Of Efficient Breach*, cit., 558 ss.

³⁸ Per un'informazione ampia ancorché istituzionale riguardo ai problemi dell'esecuzione, con speciale riferimento agli accordi contrattuali, cfr. A.L. CORBIN, *Corbin on Contracts*, St. Paul, Minn. 1964, vol. V A, 177 ss.

³⁹ Cfr. A.L. CORBIN, *op. cit.*, 126 ss.; L.L. FULLER, W.R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, in 46 *Yale L. J.* 1936, 53; E.A. FARNSWORTH, *The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract*, in 69 *Colum. L. Rev.* 1969, 595.

*money judgments*⁴⁰. Riguardo a questo settore, occorre oltretutto aggiungere subito che la sua estrema diversificazione interna – escludendone in assoluto l'inquadramento in un unico schema – non consente che qualche indicazione di carattere generale.

Posta questa limitazione, ribadire anzitutto la netta prevalenza in tale ambito delle tecniche di esecuzione indiretta sembra comunque opportuno. Si tratta, infatti, di una prevalenza che – per quanto riguarda il sistema delle esecuzioni statunitense – trova fondamenti inequivocabili sul piano normativo, come soprattutto la previsione della *Rule 70* delle *Federal Rules of Civil Procedure*⁴¹. In questa norma sono invero chiaramente individuati sia le caratteristiche di fondo dei *non money judgments* sia gli strumenti per la loro tutela in fase esecutiva. Sul versante propriamente definitorio, è già significativo nel titolo della *rule* («Judgment for Specific Acts») il riferimento alla non surrogabilità della prestazione, nonché il richiamo al carattere tendenzialmente *specific* della *performance*, come elemento comune caratteristico della categoria dei *non money judgments*. Più rilevante per quanto qui interessa è la disciplina dell'esecuzione prevista dal legislatore federale. Nell'ambito dell'esercizio da parte del giudice di poteri discrezionali molto ampi in ordine all'adattamento delle misure esecutive alle esigenze del caso concreto, questa disciplina si basa infatti soprattutto sul ricorso alle tecniche di esecuzione indiretta già indicata a varie riprese in precedenza, ossia *contempt of court* e sanzioni pecuniarie con prevalente funzione coercitiva⁴².

Il richiamo insistente a simili tecniche esecutive non esclude – pur essendo del tutto fuori discussione che queste rappresentino le misure-chiave del sistema statunitense sul versante dell'esecuzione indiretta – la presenza di altre soluzioni proprio sul piano dell'*enforcement* di alcune categorie di *non money judgments*. L'esempio più significativo e relativamente esteso è rappresentato dal carattere *self executing* di certi tipi di decisioni. Si tratta, come ovvio, del caso di sentenze con carattere costitutivo, comunque sentenze nelle quali la modificazione delle situazioni giuridiche sostanziali è intrinseca allo stesso provvedimento del giudice, e in esso si realizza (così, fra le altre possibili ipotesi, per il trasferimento di «titles to land» o per l'imposizione di *liens* a garanzia del pagamento di *alimonies*)⁴³.

⁴⁰ Cfr. S.A. RIESENFELD, *op. ult. cit.*

⁴¹ Il testo della norma il seguente:

If a judgment directs a party to execute a conveyance of land or to deliver deeds or other documents or to perform any other specific act and the party fails to comply within the time specified, the court may direct the act to be done at the cost of the disobedient party by some other person appointed by the court and the act when so done has like effect as if done by the party. On application of the party entitled to performance, the clerk shall issue a writ of attachment or sequestration against the property of the disobedient party to compel obedience to the judgment. The court may also in proper cases adjudge the party in contempt. If real or personal property is within the district, the court in lieu of directing a conveyance thereof may enter a judgment divesting the title of any party and vesting it in others and such judgment has the effect of a conveyance executed in due form of law. When any order or judgment is for the delivery of possession, the party in whose favor it is entered is entitled to a writ of execution or assistance upon application to the clerk.

In materia, per un commento della *rule*, cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *op. cit.*, vol. CXXI, 75 ss.

⁴² Cfr., ad es., 28 U.S.C.A. (Rules 59-76), cit., 572.

⁴³ Cfr., ad es., S.A. RIESENFELD, *op. cit.*, 7; H. SMIT, *Enforcement of Judgments in the United States*, cit., 232; P.H. RUBIN, *Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance*, in 10 J.

Se tuttavia si prescinde da queste ipotesi, o da altre simili e più marginali, risulta evidente la centralità delle due tecniche sopraindicate rispetto al problema dell'esecuzione dei *non money judgments*. A *contempt of court* e sanzioni pecuniarie continua, infatti, a fare inevitabilmente riferimento lo strumentario di volta in volta apprestato per la soluzione di questo problema.

Per quanto generalmente riguarda l'uso di simili tecniche, prima di – e per poter procedere a – una loro analisi funzionale, sembra anzitutto opportuno qualche chiarimento, con riferimento sia ai loro meccanismi di funzionamento, sia al loro reciproco rapporto e collegamento, sia, infine, alla loro funzione di strumenti-tipo o di tecniche esecutive di riferimento rispetto ad altre eventuali forme di esecuzione indiretta. Ovvio, e molto probabilmente superfluo dopo le numerose avvertenze in questo senso, il rilievo che per ragioni di sede, e di economia complessiva del discorso, con tali chiarimenti non si pretenderà di realizzare un esame approfondito delle tecniche in questione. Qui si intende fornire solo qualche indicazione in merito alle loro caratteristiche strutturali e alle modalità della loro effettiva utilizzazione in fase esecutiva. Simile avvertenza sembra particolarmente opportuna riguardo a un ambito di problemi da tempo largamente noti anche presso la nostra dottrina, come quelli concernenti l'istituto del *contempt of court*⁴⁴.

Un chiarimento necessariamente iniziale a questo proposito riguarda la funzione di misura 'di confine', o 'di chiusura del sistema' che prevalentemente il *contempt of court* riveste anche in fase di *enforcement* di decisioni definitive di merito (*final decrees*)⁴⁵. Sembra anzi possibile sostenere che proprio in questo settore tale elemento si evidenzi particolarmente, rappresentando in larga parte il dato più rilevante e caratteristico della presenza di questa misura nel sistema delle esecuzioni statunitensi.

La rilevazione di questo dato si presenta come relativamente agevole. In effetti, i riscontri in proposito sono a vari livelli numerosi e notevoli; così sul versante normativo, come giurisprudenziale e dottrinale. In ciascuno di questi settori è, in altri termini, ricorrente il richiamo allo strumento-*contempt* come unica – o come ulteriore – effettiva salvaguardia dell'obiettivo di *specific performance* della prestazione⁴⁶. Tuttavia, più che rilevare l'emersione di questo dato nei singoli settori indicati – come, in ambito normativo, la sua disciplina nella *Rule 42* nonché il suo collegamento con l'*injunction*, di cui peraltro si dirà, nella *Rule 65* delle *Federal Rules of Civil Procedure*⁴⁷ – qui sembra soprattutto interessante dare conto della relazione fra la struttura del *contempt of court* e il suo funzionamento in

Legal St. 1981, 239; cfr. anche G.C. HAZARD, F. JAMES, *Civil Procedure*, 3ª ed., New York 1985, 24.

⁴⁴ Per rimanere a indicazioni ormai tradizionali, v. ad esempio, M.G. DE ROSSI, *Il Contempt of Court e la Specific Performance nel diritto inglese*, cit., loc. cit.; A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 222 ss.; ID., *Il Contempt of Court quale sanzione per l'inesecuzione dell'injunction*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 112 ss.

⁴⁵ Su questo carattere del *contempt*, nella dottrina italiana, cfr., da ultimo – pur con riferimento a problemi di *enforcement* endoprocessuale –, A. DONDI, *Effettività*, cit., 172 ss.

⁴⁶ Cfr., ad es., D. LAYLOCK, *Modern American Remedies*, Boston-Toronto 1985, 628 ss.; H. SMIT, *Enforcement of judgments in the United States*, cit., 230 ss.

⁴⁷ Per quanto riguarda la *Rule 42 F.R. Crim. P.*, cfr. C.A. WRIGHT, *Federal Practice and Procedure*, St. Paul. Minn. 1969, vol. III, 148 ss.; con riferimento alla *Rule 65 F.R.C.P.*, cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *op. cit.*, vol. XI, 355 ss., (spec. 583 ss.).

fase esecutiva; ciò sempre nella prospettiva indicata dell'attribuzione in generale a questa misura di una funzione di 'chiusura del sistema'.

Una simile prospettiva sembra anche fornire una possibile chiave di lettura dell'evoluzione che, principalmente sul piano del ruolo svolto in fase di esecuzione ma anche come misura di *enforcement* in senso lato, ha interessato l'istituto del *contempt* nel corso di questo secolo in ambito statunitense.

La linea di questa evoluzione può definirsi come una progressiva 'destrutturazione' delle tradizionali categorie di inquadramento teorico-funzionale del *contempt*, senza peraltro giungere a snaturarne i caratteri di fondo. Principale oggetto dei mutamenti provocati da questo processo evolutivo è la distinzione di tale istituto nelle due categorie del *civil contempt* e del *criminal contempt*⁴⁸.

È, nella sostanza, proprio sul versante della funzionalità del *contempt of court* in fase esecutiva che si rivela rigida e fondamentalmente ingombrante una distinzione come questa, pure saldamente radicata nella cultura giuridica statunitense, anche per via dei riferimenti molto specifici e risalenti nella giurisprudenza della Corte suprema⁴⁹. In effetti, appare sostanzialmente estranea al ruolo di misura di esecuzione indiretta del *contempt of court* in fase esecutiva tale differenziazione fra due categorie di *contempt*, operata inevitabilmente se non tendenzialmente con rigidità⁵⁰.

Ciò si realizza soprattutto su tre versanti: sul versante della 'situazione soggettiva', ossia del comportamento del soggetto nei confronti del quale è emesso il provvedimento di *contempt*, sarà in linea di massima la *willfulness* del comportamento a caratterizzare come *criminal* piuttosto che *civil* il *contempt*; sul versante delle garanzie processuali, ove, mentre in un procedimento di *criminal contempt* dovranno essere presenti tutte le garanzie di un procedimento penale, ciò non sarà necessario per il *civil contempt*; infine sul versante del

⁴⁸ Selezionando sul punto, nell'ambito di una letteratura notoriamente molto vasta, cfr., ad es., R.L. GOLDFARB, *The Contempt Power*, New York-London 1963, 49 ss.; C.J. MILLER, *Contempt of Court*, London 1976, 7 ss.; J.H. BEALE, *Contempt of Court, Criminal and Civil*, in 21 *Harv. L. Rev.* 1908, 161, spec. 172-173; J. MOSKOWITZ, *Contempt of Injunctions, Civil and Criminal*, in 43 *Colum L. Rev.* 1943, spec. 785-801; D.B. DOBBS, *Contempt of Court: A Survey*, in 56 *Cornell L. Rev.* 1971, 235 ss., 242 ss.; R.D. GOULD, *Civil or Criminal Contempt – The Problem of Contempt Proceedings for Striking Teachers*, in 67 *Temple L. Q.* 1973, 269 ss.; D.J. HERMANN, *Contempt: Sacrilege in the Judicial Temple – The Derivative Political Trial*, in 60 *Ky. L. J.* 1976, spec. 584; v. anche (per un'approfondita panoramica storica in ambito statunitense) Comment, *Civil and Criminal Contempt in the Federal Courts*, in 57 *Yale L. J.* 1947, 85 ss.; Comment, *Standards of Punishment in Contempt Cases*, in 39 *Cal. L. Rev.* 1951, 552 ss.; v. anche, infine, C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *op. cit.*, vol. IX, 156 ss.

⁴⁹ Il referente tradizionale è rappresentato dal famoso caso *Gompers v. Stove & Range Co.*, cfr. 55 *U.S. L. Ed.* 1911, 797 (spec. 806-808). Sulla giurisprudenza in materia, oltre alle opere citate in n. 48, v. O. FISS, D. RENDLEMAN, *Injunctions*, 2ª ed., Mineola, N.Y. 1984, 831 ss.

⁵⁰ In realtà, proprio in uno dei *leading cases* in materia – come il caso *Gompers* (v. n. 49) –, all'esordio della distinzione fra *civil* e *criminal contempt*, il giudice avvertiva che «*Contempts are neither wholly civil nor altogether criminal*»; ma la tendenza a radicalizzare la distinzione è presente in pressoché tutta la giurisprudenza in tema di *contempt*, non foss'altro che per la necessità di dimostrare le ragioni in favore della scelta di uno dei due tipi. Così, ad es., in *Nye v. United States*, 85 *U.S.L. Ed.* 1941 1175 ss., ove è, fra l'altro, presente un'accurata analisi delle caratteristiche del *criminal contempt*. Sull'evoluzione della giurisprudenza federale in materia, v. ancora Comment, *Civil and Criminal Contempt in the Federal Courts*, cit.

soggetto destinatario delle sanzioni pecuniarie utilizzate in aggiunta o in alternativa rispetto alla reclusione del *contemnor*, dal momento che la *fine* andrà allo stato nel *criminal* e al privato nel *civil contempt*⁵¹.

Riguardo all'utilizzazione di uno strumento come il *contempt* in fase esecutiva, e soprattutto alla sua finalità di ottenere l'effettiva realizzazione della prestazione (*specific performance*), l'utilità di una simile distinzione è al più quella, marginale, di stabilire in negativo a quale categoria non possa ascriversi il *contempt* come misura di esecuzione indiretta. Le finalità essenzialmente punitive, oltre alle caratteristiche sopraindicate, indicano il *criminal contempt* come la categoria da escludere a questo proposito⁵². Peraltro, anche nell'area del *civil contempt* l'inquadramento della funzione del *contempt* in fase esecutiva non si presenta del tutto agevole. È infatti relativamente recente – e segnata tuttora da qualche incertezza in dottrina – l'individuazione nell'ambito della categoria del *civil contempt* di una sottocategoria di riferimento. Un simile inquadramento è comunque stato realizzato facendo ricorso alla sottocategoria del *coercive contempt*⁵³.

Le ragioni per l'adozione di tale criterio di inquadramento sono evidenziate dalla stessa denominazione di *coercive contempt*, ove la chiara indicazione della funzione principale del *contempt* in fase esecutiva si accompagna anche all'implicita esclusione o quantomeno alla netta marginalizzazione in questa prospettiva di altre finalità pure tradizionalmente caratteristiche del *civil contempt*, come soprattutto quella di *compensatory remedy*⁵⁴.

⁵¹ Sul punto delle diversità procedurali fra i due tipi di *contempt*, cfr. D.B. DOBBS, *op. cit.*, 243; Note, *Procedures for Trying Contempt in the Federal Courts*, in 73 *Harv. L. Rev.* 1959, 353 ss.; sul punto invece della diversità delle situazioni soggettive, v. Note, *The Intent Element in Contempt of Injunctions, Decrees, and Court Orders*, in 48 *Mich. L. Rev.* 1950, 860 ss. (per l'altro criterio di differenziazione relativo al comportamento del *contemnor* – tra *direct* and *indirect contempt* cioè –, cfr. Note, *Contempt of Court – Constructive Contempt – Formal Requirements of Change*, in 25 *Tul. L. Rev.* 1951, 267 ss.).

⁵² Oltre alle indicazioni bibliografiche già fornite nelle note che precedono, si veda Note, *Criminal Contempt: Violation of Injunctions in the Federal Courts*, in 32 *Ind. L. Rev.* 1956, 514 ss., spec. 517; F. FRANKFURTER, J.M. LANDIS, *Power of Congress Over Procedure in Criminal Contempts in «Inferior» Federal Courts – A Study in Separation of Powers*, in 37 *Harv. L. Rev.* 1924, 1010, spec. 1032 ss.; Note, *Coercive Contempt and the Federal Grand Jury*, in 79 *Colum. L. Rev.* 1979, 737-739; C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *op. cit.*, vol. XI, 585-587.

⁵³ Sul punto, cfr., ad es., O. FISS, D. RENDLEMAN, *op. cit.*, 1004 ss.; Comment, *The Coercive Function of Civil Contempt*, in 33 *U. Chi. L. Rev.* 1965, 120 ss., spec. 125-128; Note, *Coercive Contempt and the Federal Grand Jury*, cit., 737 ss.; per una visione critica, v. R.B. KUHN, *The Summary Contempt Procedure: A Critique and a New Perspective*, in 88 *Yale L. J.* 1978, 81 ss.

⁵⁴ Cfr., ad es., O. FISS, D. RENDLEMAN, *op. cit.*, 972 ss.; C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, *op. cit.*, vol. XI, 584 ss.; a prescindere da quanto nel testo, comunque nota la possibilità che «*sanctions for contempt*» assolvano contemporaneamente a varie finalità, e possano quindi avere sia funzioni coercive sia compensatory, così v. Note, *Coercive Contempt and the Federal Grand Jury*, cit., 124; sul punto, per una peraltro chiara distinzione fra una finalità compensatory e una finalità coercive della *fine* o comunque della sanzione da *contempt*, si veda in giurisprudenza il *leading case United States v. Mine Workers of America*, in 91 *U.S.L. Ed.* 1947, spec. 918 (ove si precisa che, a differenza che nel caso di *fine* con funzione compensatoria, «...where the purpose is to make the defendant comply, the court's discretion is otherwise exercised. It must consider... the probable effectiveness of any suggested sanction in bringing about the result desired»); sempre per una chiara individuazione della funzione solo coercive del *contempt* in alcune circostanze, v. *Penfield of California v. S.E.C.*, *ibidem*, 1123.

Lungi dall'aver funzione compensatoria, in effetti l'*injunction* collegata a un *coercive contempt* si struttura essenzialmente come un ordine di adempiere alla prestazione dovuta sulla base di una decisione contenuta in un *final decree*, a rischio di conseguenze negative per la mancata esecuzione o fintanto che duri l'inesecuzione⁵⁵. Nonostante che al giudice spetti in questa circostanza uno spazio di discrezionalità ovviamente molto ampio – del resto in linea con la collocazione in *equity* e dell'*injunction* e del *contempt* – lo strumento di pressione nel quale più frequentemente si concreta la minaccia contenuta nel provvedimento con il quale il *coercive contempt* viene imposto alla parte inadempiente è rappresentato dalla sanzione pecuniaria (*fine*)⁵⁶.

In effetti, non funziona in questa circostanza la logica – fondata essenzialmente sulla detenzione per *contempt of court* – che, ad esempio, ispira la normativa del § 1826 dell'*United States Code* in materia di sanzioni nei confronti di «recalcitrant witnesses»⁵⁷. La possibilità per il giudice di ricorrere, nell'ambito del suo più volte menzionato potere discrezionale, anche a tale sanzione è per certo pur sempre presente. Tuttavia, la detenzione del *contemnor* inadempiente assolve – qui come in altre occasioni – piuttosto una funzione di estrema risorsa, più minacciata che effettivamente utilizzata; comunque da adottare in via eventuale come sanzione in certo senso successiva o secondaria rispetto all'imposizione di *finis* in funzione coercitiva⁵⁸. Oltretutto, rende questa forma di sanzione largamente preferibile alla detenzione del *contemnor* il non trascurabile vantaggio di garantire comunque al creditore – in ciò svolgendo quindi anche funzione parzialmente compensatoria – un risarcimento per la mancata esecuzione della prestazione⁵⁹.

Sotto questo profilo, è appena il caso di rilevare l'analogia di funzionamento – se non di presupposti e di condizioni – esistente fra questa forma di *contempt* e la già citata tecnica dei *punitive damages*⁶⁰. La vastissima diffusione di queste tecniche, la cui pur parziale

⁵⁵ Cfr., ad es., O. FISS, D. RENDLEMAN, *op. cit.*, 1004-1007; ove, dopo aver definito questo tipo di *contempt* come «*equity's writ of execution*» se ne precisano ulteriormente i caratteri aggiungendo che il *coercive contempt* «...may be viewed as a threat, a negotiation tactic that rests somewhere between words and conduct».

⁵⁶ Cfr. ancora Comment, *The Coercive Function of Civil Contempt*, cit., 124-128.

⁵⁷ Cfr. 28 U.S.C.A. §§ 1653 to 1960 (*Cumulative Annual Pocket Part for Use in 1984*), St. Paul, Minn. 1984, 116 ss. Note, *Coercive Contempt and the Federal Grand Jury*, cit., 767 ss.

⁵⁸ Sul carattere di scarsa efficienza del *contempt of court* – visto come sanzione essenzialmente detentiva – in funzione di coercizione i pareri sono, da tempo, largamente concordi nella dottrina statunitense; cfr., ad es., nella dottrina italiana, A. DONDI, *Effettività*, cit., 173 ss. (e relativi richiami bibliografici).

⁵⁹ Così, ad es., S.A. RIESENFELD, *op. cit.*, 14-15.

⁶⁰ Per una panoramica dei problemi connessi all'utilizzazione dei *p.d.* cfr., ad es., D.D. ELLIS, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in 56 S. Cal. L. Rev. 1982, 1 ss.; G.L. PRIEST, *Punitive Damages and Enterprise Liability*, *ibidem*, 123 ss.; per una analisi storica del problema dei *damages* negli Stati Uniti, v. E.A. FARNSWORTH, *The Past of Promise: An Introduction to Contract*, in 69 Colum. L. Rev. 1969, 567 ss.; si veda anche Note, *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*, in 50 S. Cal. L. Rev. 1977, 1055 ss. A. SCHWARTZ, *The Case for Specific Performance*, cit., 273 ss.; D.A. FARBER, *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract*, in 66 Va. L. Rev. 1980, 1476-1477; riguardo alle difficoltà tuttora presenti in ordine alla liquidazione di *p.d.*, cfr., ad es., J. ASHMAN, *New Trial for Failure to Award Punitive Damages*, in 71 A.B.A.J. 1985, 114 ss.; S. DANIELS, *Punitive Damages: The Real Story*, in

finalità di *specific performance* è insita nella contemporanea funzione punitiva e coercitiva, indica nell'«esecuzione specifica» anche sul versante della pena privata, un dato tendenziale ormai quasi del tutto prevalente in ambito statunitense.

In questa direzione, infine, si può sostenere che la funzionalità del *contempt* come misura esecutiva – ossia la sua efficacia come strumento a garanzia della *specific performance* della prestazione – si fonda più che sul suo tradizionale apparato sanzionatorio, sulla capacità del giudice di gestire all'interno di un provvedimento di *contempt* l'imposizione di *coercive fines*⁶¹.

A questo proposito sono possibili, a titolo di esempio, due richiami riguardo alle aree di intervento di queste tecniche esecutive e alle loro modalità di applicazione. In via di mera indicazione, il settore che esemplifica la più frequente e incisiva utilizzazione di simili tecniche esecutive coincide con quello molto variegato delle cosiddette *affirmative actions*. Dopo quanto si è detto circa il collegamento fra gli strumenti di esecuzione *in equity* e l'area dei *non money judgments*, è intuibile che un settore come questo – caratterizzato dalla finalità di rendere effettiva la «equal protection clause» del 14° emendamento – costituisca un ambito di intervento naturale per strumenti tendenti a realizzare l'esatta esecuzione di provvedimenti del giudice in forma di sentenza; provvedimenti che in questo caso avranno di volta in volta obiettivi differenziati (di integrazione razziale, di abolizione di discriminazioni sessuali, di miglioramento delle situazioni di certe categorie di cittadini) e rispetto ai quali la parte inadempiente sarà costantemente rappresentata da organismi pubblici⁶². Sul versante delle modalità di applicazione dei *coercive fines* un esempio specifico, e singolare in prospettiva europea, è peraltro rappresentato dall'imposizione alla parte inadempiente – in aggiunta a sanzioni pecuniarie con evidente valenza coercitiva, come quelle strutturate «for each day of non-compliance» sul modello dell'*a-streinte* – anche delle spese di difesa della controparte creditrice⁶³.

72 A.B.A.J. 1986, 60 ss.; S.G. SCHUMAIER, B.A. MCKINSEY, *The Insurability of Punitive Damages*, ivi, 68 ss.; G.W. JONES, *Win Punitive Damages in Arbitration*, in 73 A.B.A.J. 1987, 86 ss. (in materia, per un riscontro particolarmente emblematico della giurisprudenza della Corte Suprema, si veda la decisione del caso *Silkwood v. Kerr McGee Co.*, in 78 U.S. L., ed. 2d, 1984, spec. 457, 469 ss.); in una prospettiva prevalentemente inglese, cfr. G. JONES, W. GOODHART, *Specific Performance*, London 1986, 222 ss.; nella dottrina italiana v., diffusamente, G. PONZANELLI, *I Punitive Damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 435 ss.

⁶¹ Cfr. ancora S.A. RIESENFELD, *op. loc. ultt. citt.*

⁶² Cfr., ad es., L.H. TRIBE, *Perspectives on Bakke: Equal Protection, Procedural Fairness, or Structural Justice?*, in 92 *Harv. L. Rev.* 1979, 864 ss.; D.R. JONES, *Federal Court Remedies*, cit., 884 ss.; H. CHOPER, *Continued Uncertainty as to the Constitutionality of Remedial Racial Classifications: Identifying the Pieces of the Puzzle*, in 72 *Iowa L. Rev.* 1987, 255 ss.; P. BREST, *Affirmative Action and the Constitution: Three Theories*, *ibidem*, 281 ss.; K.M. SULLIVAN, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, in 100 *Harv. L. Rev.* 1986, 78 ss.; P.J. SPIEGELMAN, *Remedies for Victim Group Isolation in the Workplace: Court Orders, Problem Solving and Affirmative Action in the Post-Stotts Era*, in 29 *How. L. J.* 1986, 191 ss.; M.B. ABRAM, *Affirmative Action: Fair Shakes and Social Engineers*, in 99 *Harv. L. Rev.* 1986, 1312 ss.; nella dottrina italiana, v., ad es., G.F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova 1984, 353 ss.

⁶³ Cfr., ad J. LEUBSDORF, *Recovering Attorney Fees as Damages*, in 38 *Ruth. L. Rev.* 1986, 439 ss.; Comment, *Award of Attorney Fees in Bad Faith Breaches of Contract in Louisiana – An Argument Against the American Rule*, in 61 *Tul. L. Rev.* 1987, 1173; per un'analisi della c.d. 'American rule',

A conclusione di quanto detto finora si impongono alcune sintetiche considerazioni. In primo luogo, occorre rilevare e ribadire la tendenziale evoluzione del sistema delle esecuzioni statunitense verso un'accentuata finalità di *specific performance*. Si tratta di un'evoluzione che è giunta ormai a stabilire la prevalenza, o il netto privilegio, di questa finalità rispetto agli obiettivi di tutela realizzabili in fase di esecuzione *at law*. Una constatazione conseguente è che tale evoluzione ha comportato e comporta l'attribuzione al giudice di ampi poteri discrezionali quanto alla determinazione delle modalità più efficaci per realizzare l'esecuzione come adempimento specifico dell'obbligazione.

Un'ulteriore e significativa conseguenza di ciò consiste nella necessaria interconnessione nel modello processuale statunitense fra le forme del processo di cognizione e le forme del processo di esecuzione. Si tratta di un collegamento che trova fondamento sia nell'identità del giudice della cognizione e del giudice dell'esecuzione, sia nell'uso molto frequente dell'*injunction*. Questa – portando necessariamente al *contempt of court* in caso di mancata ottemperanza – assolve a una chiara finalità di *specific performance*. Risulta allora comprensibile che una simile connessione retroagisca sui problemi del processo di cognizione: si discute infatti – per usare una formula ricorrente presso la dottrina statunitense – di un *new model of litigation* nel quale, accanto ad un più incisivo ruolo del giudice in fase di cognizione, la maggior efficacia dell'esecuzione costituisca un valido deterrente al fenomeno della cosiddetta *litigation explosion*⁶⁴.

cfr. D.B. DOBBS, *Reducing Attorneys' Fees for Partial Success: A Comment on Hensley and Blum*, in *Wisc. L. Rev.* 1986, 835 ss.

Per quanto riguarda l'utilizzazione di *finis* scandite nel tempo della mancata esecuzione, cfr., ad es., S.A. RIESENFELD, *op. cit.*, 15 ss.; H. SMIT, *op. cit.*, 236.

⁶⁴ Così, cfr. ad es., A.T. KRONMAN, *Specific Performance*, cit., 373 ss.; F.M. COFFIN, *The Frontier of Remedies*, cit., 989 ss.; R.E. SCOTT, *Constitutional Regulation of Provisional Creditors Remedies: The Costs of Procedural Due Process*, in 61 *Va. L. Rev.* 1975, 845 ss.

44. BREVI CONSIDERAZIONI SULLA FEDERALIZZAZIONE DELLE NORMATIVE PROCESSUALI ALLA LUCE DELLA VICENDA STATUNITENSE*

1. La prospettiva ormai molto ravvicinata dell'unificazione europea rende urgente – e generalmente riconosciuto – il problema della integrazione-uniformazione delle discipline da applicare alla gestione di controversie giudiziali in quest'area, e, comunque di un loro complessivo reinquadramento sistematico. Questa urgenza tende ad accompagnarsi a problemi di percezione per così dire culturale delle relative modalità del fenomeno. Ma, prima ancora – ad un livello, almeno per quanto concerne chi scrive, di mera sensazione –, tende ad associarsi ad una pervasiva quanto spesso celata sfiducia nelle effettive possibilità di giungere a realizzare tale integrazione.

Appare in particolare problematico l'accoglimento – inevitabilmente connesso all'idea di un'integrazione processuale interstatale – della nozione di un processo federale, o di forme di federalizzazione del processo a livello europeo. E ciò non foss'altro che per l'inusualità di tale nozione all'interno di un mondo invece tradizionalmente fondato su culture, su sistemi di culture processualistiche, radicatamente nazionali. Tuttavia, ad un diverso e più razionalmente forte livello di *positive thinking*, questa prospettiva appare da perseguire come la soluzione per la quale tentare di individuare forme di concreta realizzazione. Analizzarne realisticamente le *chances* significherà in buona sostanza prendere atto di alcune circostanze, come ad esempio: l'estrema improbabilità che nel prossimo futuro si possa giungere ad una completa armonizzazione, specie sotto il profilo dei rapporti – «verticali», secondo una nota definizione di Geoffrey Hazard¹ – tra una giurisdizione federale, tutta da organizzare, e le varie giurisdizioni statali; la probabilità molto alta che intorno a tali problemi sorgano e si debbano affrontare conflitti ad elevato contenuto tecnico-giuridico; infine, ciononostante, l'imprescindibile necessità di vedere problemi di questo genere come risolvibili nel medio o nel lungo periodo, attraverso il progressivo adattamento del giurista europeo a tale idea.

Proprio riguardo a tale idea, la comparazione rende almeno agevole uscire da ulteriori astrazioni, dal momento che il tradizionale referente di gran parte degli studi nel settore – l'ordinamento statunitense – costituisce un esempio di elaborazione risalente dei problemi di coordinamento e armonizzazione di un sistema processuale federale rispetto a vari sistemi processuali statali.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, 1087-1096, e riproduce, con variazioni di dettaglio e con l'aggiunta di un apparato minimo di note, la comunicazione presentata al convegno annuale dell'Associazione italiana di diritto comparato, tenutosi a Sassari e ad Alghero nel giugno del 1993.

¹ Tra le molte illustrazioni di questa visione di Hazard, cfr. ID. (insieme a F. JAMES, J. LEUBSDORF), *Civil Procedure*, IV, Boston-Toronto-London 1992, 125 ss.; v. anche in argomento, di recente, G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 49 ss.

2. Negli Stati Uniti è in pratica da sempre che quest'ambito di problemi viene costantemente elaborato, in particolare sotto il profilo del processo e della relativa normativa². Si può tuttavia fare corrispondere all'incirca all'arco dell'ultimo cinquantennio il momento di più rilevante evoluzione del fenomeno, e comunque dell'assunzione nelle sue linee generali dell'assetto caratteristico di quest'ordinamento.

Questa indicazione potrà anche sembrare eccessivamente restrittiva, in quanto si tenga conto dell'oggettivo rilievo di realizzazioni nettamente precedenti, come in particolare il cosiddetto *Field Code*, adottato intorno alla metà dell'800 in numerosi Stati a partire da quello di New York³. La scelta che a tale indicazione si connette non appare tuttavia solo giustificata dall'esigenza di ridurre – come in questa sede sarebbe del resto comprensibile – i riferimenti di carattere storico. Con il richiamo all'ultimo sessantennio, si intende infatti fare riferimento al momento *clou* della vicenda concernente la stessa idea di federalizzazione del diritto processuale statunitense: quello che cioè corrisponde all'elaborazione delle *Federal Rules of Civil Procedure* e alla loro adozione nel 1938⁴.

È rispetto a questo momento che sembra possibile stabilire un 'prima' e un 'dopo' nell'evoluzione di quest'aspetto dell'idea di federalizzazione. Ed è sempre questo il momento nel quale si configurano con nettezza per il futuro le questioni essenziali concernenti questa problematica.

Riguardo al 'prima', occorre rilevare che – ancorché nettamente indicata come opportuna già nel *Code* di Dudley Field⁵ – è con le *Federal Rules* che compiutamente si manifesta e si realizza l'idea della predisposizione di un 'sistema' di norme processuali federali, con l'intento di fornire sia una disciplina per la definizione delle controversie presso le *Federal Courts* sia un modello di processo sulla base del quale realizzare una progressiva integrazione e omogeneizzazione della procedura adottata presso i giudici statali. Che al perseguimento di tale obiettivo le *Rules* federali siano, per la prima volta nella storia della normativa statunitense sul processo, espressamente finalizzate costituisce una circostanza

² Così, per esemplificare all'interno di una letteratura molto vasta al riguardo, cfr. T.D. ROWE, *A Comment on the Federalism of the Federal Rules*, in *Duke L. J.* 1979, 843 ss.; S.N. SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, spec. 914 ss.; per una recente visione d'insieme del carattere eminentemente 'procedurale' del problema della federalizzazione in ambito statunitense, cfr. L.G. HAMBURG, *Einheit und Vielfalt: Die Zivilprozessrechte der Vereinigten Staaten von Amerika – Geschichte, Systematik, Rezeption*, in *ZZP* 1988, spec. 253 ss.; nella stessa linea, v. anche W. GRAY, A. ARBOR, *E pluribus unum? A Bicentennial Report on the Unification of Law in the United States*, in 50 *Rabelsz* 1986, spec. 122 ss.

³ In merito a una vicenda tanto nota v., ancora con la riserva che si tratta di mere indicazioni esemplificative e di rinvio, nella letteratura extra-statunitense, L.G. HAMBURG, *op. cit.*, 249 ss.; A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – I, Il modello statunitense*, Padova 1991, 38 ss.; nella letteratura statunitense, G.C. HAZARD, F. JAMES, J. LEUBSDORF, *op. cit.*, 144 ss.; S.N. SUBRIN, *David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision*, in 6 *L. & History Rev.* 1988, 311 ss.; R.G. BONE, *Mapping the Boundaries of a Dispute: Conceptions of Ideal Lawsuit Structure from the Field Code to the Federal Rules*, in 89 *Colum. L. Rev.* 1989, 5 ss.; e, ancorché risalente, C.E. CLARK, *Code pleading and practice today*, in *David Dudley Field – Centenary Essays*, New York 1949, spec. 57 ss.

⁴ Al riguardo, nella letteratura italiana, v. A. DONDI, *op. cit.*, 52 ss., 64 ss.; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *op. cit.*, 85 ss.

⁵ Così ad es., cfr. C.E. CLARK, *op. loc. ultt. citt.*; S.N. SUBRIN, *How Equity conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in historical perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, 926 ss.

non irrilevante per quanto qui interessa. Questo dato influenza nettamente la conformazione delle *Federal Rules*, favorendo scelte tecniche che segneranno a lungo – in pratica a tutt’oggi – e in profondità in ambito statunitense l’assetto del problema della federalizzazione, e non solo della federalizzazione del processo.

3. Accennare a tali scelte significherebbe anche preludere al ‘dopo’ – nel senso dell’influenza successiva della disciplina delle *Rules* sul problema in esame –, con ciò tentando di superare la ormai abituale tendenza a storicizzare il fenomeno dell’elaborazione della normativa federale del ’38, un poco appiattendolo sullo sfondo ampio e virtualmente onnicomprensivo delle istanze notoriamente proprie della cultura del *new deal*⁶. Le scelte più nettamente ‘federalistiche’ degli autori delle *Rules*, e in particolare di Charles Clark, sono del resto agevolmente sintetizzabili, dal momento che appaiono in sostanza circoscrivibili alla disciplina della fase introduttiva e a quella del *discovery*⁷.

È in particolare intorno al problema dell’atto introduttivo – ossia del *pleading* – che, con una netta cesura rispetto alla situazione precedente, nelle *Rules* si attua la scelta più indicativa dell’intento di giungere a omogeneizzare – sul modello della ‘nuova’ normativa federale – l’intero sistema delle normative processuali vigenti a livello statale. Questa finalità, che per analogia con quanto contemporaneamente avviene nella nostra cultura processualistica potrebbe definirsi modernisticamente sistematica, non appare estranea alla conformazione che l’atto introduttivo assume nelle *Federal Rules of Civil Procedure*.

È infatti noto che una delle principali esigenze alle quali il legislatore statunitense del ’38 intendeva rispondere con l’abbandono di un modello di atto introduttivo ormai troppo deteriorato nella pratica, come quello dell’*issue pleading*, in favore di un modello meno complesso e più sbrigativo, come quello del *notice pleading*, consisteva proprio nella sua virtuale diffusibilità e adozione anche a livello di giurisdizioni statali⁸. Che ciò sia è del resto dimostrato ampiamente dalla circostanza che il diretto collegamento tra questo obiettivo e una ‘moderna’ disciplina delle modalità di introduzione della controversia, in quanto tale semplificata all’essenziale e pertanto ritenuta oggettivamente più agevole, sia ribadito con insistenza – e con rarissimi dissensi – dalla dottrina statunitense nel periodo immediatamente successivo all’*enactment* delle *Federal Rules*⁹.

Sulla base dell’adozione – che oggi può apparire quasi *naïve* – di un ‘*informal*’ o ‘*pragmatic approach*’, il perseguimento di questo obiettivo si fonda *tout court* sulla previsione di un atto introduttivo essenzialmente finalizzato a svolgere una ‘*informative function*’.

⁶ Cfr., ancora, A. DONDI, *op. loc. ultt. citt.*; J.B. WEINSTEIN, *The Ghost of Process Past: the Fiftieth Anniversary of the Federal Rules of Civil Procedure and Erie*, in 54 *Brooklyn L. Rev.* 1988, spec. 12 ss.

⁷ Riguardo al rilievo centrale di questi due ‘istituti’ come elementi caratterizzanti la normativa del ’38, cfr. S.N. SUBRIN, *How Equity conquered Common law*, cit., 922 ss.; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 194, 215 ss.; M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VI, Torino 1990, 70 ss.

⁸ Per una ricognizione di queste vicende culturali nella letteratura italiana, cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 62 ss.; in quella statunitense, v., in particolare, R.L. MARCUS, *The Revival of Fact Pleading under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 86 *Colum. L. Rev.* 1986, 433 ss. (e le indicazioni bibliografiche presenti in questi lavori).

⁹ Indicazioni inequivocabili in questo senso, del resto *pour cause* in ragione dell’identità dell’autore, sono presenti in C.E. CLARK, *Simplified pleading*, in 27 *Iowa L. Rev.* 1942, 273 ss., spec. 279 ss.

La tendenza alla virtuale deformalizzazione dell'atto introduttivo si converte nella sua sostanziale riduzione a «*short and plain statement*» delle circostanze di fatto a fondamento di una controversia; *statement* per il quale vengono inoltre previste modalità di effettuazione ispirate a «semplicità, concisione e immediatezza»¹⁰.

Anche senza soffermarsi ulteriormente sulle caratteristiche tecniche del *pleading* previsto nelle *Federal Rules*, sembra al riguardo possibile un rilievo di ordine strutturale sulla scorta di queste poche indicazioni. Un'impostazione tanto riduttiva della disciplina del *pleading* appare infatti contenere in sé le ragioni per l'apprestamento di adeguati contrappesi o compensazioni all'interno della stessa disciplina della fase iniziale del processo civile federale. Così è con riferimento alla previsione di uno strumento di ulteriore chiarificazione e precisazione dell'oggetto della controversia, come appunto il *discovery*¹¹.

È nella fase di *discovery* che, in effetti, il legislatore statunitense del '38 mostra di vedere il momento per la soluzione dei problemi di precisa ed esaustiva impostazione della controversia, che la configurazione dell'atto introduttivo nella maniera ipersemplificata cui si è accennato aveva lasciato aperti. Specie nella versione originale di 'broad discovery' – ossia di possibilità virtualmente illimitate per le parti di richiedere la reciproca esibizione di mezzi di prova sotto il pur vigile controllo del giudice – è del resto intuibile la funzionalità attribuita in tale prospettiva a questo meccanismo¹².

Anche in questo caso, come già per il *pleading*, sembra superfluo dare ulteriormente conto di specifici problemi tecnici. Appare invece opportuno mettere in luce come l'intera struttura del *pretrial* – consistente nella connessione tra un certo modello di atto introduttivo e la presenza di un meccanismo di preventiva precisazione dei termini della controversia, il *discovery* appunto – venga intesa dal legislatore federale del '38 quale modello possibile anche per le normative statali; modello oltretutto inteso come in buona sostanza agevolmente e in breve periodo assimilabile a tali normative¹³.

4. Occorre subito puntualizzare che nella vicenda successiva all'*enactment* delle *Rules* federali questi auspici del legislatore del '38 non trovano realizzazione; comunque non trovano il tipo di realizzazione sperata. Ciò che anzitutto non si verifica è la rapida omogeneizzazione tra discipline del processo, statali e federale; ma non solo. Come indica anche un'importante evoluzione giurisprudenziale – quella rappresentata dal caso *Eire Railroad v. Tompkins* o meglio dal passaggio a questo dalla giurisprudenza dominata dal *rationale* del precedente caso *Swift v. Tyson* – permane una radicata propensione a mantenere netta

¹⁰ Anche per indicazioni bibliografiche di ulteriore approfondimento, v. ancora A. DONDI, *op. loc. ultt. citt.*

¹¹ Per un richiamo che manifesta *in toto* lo spirito originario dell'introduzione di tale meccanismo nella normativa federale, cfr. E.R. SUNDERLAND, *Modern procedural devices*, in *David Dudley Field centenary essays*, cit., spec. 86 ss. (nella letteratura italiana, anche per un'analisi della *philosophy* originaria delle *Rules* al riguardo, cfr. A. DONDI, *Effettività*, cit., *passim*).

¹² Si rinvia alle indicazioni nella nota che precede.

¹³ Come manifestazioni in questo intento v. C.E. CLARK, *Simplified pleading*, cit.; ID., *The Challenge of a New Federal Civil Procedure*, in 20 *Cornell L.Q.* 1935, 443 ss.; al riguardo, cfr. M.E. SMITH, *Judge Charles E. Clark and the Federal Rules of Civil Procedure*, in 86 *Yale L. J.* 1976, 914 ss.

la distinzione tra i due ambiti del 'federale' e dello 'statale', nonostante aggiustamenti e avvicinamenti di non poco conto¹⁴.

Così per certo può definirsi la tendenza, iniziata appunto con la decisione adottata nel caso *Eire*, ad attribuire alle corti federali una sorta di competenza funzionale nell'ambito del diritto processuale delle relative questioni. Una tendenza che, specie quando non strettamente circoscritta da una peraltro diffusa accezione della '*Eire doctrine*' intesa a imporre il ricorso alla normativa statale ogniqualevolta l'applicazione della disciplina federale del processo potesse incidere sull'*«outcome of litigation»*, più o meno esplicitamente segnala il riconoscimento della supremazia tecnica della disciplina del processo federale¹⁵. È l'acquisizione di ciò che, pur nei suoi limiti, in effetti rappresenta il perno della successiva evoluzione concernente la relativa integrazione delle discipline statali e federale del processo.

5. L'elemento del quale al riguardo occorre tenere conto in modo particolare consiste proprio nella diffusibilità dei meccanismi originariamente previsti nelle *Federal Rules* per l'introduzione della controversia, e per la sua gestione in fase di *pre-trial*. Come è stato frequentemente messo in luce nel corso degli anni di applicazione della normativa federale, è intorno a questi due fondamentali aspetti delle *Rules* che si collocano le principali resistenze all'adozione a livello dei singoli Stati di discipline del processo caratterizzabili come vere e proprie repliche della normativa del '38¹⁶. Occorre tuttavia anche aggiungere subito che tale opposizione risulta fortemente diversificata, a seconda dell'aspetto delle *Federal Rules* al quale conformarsi, concretandosi in un diverso atteggiamento nei confronti del *pleading* e nei confronti del *discovery*.

Per quanto concerne l'atto introduttivo previsto nelle *Federal Rules*, non si registra invero un rifiuto netto alla sua adozione come modello anche per i procedimenti presso le corti statali. Si tratta piuttosto di un molto lento processo di progressivo accoglimento, che tra l'altro sconta anche la forte diffidenza iniziale della professione nei confronti della *philosophy* complessiva della riforma del '38¹⁷. Proprio le ragioni che per oltre un ventennio si pongono alla base di tale atteggiamento giustificheranno tuttavia in seguito il favore con il quale il *bar* di molti Stati considererà l'adozione di meccanismi di introduzione della controversia modellati sul *notice pleading* previsto nelle *Federal Rules*. In effetti, ad una generica sfiducia per il nuovo – oltre che al più fondato timore che l'adozione di meccanismi agevoli di introduzione della controversia potesse incisivamente contrastare il monopolistico potere dell'avvocato sulla gestione tattica della fase iniziale di un processo – giunge progressivamente a sostituirsi una diffusa accettazione del 'mo-

¹⁴ Per un'analisi del rilievo di questa decisione nella prospettiva della evoluzione dell'idea di una normativa federale, e in generale del problema della federalizzazione del diritto statunitense, v. in particolare J.B. WEINSTEIN, *The Ghost of the Process Past*, cit., spec. 19 ss.; al riguardo, di recente, cfr. anche B. CORR, *Thoughts on the Vitality of Erie*, in 41 *Am. U. L. Rev.* 1992, 1087 ss.

¹⁵ Un'attenta analisi del *dictum* in questione (rinvenibile ad es. in 82 *U.S.*, *Law Ed.* 1938, 188) è fornita in G.C. HAZARD, F. JAMES, J. LEUBSDORF, *op. cit.*, 126-135.

¹⁶ Per una recente ricognizione critica di tale diffusione, nella quale la prevalenza delle questioni messe qui in luce è particolarmente sottolineata, cfr. J.B. OAKLEY, A.F. COON, *The Federal Rules in State Courts: a Survey of State Court Systems of Civil Procedure*, in *Wash. L. Rev.* 1986, spec. 1379 ss.

¹⁷ Si rinvia, ancora, a A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 57 ss., 78 ss.

dello federale'. Appare tuttavia rilevante che ciò avvenga essenzialmente in ragione della verificata inefficienza di tale modello di *pleading* al fine dell'eliminazione degli abusi che, dall'introduzione di azioni *meritoriousless* all'approssimativa individuazione della pretesa, tradizionalmente caratterizzavano la pratica a livello sia statale sia federale prima dell'adozione delle *Federal Rules*¹⁸. Sembra anzi corretto affermare che l'adozione del modello federale giunga diffusamente a realizzarsi anche a livello statale proprio quando – dopo oltre un decennio di applicazione delle *Rules* – appaiono evidenti all'avvocatura le maggiori possibilità di libera, ed eventualmente abusiva, gestione della controversia fornite dal *notice pleading* previsto nella versione originaria delle *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁹.

Più complessa, anche se nel lungo periodo analogamente caratterizzata, appare la vicenda relativa alla diffusione a livello statale delle disposizioni in materia di *discovery* presenti nelle *Rules*. L'abbandono di una rigida impostazione *adversarial* delle attività processuali, implicita nella normativa in materia di *discovery*, comporta infatti una ben più strenua opposizione all'accoglimento di tale 'istituto' nelle normative processuali dei singoli Stati. È una vicenda ben nota – del resto ampiamente analizzata dalla stessa dottrina italiana – quella che vede per vari decenni attestarsi, intorno al rifiuto di un meccanismo di *discovery* garantito dalla presenza di un'articolata struttura sanzionatoria a tutela dell'effettività degli *orders of discovery* emessi dal giudice su richiesta delle *parti*, le prese di posizione della parte più conservatrice della dottrina statunitense²⁰.

Alla generica accentuazione in tali prese di posizione dei caratteri-tipo dell'*adversary system of litigation*, in chiave di totale disponibilità dello strumento processuale per le parti nonché di assoluta estraneità del giudice rispetto alla vicenda processuale e al suo risultato in termini di giustizia, fa tuttavia riscontro anche presso le giurisdizioni statali il progressivo riconoscimento dell'opportunità di ricorrere a meccanismi di *discovery*²¹. Si tratta anche in questo caso di un accoglimento lento, oltre che dettato da esigenze sostanzialmente opposte a quelle presenti a questo proposito al legislatore federale del '38. Essenzialmente dovuto al mutato favore delle avvocature dei singoli Stati, tale *revirement* appare in effetti fondarsi sulla percezione del *discovery* come un utile strumento per la realizzazione di tattiche difensive (il riferimento è soprattutto alle cosiddette *fishing expeditions*, ossia a *requests of discovery* effettuate al solo scopo di dilungare o deviare la raccolta del materiale probatorio utile alla definizione della controversia)²².

¹⁸ Al riguardo cfr., spec., R.G. BONE, *Mapping the boundaries*, cit., 41 ss., 98 ss.; v. anche G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., 32 ss.

¹⁹ Così, ancora, cfr. C.E. CLARK, *Simplified pleading*, 273-281; si rinvia a A. DONDI, *op. loc. ultt. citt.*, per indicazioni bibliografiche ulteriori.

²⁰ Per limitarsi ad indicazioni all'interno della dottrina disponibile in lingua italiana, cfr. A. DONDI, *Effettività*, cit., 166-185; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *op. cit.*, 130 ss.

²¹ Sul punto, essenzialmente, v. W.D. BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: a Critique and Proposals for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, 1295 ss.; M.E. FRANKEL, *The Search for Truth: An Unempirical View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, spec. 1035 ss. (v. anche, dello stesso a., *The Search for Truth Continued: More Disclosure, Less privilege*, in 54 *U. Colo. L. Rev.* 1982, spec. 53 ss., ora tradotto in italiano in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti – Letture scelte*, Bologna 1993).

²² Sul fenomeno dell'*abuse* come tattica o strategia difensiva, v. ancora, nella letteratura italiana, A. DONDI, *Introduzione*, 116 ss.; nella letteratura statunitense, tra i moltissimi, cfr. G.P. JOSEPH, *Sanctions – The federal law of litigation abuse*, Charlottesville, Va. 1989, 350, 463 ss.; e gli interventi

6. Il quadro finora sommariamente descritto concerne uno stato di cose esistente fino all'incirca la metà degli anni '70. Da questo periodo in poi il palesarsi di guasti, dovuti sia a intrinseci problemi di conformazione della normativa federale sia alla sua utilizzazione nella pratica del processo, conduce a una radicale revisione del preesistente stato delle cose. Sono soprattutto i due aspetti sopraindicati come caratterizzanti la versione originale delle *Federal Rules* – e pertanto oggetto del processo di lenta e anomala acquisizione anche a livello di singole normative processuali statali, cui pure si è accennato – ad essere interessati da tale revisione.

In effetti, gli *amendments* dell'83 giungono ad incidere pesantemente sia sulla disciplina del *pleading* sia su quella del *discovery*, con analoghe finalità anche se operando attraverso diverse tecniche di riforma. La finalità di fondo di tale intervento si può dire consista nell'eliminazione di alcuni caratteri di genericità nella disciplina del processo federale, che ne avevano consentito – e ciò anche nelle imitazioni a livello statale – un'utilizzazione abusiva nella pratica²³. Da un lato la non precisa determinazione dell'oggetto della pretesa, quindi della controversia, dall'altro la caratterizzazione del meccanismo di *discovery* come strumento di tendenziale 'broad discovery' si pongono come i cardini di queste possibilità di abuso del processo da parte dei difensori. Di qui una radicale reimpostazione della disciplina del *discovery*, che vede come obiettivo dichiarato dell'utilizzazione di tale meccanismo la realizzazione non più di generiche richieste di esibizione ma di «specific discoveries»; obiettivo per il quale vengono attribuiti al giudice forti poteri di controllo delle attività di *discovery*, attraverso la previsione di *discovery conferences* intese alla progressiva specificazione delle reciproche istanze esibitorie²⁴.

Anche più netto è l'intervento che concerne il *pleading* nella riforma dell'83, e ciò pur avvenendo *stricto sensu* al di fuori della disciplina dell'atto introduttivo. La revisione della *Federal Rule* 11 in materia di sottoscrizione degli atti introduttivi da parte dei difensori diventa infatti l'occasione anche per l'imposizione di *standards* per l'esercizio della difesa nella fase iniziale del processo federale²⁵. Imponendo la precisa indicazione dell'elemento

in *Symposium – Sanctioning Attorneys for Discovery Abuse – The Recent Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: Views from the Bench and Bar*, in 57 *St. John's L. Rev.* 1983, 671 ss.

²³ Oltre a quanto nelle note precedenti circa la *philosophy* della riforma dell'83 (anche per eventuali indicazioni bibliografiche, v. ancora A. DONDI, *Effettività*, cit., 252 ss.; ID., *Introduzione della causa*, cit., 120 ss.), cfr. W.D. BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of its Effectiveness, its Principal Problems and Abuses*, in *A.B.F. Res. J.* 1980, 787 ss.; più di recente, v. Committee on Discovery – New York Bar Association, *Report on discovery under the Rule 26 (b) (1)*, in 127 *FR.D.* 1990, spec. 628 ss.; G.C. HAZARD, *Discovery Vices and Trans-substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*, in 137 *U. Pa. L. Rev.* 1988, spec. 2240 ss.

²⁴ Nella manualistica, per una precisa analisi di questo 'nuovo' meccanismo, cfr., ad es., G.C. HAZARD, F. JAMES, J. LEUBSDORF, *op. cit.*, 237, 264 ss.; R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Civil procedure – A modern approach*, St. Paul. Minn. 1989, 510 ss.; di recente, v. anche G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *op. cit.*, 137 ss.; nella più recente dottrina statunitense, v. inoltre J.J. MAYER, *Prescribing Cooperation: the Mandatory Pretrial Disclosure Requirement of Proposed Rules 26 and 37 of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 12 *Rev. of Lit.* 1992, 86 ss., 95 ss., 104 ss.

²⁵ Al riguardo, ampiamente e per ulteriori indicazioni, cfr. ancora A. DONDI, *Introduzione della causa*, cit., 83 ss.; per l'attribuzione di un netto rilievo in termini di *legal ethics* alla norma di cui nel testo v., di recente, G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *op. cit.*, 117; nella recente letteratura statunitense, anche per un raffronto interfederale sull'utilizzazione della norma o di norme simili, cfr. G.F.

fattuale a fondamento della pretesa, e corredandola di un verosimilmente efficace apparato sanzionatorio, la 'nuova' *Rule 11* opera infatti una duplice innovazione: mentre individua criteri oggettivi di 'buona difesa' trasforma anche la concezione di fondo del *pleading* contenuta nella versione originaria delle *Federal Rules* del '38. L'esplicito riferimento alla precisa individuazione dell'elemento fattuale che tale norma contiene segna in effetti il tramonto definitivo della nozione di *notice pleading* a livello di processo federale. Si tratta di un'evoluzione che, proprio comportando l'individuazione di *standards* di 'buona difesa' all'interno della stessa normativa del processo, non appare priva di problemi nella realtà del processo. È infatti chiara l'inevitabile 'non neutralità' di una soluzione intesa a risolvere i problemi posti dalle discrasie del processo federale (sul piano della relativa disciplina e sul piano dei modelli di difesa consentiti) virtualmente elevando il livello di specificità della prescrizione normativa nonché quello della correlativa competenza-professionalità del difensore. Da ciò altrettanto inevitabilmente sono derivate immediate reazioni negative nella prospettiva di un'effettiva federalizzazione, che hanno assunto la forma di una diffusa opposizione all'accoglimento anche al livello delle normative processuali statali della rinnovata impostazione delle *Federal Rules*.

7. Anche in prospettiva europea, al di là di ogni eventuale censimento del numero di Stati che oggi adottano discipline del processo modellate sulle *Rules* federali, sembra invero molto importante segnalare che il nucleo effettivo delle questioni concernenti l'armonizzazione della disciplina del processo nel contesto statunitense coincide ormai essenzialmente con i due problemi evidenziati dalla riforma di dieci anni fa. Si tratta in buona sostanza dell'esigenza di pervenire nel corso della fase iniziale del processo ad una estrema specificazione delle questioni effettivamente controverse (utilizzando in questa chiave strumenti in precedenza intesi, come il *discovery*, a favorire l'esercizio di mere tattiche difensive nonché, come con il recupero di una rinnovata ed efficiente nozione di *fact pleading*, inducendo i difensori all'elaborazione di atti introduttivi fortemente fondati sul piano della *theory of law* e dell'individuazione dei fatti contestati). Si tratta anche del conseguente richiamo all'esigenza di vedere i problemi del processo – e qui non importa se federale o statale – come inscindibilmente connessi a quelli dell'etica della difesa in giudizio, a questo fine indifferentemente definibile *legal ethics* o *law of lawyering*²⁶.

Occorre tuttavia subito aggiungere che questa dualizzazione costituisce una semplificazione solo apparente dei problemi del processo statunitense, della sua omogeneità a livello federale, e della sua idoneità a rappresentare un modello di riferimento in prospettiva europea. In effetti, la realizzazione nel processo di un effettivo *fact pleading* – con la correlativa predisposizione di un'adeguata *machinery of discovery* – nonché di una visione 'etica' dell'esercizio delle attività di difesa si colloca negli Stati Uniti nel contesto di una sempre più elevata complessità dei problemi concernenti la giustizia.

Bisogna dire che, a differenza di quanto è avvenuto e avviene soprattutto nei paesi latini dell'Europa, in ambito statunitense di tale complessità si è da tempo preso atto,

HESS, *Rule 11 Practice in Federal and State Court: An Empirical, Comparative Study*, in 75 *Marq. L. Rev.* 1992, 327 ss., 336 ss.

²⁶ Per un eminente esempio dell'intrinseco collegamento tra questi due piani, cfr. G.C. HAZARD, *Forms of Action under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 63 *Notre Dame L. Rev.* 1988, 641 ss.; più di recente, v. anche G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *op. cit.*, 101 ss.

rapportando ad essa i relativi interventi di riforma. Ciò ha comportato – a livello federale quanto statale – una notevole attenzione per problemi quali quello della giustiziabilità dei cosiddetti *complex cases*, attraverso la creazione di ‘circuiti processuali’ particolari per la definizione di controversie di speciale complessità. Sia a livello federale sia a livello statale, ciò ha anche comportato – accanto e forse anche in ragione dell’adozione sempre un decennio fa di nuove e più specifiche normative di *legal ethics* (le *Model Rules of Professional Conduct*) ormai accolte dalla maggioranza degli Stati – l’ulteriore presa d’atto di una forte differenziazione interna alla professione legale. Questo fenomeno, oltre che manifestarsi sul piano della differente qualità del servizio difensivo prestato, si riferisce anche alla diversa specializzazione degli studi legali, nel diritto statale piuttosto che in quello federale come in altri ambiti del diritto.

È largamente prevedibile che quest’ultima circostanza costituirà una conseguenza in certo senso automatica della realizzazione di forme di integrazione federale anche a livello europeo. Non sembra invece prevedibile un’altrettanto pacifica e agevole realizzazione sul piano europeo di una più elevata qualità della difesa in giudizio. Verso questo traguardo sembrano invero muoversi fenomeni rilevanti, come la recente realizzazione di un *Code of Conduct for Lawyers in the European Community*²⁷. Al raggiungimento a livello super-nazionale di una più elevata e omogenea qualità del *lawyering* – sul modello di quella alla quale tendono congiuntamente negli Stati Uniti le disposizioni indicate delle *Federal Rules of Civil Procedure* e il complesso delle *Model Rules of Professional Conduct* – osta per ora appunto l’assenza di un analogo concorso di norme processuali (europeo-federali) a forte valenza etico-professionale e di discipline di etica professionale dell’avvocatura (anch’esse europee) a forte valenza processuale.

²⁷ Per testo e relativo commento di questa disciplina v. Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne, *Cross border practice – A compendium*, Milano 1991; un raffronto tra questa normativa e le *Model Rules of Professional Conduct*, dal quale risulta il notevole scarto esistente tra le due normative sul piano della disciplina all’interno di *ethical rules* del comportamento processuale del difensore è presente in G.C. HAZARD, *L’avvocato e l’etica professionale: gli aspetti giuridici*, in *Foro it.* 1992, V, 215 ss.

45. TARUFFO COMPARATISTA – UNO SGUARDO ORIGINALE AI PROBLEMI DEL PROCESSO CIVILE*

SOMMARIO: 1. Raffronto comparato quale metodologia essenziale della ricerca in ambito giuridico. L'esperienza della cosiddetta 'scuola di Pavia'. – 2. Caratterizzazione culturale dello sguardo ai problemi del processo civile come approccio tipico di Michele Taruffo. – 3. Percorso comparatistico rigoroso e prospettiva delle riforme. – 4. Questioni gnoseologico-epistemologiche e funzione *taken seriously* del processo.

1. Raffronto comparato quale metodologia essenziale della ricerca in ambito giuridico. L'esperienza della cosiddetta 'scuola di Pavia'

Per chi si occupa di processo e più in generale di cultura giuridica, il rilievo dell'elaborazione realizzata intorno alla comparazione rappresenta innegabilmente una delle eredità più rilevanti del secolo da poco trascorso. In prospettiva italiana, e specie con riguardo al processo civile, questa circostanza appare anche più significativa. Si può invero affermare che essa perviene a segnare in maniera profonda e qualificante la seconda metà del XX secolo, giungendo a separarla piuttosto nettamente dalla prima¹.

A queste constatazioni se ne deve aggiungere un'altra, anch'essa di carattere a tutti gli effetti liminare. Questo fenomeno, nonostante la portata alla quale si è fatto cenno, non ha tuttavia rappresentato un movimento per così dire diffuso e comune all'interno della cultura del processo civile in Italia. Per molti versi, all'opposto, tale fenomeno si è anzi per lungo tempo configurato come minoritario, profondamente non condiviso e sostanzialmente marginale. Il che, come intuibile, rende anche più importante la sua incidenza sulla processualistica italiana, oltre che di particolare interesse la vicenda di chi per così dire *against all odds* si è occupato di comparazione processuale in Italia².

Prospettata in tal modo, la questione assume inevitabili profili di resoconto in chiave diacronica; ma, come del resto quasi sempre, non solo. Appaiono del tutto essenziali a questo riguardo implicazioni di *côté* ideologico, culturale e più ampiamente di cosiddetta 'politica del diritto'. È su di esse che invero si gioca gran parte dell'esperienza comparatistica italiana nell'ambito del processo civile, in quanto occasione basilare per l'interesse a

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 485-518, e riproduce il testo della relazione presentata al congresso dal titolo *Un jurista interdisciplinar: entorno al pensamiento de Michele Taruffo*, svoltosi a Girona nei giorni 23-24 gennaio 2015. L'a. intende qui ringraziare i dottori Paolo Comoglio e Marco D'Agostini per la preziosissima collaborazione all'*editing* telematico del testo e delle note.

¹ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. SACCO (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano 1980, 212 ss.

² A. DONDI, *L'esperienza di un comparatista processuale*, in V. BERTORELLO (ed.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano 2003, 89-94.

uno sguardo esterno alla nostra cultura, oltre che presupposto per modulare direzione e prospettiva di tale sguardo³.

Posta come si è accennato la sua limitata diffusione, sono agevolmente individuabili, e del tutto notoriamente riducibili a due, i 'luoghi' della comparazione processualciviltistica italiana. In chiave ormai storica, il riferimento inevitabile è alle scuole processualistiche di Pavia e di Firenze come gli ambiti nei quali tale prospettiva ha origine e sviluppo. Occorre anche subito aggiungere che ciò, in diversa misura ma in entrambi i casi, si realizza in maniera almeno in parte occasionale e con specificità di fondo che mette qui conto segnalare.

In effetti, se la vicenda della comparazione processuale fiorentina appare segnata da una sorta di avvio articolato su basi risalenti oltre che per così dire su naturali predisposizioni del suo caposcuola indiscusso, altrettanto non sembra potersi dire per la corrispettiva vicenda pavese. Al di là delle speciali attitudini, inclusive di un bilinguismo oggettivamente facilitante il contatto con una cultura essenziale per il raffronto comparato quale quella tedesca, costituisce un dato indubitabile la derivazione di Mauro Cappelletti dalla lezione di Piero Calamandrei, il più aperto alle altre culture giuridiche fra i grandi maestri del primo novecento processualistico italiano⁴.

Una tale derivazione direttamente riferibile a un singolo grande studioso del periodo fra le due guerre mondiali non è, per contro, riscontrabile con riguardo alla 'scuola di Pavia' e al suo altrettanto indiscutibile caposcuola Vittorio Denti⁵. Questa specifica vicenda sembra contraddistinta da derivazioni meno univoche e da occasioni o incroci culturali molteplici, riferibili prima al maestro e in seguito – in maniera davvero precipua, come si dirà – alla figura di Michele Taruffo.

Si è detto di 'scuole' e, in effetti, questa definizione appare del tutto propria sia per quella fiorentina sia per quella pavese, se mai di scuole del processo e di metodologia processualistica si possa parlare⁶. Una tale impronta, concernente tanto l'approccio meto-

³ Per un esempio molto risalente della percezione di tali implicazioni all'interno dei suoi moltissimi interventi sul tema, M. TARUFFO, *Studi angloamericani sull'avvocatura*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 757-759; circa il carattere 'inevitabilmente' di politica del diritto della prospettiva comparata si v. inoltre le considerazioni nella recensione di Cappelletti all'opera di L.P. COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*, Pavia 1966 e in *Riv. dir. proc.* 1968, 106 ss.

⁴ A tale proposito, anche in linea generale sulla figura di Cappelletti, V. VARANO, *In ricordo di Mauro Cappelletti*, in *Riv. dir. civ.* 2005, I, 179 ss.; F. CARPI, *Mauro Cappelletti: una gioiosa curiosità oltre i recinti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 383 ss. e A. PROTO PISANI, *Mauro Cappelletti riformatore del processo civile italiano*, in *Foro it.* 2005, V, 245 ss.

⁵ M. TARUFFO, *Ricordo di Vittorio Denti*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 571-573; E.F. RICCI, *Vittorio Denti*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 154; V. VARANO, *Vittorio Denti comparatista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 739 ss.; F. CARPI, *Vittorio Denti e le riforme processuali dello Stato sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 727 ss.; F. FERRARI, *Vittorio Denti e la sociologia del processo civile*, in *Sociol. dir.* 2002, 161. E inoltre A. DONDI, *Una giornata in memoria di Vittorio Denti*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 315.

⁶ Con riferimento specifico alla cultura giuridica italiana e al suo modularsi in 'scuole', si può rinviare alle considerazioni espresse nel torno di tempo ancora grossomodo compreso nella prima metà del XX secolo e poi più volte riprese da un a. come F. CARNELUTTI, *Scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1934, I, 233 ss., nonché, per uno sguardo esterno, da J.H. MERRYMAN, *The Italian Style I: Doctrine*, in 18 *Stanford L. Rev.* 1962, 39, spec. 43-55. In una prospettiva ancora esterna in quanto proveniente da un teorico generale si v. inoltre U. SCARPELLI, *La natura della metodologia*

dologico che l'oggetto dell'elaborazione scientifica, appare in ogni caso il principale segno distintivo trasferito da Vittorio Denti alla sua scuola. A dare conto di ciò può contribuire un rapido sguardo al modo dell'indagine e alle scelte culturali di quest'autore nel corso dei decenni '50 e '60 del secolo scorso.

Come anche altri ha rilevato, in questo periodo Denti assesta uno stile d'indagine che, senza diventare un canone rigido, costituirà un *background* di acquisizioni e sollecitazioni in qualche misura essenziali in particolare per le ricerche dei suoi allievi 'diretti'⁷. È uno stile per così dire complessivo, che appare del tutto precipuo sia sul versante del modo dell'indagine sia su quello conseguente della scrittura, quando non propriamente della forma letteraria. Di esso appare emblematico, nel contesto di un rigore analitico unico nell'utilizzazione della concettualistica e della sistematica precedente, il procedere verso una progressiva estensione dei riferimenti culturali giuridici ed extragiuridici. Nell'arco di pochi anni, questo percorso conduce alla trasformazione dell'approccio dentiano nel senso di una caratterizzazione profondamente segnata dalla comparazione.

È un'evoluzione della quale sono indicativi in particolare alcuni saggi della produzione di questo periodo, e il cui senso si può tentare di evidenziare attraverso un loro pur rapido raffronto. I primi anni del decennio '50 vedono invero Denti ancora impegnato in studi del tutto 'interni' al modello di elaborazione italiano dei problemi del processo civile, per quanto sicuramente segnati da uno sguardo al contempo storico e critico inteso quantomeno a mettere in luce la «problematicità dei concetti [rappresentativi di] altrettanto punti fermi della dottrina anteriore». Una propensione allo scandaglio e alla verifica all'interno della quale si colloca anche l'obiettivo di pervenire a una «diversa consapevolezza metodologica, che intende la verità del concetto non in via assoluta, ma relativa, come uso rigoroso del medesimo»⁸.

Ed è su questa linea di rigorosa fondazione di un atteggiamento critico che si assiste non all'abbandono di una metodologia per un'altra *tout court* più nuova, ma alla creazione di un approccio integrato e di necessità includente altri referenti e altre prospettive culturali. A strutturare questo approccio è anche l'interlocuzione intensa con un'accademia italiana in quegli stessi anni decisamente segnata, specie quando non di stretta matrice processualciviltistica, da notevoli aperture verso le elaborazioni teoriche provenienti da altri mondi, giuridici e non. È per certo questo particolarmente il caso degli studi di teoria

giuridica, in AA.Vv., *Filosofia e scienza del diritto*, Milano 1955, 247 ss., nonché del medesimo a., *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.* 1971, 573 ss.

⁷ Così, per un esempio di apertura a sollecitazioni culturali più ampie di quelle tipiche della processualistica nostrana (e oltretutto inclusive di uno sguardo a discipline diverse e ulteriori rispetto a quelle strettamente processualistiche), C. FERRI, *Un'indagine sulla magistratura*, in *Riv. dir. proc.* 1966, 636, 639, (n. 8).

⁸ V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1954, 11-12 (con riguardo ad ambedue le citazioni riportate); anche, sulla stessa linea di forte rigore metodologico nella considerazione dell'evoluzione delle varie correnti di pensiero concernenti alcune basilari questioni aperte del processo civile, cfr. ID., *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*, ivi, 1955, 105-107.

generale del diritto⁹. Ma anche di studi riferiti a modelli e culture giuridiche extraeuropee, e segnatamente anglosassoni o per così dire di *common law*¹⁰.

Un nuovo dinamismo intellettuale che appare influenzare in quegli anni alcune notevoli ricerche del collega-amico Mauro Cappelletti, quasi segnale o premessa del *work in progress* che condurrà a un'opera fondamentale quale *La testimonianza della parte*¹¹. Pressoché contemporaneamente, un'analoga attitudine si manifesta anche in alcuni e altrettanto fondamentali saggi di Denti¹².

È noto come le tematiche affrontate in tali lavori – il diritto delle prove e la funzione del processo nella società – costituiranno un *Leitmotiv* anche nei successivi ampi sviluppi a seguire¹³. E altrettanto noto è del resto il carattere in qualche misura sorprendente della profonda trasformazione dell'approccio metodologico che si manifesta in tali lavori¹⁴. Una trasformazione che, oltre a individuare come davvero inarrivabile un certo *modus dentiano*, costituirà soprattutto una sorta di *imprinting* immediatamente riconoscibile anche con riguardo ai suoi allievi più diretti.

È per vero già nei primi anni '60 che, in un breve e ormai famosissimo saggio in tema di testimonianza tecnica, vengono anticipate alcuni elementi dell'approccio che diventerà tipico specialmente del *côté* comparatistico dei lavori della 'scuola di Pavia'¹⁵. Allo specifico fine di superare impostazioni tradizionali come quella tendente a qualificare come «eccezione inammissibile» appunto la testimonianza tecnica, in effetti appare qui già net-

⁹ Per limitarsi a pochi esempi a vari livelli emblematici, si v. i saggi di L. GEYMONAT, *Studi per un nuovo razionalismo*, Torino 1945, *passim*, e N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, spec. 351-360; Id., *Teoria pura del diritto ed i suoi critici*, ivi, 1954, 356, nonché (anche per la polemica con le ricerche kelseniane) G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, 767.

¹⁰ Così, ad es., A.P. SERENI, *Principali caratteri del processo civile negli Stati Uniti d'America*, in *Riv. dir. proc.* 1953, 199 ss.; G. GORLA, *Studio storico-comparativo della «common law» e scienza del diritto (le forme di azione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 25 ss., spec. n. 1; Id., *Interessi e problemi della comparazione fra diritto nostro e la common law*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Roma 1969, 937 ss. (e già in Id., *Interesse per lo studio della common law anglo-americana*, in *Dir. econ.*, 1961, 375 ss.).

¹¹ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano 1962, *passim*.

¹² V. DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.* 1959, 14, (spec. 32, n. 2); Id., *Profili dell'intervento del giudice nella conciliazione*, ivi, 1961, 16-17.

¹³ Oltre ai riferimenti di cui alla nota precedente si rintracciano gli indici iniziali di tale 'trasformazione' in V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.* 1962, 12 ss., (spec. 15, n. 23, ove appaiono emblematici i riferimenti a McCormicke Ladd).

¹⁴ In questo senso appaiono illuminanti i rilievi in V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1954, 11-12 (rilievi caratterizzati da un forte anticoncettualismo riscontrabile anche in Id., *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*, ivi, 1955, 105-107); ma evidentemente centrale alla vicenda qui accennata è il famoso saggio, Id., *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, spec. 66 ss.

¹⁵ V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, cit., 9, ma anche Id., *L'evoluzione del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 55 ss. e Id., *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.* 1969, spec. 9 ss., 16 ss.

tamente manifesta l'aspirazione a sondare nuove prospettive¹⁶. Ed è in questo contesto che, accanto a originali raffronti con culture 'altre' quali la filosofia e la linguistica, emerge la sostanziale indispensabilità dei riscontri di diritto straniero, in particolare con riguardo all'area del *common law* statunitense percepita come in larga misura estranea alle troppo assestate concettualizzazioni europeo-continentali¹⁷.

Come si diceva, è tuttavia in particolare con due studi collocati intorno alla metà degli anni '60 che tale nuovo indirizzo prende sicuro avvio. Sembra del tutto significativo che il primo di essi concerna proprio la «relatività della distinzione fra norme sostanziali e norme processuali»¹⁸. Un tema nella cui impostazione appare già suggerito l'avvio di ulteriori elaborazioni riguardo alla funzione del processo civile, la sua pratica e – per certi versi soprattutto – le linee essenziali della sua riforma.

Ciò posto, occorre comunque subito aggiungere che, in combinatoria con quelli indicati, a configurare questo saggio come davvero emblematico è anche altro elemento, che semplificando molto si può fare consistere in una pervasiva esigenza di superamento di canoni, concetti e preconcetti; in tal modo insomma realizzando l'abbandono di un complessivo *status quo* culturale propriamente italiano e precipuamente processualciviltistico. Da *Intorno alla relatività della distinzione fra norme sostanziali e norme processuali* si può, in effetti, dire che Denti compia una scelta essenziale in favore di un'attenzione da quel momento davvero speciale per «la tendenza, fondamentalmente empirica, della dottrina giuridica dei paesi di *common law*»¹⁹. Si tratta, tuttavia, non di una scelta di gusto meramente intellettuale, ma piuttosto dell'adozione cosciente di una prospettiva di effettiva trasformazione del processo civile attraverso l'utilizzazione allargata degli strumenti culturali più idonei. Ed è in questo quadro che ad esempio si giustifica, dopo un'approfondita analisi della *Erie doctrine* sotto il profilo del suo *outcome-determinative test* e delle più ampie esigenze di configurazione del *trial according to federal standard*, l'accostamento della nozione di *fair trial* con quelle di «miglior risultato delle liti» chiovendiana e la loro visione come «principi analoghi [che] esprimono un'identica visione degli scopi 'pubblici' del processo»²⁰. Come noto, con il secondo di questi fondamentali saggi, tale indirizzo avrà modo di essere ulteriormente sviluppato specie nella direzione del diritto probatorio che, già anticipata in *Intorno alla relatività*, costituirà un tratto davvero inconfondibile delle ricerche della 'scuola di Pavia'²¹. In *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei* appare ormai molto saldamente strutturato un approccio metodologico intrinsecamente lontano – con la notevole eccezione degli stretti contatti con le indagini cappellettiane della prima metà degli anni '60 – da altri studi contemporanei in tema di comparazione e di metodologia della comparazione processuale²². E si potrebbe dire che

¹⁶ V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, cit., 17-18.

¹⁷ V. DENTI, *op. ult. cit.*, spec. 13, n. 16, 15, n. 21, 23.

¹⁸ V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione fra norme sostanziali e norme processuali*, cit., 64 ss.

¹⁹ V. DENTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁰ V. DENTI, *op. cit.*, 71-75.

²¹ V. DENTI, *op. cit.*, 69.

²² V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit., 31 ss.; con riguardo alla peculiarità dello sguardo di Denti comparatista e la sua intrinseca distanza da altri

ciò accade in particolare qui in ragione dell'ulteriore rafforzarsi, alla prova del riscontro comparatistico, del rigore e del carattere essenzialmente problematico delle analisi dentiane. Si può in definitiva ritenere probabile che, proprio in quanto indirizzate all'individuazione del senso profondo delle evoluzioni in corso e delle trasformazioni a venire, specie a partire da questo lavoro, tali analisi assumano una particolare forza destrutturante delle acquisizioni del passato²³.

Ma, proprio all'interno di uno sguardo all'opera comparatistica del Michele Taruffo allievo di Vittorio Denti, altro ancora occorre sottolineare riguardo alla direzione d'indagine che questi studi aprono, a tutti gli effetti assolvendo a una funzione di *turning point*. Pur con riferimento a un quadro allora ancora in movimento (si pensi alla circostanza che per l'adozione delle *Federal Rules of Evidence* statunitensi si dovrà attendere fino al 1975) e oggi per certo superato da più ampie vicende storiche (come, evidentemente, per i riferimenti all'«evoluzione del diritto delle prove nei paesi socialisti»), l'analisi di Denti non si limita a segnalare la circostanza peraltro fondamentale che «non vi è altra materia che più del diritto delle prove rispecchi il travaglio politico, sociale e culturale del mondo contemporaneo»²⁴. Accanto e in combinatoria con questa individuazione di campo, invero anche più rilevante si configura qui la presa d'atto di un problema metodologico cruciale al perseguimento di una prospettiva di riforme concrete del processo civile; un problema del quale questo grande giurista e intellettuale per così dire si fa carico attraverso la decisa adozione di «scelte teoretiche» che non verranno sostanzialmente mai più rinnegate anche in séguito²⁵.

In effetti, per la valenza di ampia opzione culturale che lo stesso autore vi annette, il favore per il cosiddetto *factual approach* che qui Denti manifesta assume il significato del tutto particolare di un'articolata presa di posizione riguardo alle implicazioni – ritenute per molti versi davvero imprescindibili – della scienza processualistica ove intesa e utilizzata come effettivo strumento di riforma. Come noto, costituiscono perni fondamentali

studi di quegli anni su analoghe tematiche è inevitabile (anche in quanto espressamente indicato nel saggio che qui si cita, in nota 13, 35) il riferimento alle ricerche di Alessandro Giuliani appunto in materia di prova e di metodologia della ricerca comparatistica, cfr. spec. A. GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 652 ss. e ID., *Influence of Rhetoric in the Law of Evidence and Pleading*, in *The Jurid. Rev.* 1962, 216 ss. (per uno sguardo all'attività del Giuliani comparatista e teorico della comparazione processuale, fra gli altri, anche A. DONDI, *Comparazione e diritto delle prove in Alessandro Giuliani – Lo sguardo di un grande teorico del diritto*, in *Alessandro Giuliani, l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano 2010, 441 ss.). Riguardo all'intensa interazione intellettuale Denti-Cappelletti, basti qui richiamare, fra i molti, un unico riferimento all'interno del saggio che si considera, quale quello nella nota 135 (69), ove – pur nell'ambito di una critica all'approccio metodologico di Cappelletti ne *La testimonianza della parte* – tale opera viene definita da Denti «il più importante contributo che sia stato dato, negli ultimi decenni, al ripensamento dei problemi della prova».

²³ V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, cit., 35 ss.

²⁴ V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit., 70.

²⁵ Per l'espressione virgolettata nel testo si rinvia espressamente a Denti, *op. ult. cit.*, 67; in tale sede, tuttavia, essa risulta collegata alla complessiva presa di posizione di Denti nei confronti del mantenimento di un atteggiamento vetero-illuministico riguardo al processo e alla sua riforma concepita come «mero problema tecnico», una «pericolosa illusione» foriera «del pericolo che i processi moderni possano essere trasformati in [meri] laboratori di ricerche sperimentali», ivi, 67.

di questa visione la constatazione che «il processo [...] non è affatto ‘neutro’, nelle sue tecniche interne, rispetto agli orientamenti politici della società in cui opera» e che, con riguardo appunto al diritto delle prove occasione del saggio in questione, «[...] la tecnica probatoria ha un senso soltanto se viene posta in relazione con gli uomini che la debbono impiegare [...]»²⁶. In questo quadro di forte tensione intellettuale non stupisce che, come anche in alcuni lavori di poco successivi, il raffronto comparato si manifesti come sostanzialmente inevitabile²⁷. A esso infatti Denti dichiaratamente attribuisce la funzione, per molti versi etica oltre che conoscitiva, di indispensabile strumento di coinvolgimento nell’analisi dei problemi della giustizia civile di profili sociopolitici e istituzionali, oltre che *at large* culturali, ulteriori alla considerazione del dato giuridico come serie di mere «soluzioni tecniche»²⁸. Una sorta di speciale assunzione di responsabilità scientifica all’interno della quale del resto ben s’intende come lo sguardo comparatistico comporti anche una rigorosa estensione dei riferimenti a profili d’indagine e a implicazioni tradizionalmente trascurate. Così – quale indice precipuo del «sentire delle diverse società intorno ai valori della verità e della *bona fides*» – è in particolare il caso delle attitudini etico-professionali dell’avvocatura, che darà avvio all’assunzione di una «prospettiva dell’avvocato» nella considerazione dei problemi del processo civile che ricorrerà con insistita frequenza nei lavori successivi di Vittorio Denti²⁹.

²⁶ V. DENTI, *op. ult. cit.*, 68. Ma soprattutto appare fondamentale la chiara presa di posizione di questo a., rintracciabile in un altro e di poco successivo saggio, riguardo agli indirizzi di riforma del processo civile perseguiti nell’ordinamento italiano. A tale proposito, il discorso di Denti si palesa come del tutto critico, anche con riferimento alla arretratezza politico-culturale della codificazione e della sua «inidoneità a costituire la base per una amministrazione della giustizia adeguata alle esigenze della società contemporanea»; e, pure riguardo al codice del 1940, catalogato come «tardo epigono delle dottrine giuridiche tedesche», nonché espressione di un «mondo paleocapitalistico»; ma, con accenti quasi sferzanti, anche nei confronti dell’accademia giuridica italiana e in particolare di quella processualciviltistica, come dimostra il rilievo che «alla scienza processuale è sempre mancata [la] visione dei rapporti fra i problemi del processo e i problemi della società» (Id., *Riforma o controriforma del processo civile?*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 285 e 286). Su tale base ideologica del discorso Dentiano, anche ai fini di un inquadramento critico e in prospettiva di riforme strutturali del modello del processo civile italiano, si v. i riferimenti in M. CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 200 ss.

²⁷ Così ad esempio V. DENTI, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 536-539 e 549, n. 43; di tale ormai in qualche modo scontata esigenza di utilizzazione costante del raffronto comparatistico con il modello statunitense fanno anche fede alcune recensioni (così, ad esempio, quella, molto approfondita e su di un tema ancor oggi di estrema attualità per il buon funzionamento della trattazione, relativa a M. ROSEMBERG, *The Pretrial Conference*, 1965, in *Riv. dir. proc.* 1966, 116, o in *Riv. dir. proc.* 1968, 794, quella, non priva di accenti critici, relativa a L. MAYERS, *L’ordinamento processuale negli Stati Uniti d’America*, Milano 1967).

²⁸ Così segnatamente V. DENTI, *L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit., 68.

²⁹ V. DENTI, *op. ult. cit.*, 69.

2. Caratterizzazione culturale dello sguardo ai problemi del processo civile come approccio tipico di Michele Taruffo

È probabilmente proprio in ragione del suo carattere particolarmente impegnativo, a tutti gli effetti strutturante tanto una nuova metodologia quanto numerose prospettive e filoni d'indagine, che la svolta comparatistica impressa dal caposcuola perviene a segnare in maniera nettissima e in qualche misura permanente, nonostante le attitudini riferibili alle singole personalità, le ricerche della scuola, che anzi tenderà a configurarsi come tale per via di questa fondamentale omogeneità d'indirizzo di base³⁰. Molto semplificando rispetto alle singole biografie culturali, sembra invero di poter affermare che il rilievo di questa svolta risiede anche nella circostanza che da essa prendono effettivamente avvio i percorsi progressivamente maturi e caratterizzati dei primi allievi della 'scuola di Pavia'.

È proprio a questo riguardo che non appare trascurabile un'ulteriore circostanza, essa pure del resto molto nota. Fra la seconda metà degli anni '60 e la prima degli anni '70, la configurazione della scelta comparatistica dentiana come metodologia essenziale al perseguimento di concrete prospettive di riforma del processo civile si viene progressivamente combinando con un profondo interesse per aspetti di «giustizia sociale» connessi alla pratica della giustizia civile³¹. Anche rispetto a questa scelta di campo, direi ideologico piuttosto che politico in senso stretto, si assiste a un trasferimento agli allievi; un trasferimento che, tuttavia, si realizza in maniera fortemente diversificata per grado, ampiezza di incidenza e corrispettivi riscontri in termini di adesione dei singoli allievi appunto a un certo sentire e indirizzo di ricerca. Il che è invero quanto, caratterizzandone da subito molto nettamente il percorso culturale, avviene in particolare per Michele Taruffo.

Si può oggi considerare un dato certo che la derivazione dentiana – come lo stesso Taruffo ha a più riprese inequivocabilmente e orgogliosamente evidenziato – ha per così dire rappresentato una sorta di piedistallo dal quale godere di una vista migliore e davvero favorita. Ciò a vari livelli, ma soprattutto nella prospettiva di quell'articolata combinazione di interessi culturali – a intendere storici, sociologici, politici e filosofici – che permeano nel fondo lo sguardo 'pavese' di raffronto comparato al diritto; un diritto a sua volta inteso come risultato eterogeneo e complesso di queste combinazioni. Ma occorre anche aggiungere che l'appartenenza, per via di questa derivazione originaria, specialmente a Taruffo di un tale sguardo risulta da subito segnata da una propensione che, in un riconoscimento ormai diffuso a livello mondiale, da tempo segna una precipua quanto potente caratterizzazione intellettuale.

Si tratta di quella che tenderei a definire come un'ulteriore accentuazione dei modi tipici dell'approccio della 'scuola di Pavia'. Una circostanza che trova realizzazione attraverso un'attenzione del tutto speciale per gli elementi condizionanti (sul versante filosofico-culturale e con pregnanti ricadute sul versante sociale e politico) il modo di essere del diritto come scienza del processo civile. È questo un tratto che consente di catalogare quella di Taruffo come una propensione netta ad approcciare le questioni del diritto come mai 'solo diritto'. Ed è per molti versi intuibile che al fatto che ciò avvenga pressoché

³⁰ M. TARUFFO, *Omaggio al Maestro*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, vol. I, Padova 1994, IX-X.

³¹ V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, *passim* e, spec. 53 ss.

immediatamente nel percorso di quest'autore non appare per nulla estraneo il *côté* già manifestamente comparatistico delle sue prime ricerche³².

Fin nelle prime prove di Michele Taruffo la scelta comparatistica costituisce, in effetti, un elemento essenziale e del tutto funzionale alla realizzazione di indagini il cui dato di fondo consiste in un respiro culturale inusitabilmente ampio e originale. Da subito il richiamo comparatistico si configura insomma come un *background* di profonde conoscenze ulteriori, indispensabile a consentire quel superamento delle impostazioni consolidate già – specie a partire da un certo momento – proprio dell'impostazione dentiana. È ciò che consente di affermare che, da subito, in Taruffo la comparazione costituisce un'essenziale manifestazione al contempo di serietà e di libertà scientifica; come possibilità-dovere di utilizzare *n'importe quel* strumento culturale utile all'ampliamento della prospettiva d'indagine, senza limitazioni di ambito disciplinare o geografico.

Il che è, in effetti, quanto appare riscontrabile nel già sorprendentemente maturo approfondimento del tema della «ricostruzione del fatto alla base della controversia» nella chiave del rapporto fra «il giudice e lo storico» configurato molti anni prima da Calamandrei³³. Impressiona qui l'articolazione ampia del discorso e forse anche di più, se si considera la giovane età dell'autore, lo svilupparsi della sua elaborazione attraverso una scrittura che – ancora una volta in strettissima analogia con un *proprium* del suo grande maestro – verrà a costituire nel tempo un a tutti gli effetti inconfondibile *Taruffo's touch*. Questa scrittura al contempo del tutto chiara e stilisticamente elegante per sottrazione, capace di dare conto della profonda complessità dei problemi affrontati senza le affettazioni e le oscurità tipiche di certo birignao accademico, piuttosto che un mero *modus* sembra invero costituire un essenziale elemento strutturante l'intrinseca qualità del lavoro di Michele Taruffo.

Sarebbe piuttosto agevole affermare che nella scrittura di Taruffo l'implicita contrapposizione degli elementi del binomio contenente-contenuto trova per così dire immediatamente composizione e temperamento. Per dare effettivamente conto della centralità di un tale aspetto occorre, tuttavia, quantomeno segnalare la singolarità, la specificità e al contempo, per certi versi soprattutto, la concatenazione degli interessi che da subito ne caratterizzano il percorso culturale. E occorre subito rilevare che non sembra esservi nulla

³² Così M. TARUFFO, *Studi angloamericani sull'avvocatura*, cit., spec. 757 ss. e in particolare ID., *Il giudice e lo storico. Considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.* 1967, 438 ss., ove la chiarificazione dei problemi sul piano metodologico è condotta alla luce della considerazione che le «diverse prospettive di studio non sono riconducibili ad una semplice esegesi delle norme» (439); ed è in questa prospettiva che si colloca l'interesse per la circostanza che «della spiegazione del fatto» faccia oggetto in particolare la cultura filosofica anglosassone anche per tramite di studi del linguaggio e ricerche di logica matematica (cfr. in particolare 446-448, 464 ss.). Del resto, di questo *penchant* per la cultura statunitense farà poco dopo fede una serie di studi che diventeranno rapidamente famosi; così ad esempio M. TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e la class action*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 609, ove è significativa l'interrelazione con un altro membro della scuola come Luigi Paolo Comoglio (*L'art. 28 cod. proc. civ. e i profili costituzionali dei limiti soggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1966, 655), citato a 616, n. 37.

³³ M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, cit., 438 ss. Il richiamo per assonanza nel titolo è evidentemente a P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, saggio che ha avuto varie pubblicazioni, fra le quali all'interno di ID., *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova 1947, 27 ss.

di raddomantico in tale percorso, dal momento che la sua configurazione appare quella di una ricerca già molto selettivamente indirizzata ad affrontare uno dei nuclei problematici del processo, quale appunto quello del «giudizio di fatto» nelle modulazioni delle varie metodologie conoscitive³⁴.

Rispetto a tale approccio, l'obiettivo essendo quello di una resa essenziale e chiara di indagini svolte con profondo rigore informativo, una certa strumentalità alta di una scrittura immediatamente forgiata come stile si configura come sostanzialmente imprescindibile. E tanto quanto lo strumento-scrittura risulta funzionale al risultato perseguito, altrettanto cruciale appare l'estensione dei riferimenti culturali, di matrice prevalentemente anche se non esclusivamente filosofica. Talché al riguardo sembra possibile concludere che, pur senza nessuna forma di mimesi rispetto al suo maestro, come già per Denti anche per Taruffo lo sguardo esterno, per la sua fondamentale finalità di aggiornamento rispetto alle suggestioni provenienti da altre culture, a tutti gli effetti costituisce un elemento strutturale ineliminabile e cruciale dell'attività di ricerca³⁵.

Ciò, oltre che una caratterizzazione di scuola, non si può negare che si tratti anche di un dato influenzato per così dire dal gusto del momento e non a caso condiviso e ravvisabile in altri studiosi appartenenti a quella generazione degli anni sessanta, inequivocabilmente indirizzata a realizzare anche sul piano metodologico (e notoriamente non solo nell'ambito del diritto) un sorpasso – e qui l'assonanza con richiami cinematografici indimenticabili è del tutto voluta – rispetto alle generazioni precedenti. Ma, anche a tale

³⁴ Per un *incipit* del tutto fondamentale rispetto a tale genere di studi, ancora M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, cit., spec. 443-446 (ove viene sottolineata, al fine di una valutazione effettiva del materiale probatorio, l'esigenza di una «indagine condotta con strumenti diversi da quelli che il giurista usa solitamente») e anche 448 (anche per la presenza di citazioni di ambito epistemologico per l'epoca particolarmente aggiornate). Sono peraltro vari i saggi su questa linea di ricerca, grossomodo definibile come dell'oggetto del processo e della decisione, che vedono la luce in quel torno di tempo. Così è per l'attenzione riservata in ID., *I limiti soggettivi del giudicato e la class action*, cit., 618, al fenomeno delle controversie plurisoggettive nella strutturazione in *class action* secondo il modello previsto dalla disciplina della *rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ove fra l'altro con assoluta chiarezza si distingue fra le nozioni di base di *claim preclusion* (nota 40) e *issue preclusion* (nota 43); per autolimitazioni imposte dalla oggettivamente enorme area degli interessi e degli interventi di Taruffo, non si farà qui più oltre cenno a quest'area di problemi, oggi più propriamente catalogabile come di *group litigation*, sui quali peraltro il nostro a. ritornerà frequentemente in prospettiva ovviamente comparata anche con scritti in inglese: ID., *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, in 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 2001, 405 ss. In tema di giudizio sul fatto, sempre nel periodo di tempo considerato nel testo, anche ID., *Rilevanza e specificità dei fatti nella deduzione della prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.* 1970, 688 ss.; analogamente centrate sul tema del fatto, ma come oggetto della decisione, anzi «di ciò che la sentenza ha 'effettivamente deciso' rispetto a ciò che 'avrebbe potuto decidere'», le considerazioni contenute in un saggio ormai famoso, come ID., «Collateral Estoppel» e *giudicato sulle questioni*, I e II, rispettivamente in *Riv. dir. proc.* 1971, 653 ss. (657-661, n. 30, 669 per la frase riportata nel testo) e 1972, 272 ss.

³⁵ Riguardo a quello che diventerà anche per il séguito un gusto culturale apertissimo alle suggestioni delle più avanzate ricerche in ambito processuale, ma anche extraprocessuale provenienti da altre culture, si v. emblematicamente l'apparato di riferimenti bibliografici utilizzati rispettivamente, ma anche... cumulativamente in M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, 98 ss., 111-124, 183, n. 54 ss.; ID., *La ricerca della verità nell'«Adversary System» angloamericano*, in *Riv. dir. proc.* 1977, 596-609, con particolare riguardo alle nn. 1-11.

riguardo e nella prospettiva dei seri interessi comparatistici diffusi – si ripete in ambito giuridico, ma non solo – all'interno di quella generazione, occorre notare che il caso Taruffo appare per molti versi davvero *apart*. Questa singolare specialità costituisce del resto un dato raffrontabile a vasto raggio rispetto alla cultura giuridica italiana di quel periodo; e ciò tanto all'esterno quanto con riferimento alla stessa scuola di provenienza.

Che cosa insomma sorprende, colpisce e appare comunque pressoché inevitabile cogliere come fin da subito 'taruffiano' nello sguardo comparatistico di Michele Taruffo? In particolare, nel versante comparatistico delle indagini svolte nel primo decennio di attività, un indice precipuo a questo riguardo ritengo possa individuarsi in una combinazione davvero pervasiva del dato giuridico con quello culturale. Un aspetto apparentemente simile a quello del suo maestro, ma invero da esso differenziandosi per così dire per una ragione di... direzionalità. Talché, ove in Denti la cultura circostante (filosofica, storica e anche molto spesso letteraria) costituisce una sorta di passaggio ulteriore rispetto a un approccio strutturato tradizionalmente, in Taruffo questo elemento tende a configurarsi come l'occasione prima; oltre che lo stimolo strutturante elaborazioni aventi in ogni caso significative ricadute di pretto carattere giuridico.

Sia sotto un profilo tematico che di impostazione metodologica, la prima monografia del nostro sembra del resto fornire ampie conferme a questo riguardo³⁶. In *Studi sulla rilevanza della prova* del 1970 il *penchant* per l'approfondimento delle concezioni di base del processo è, in effetti, già del tutto presente e sapientemente collegato a riscontri provenienti da altre culture³⁷. Questa circostanza sembra costituire una componente essenziale di una singolare capacità critica che da subito rivolge nei confronti del dato concettuale e degli apparati sistematici uno sguardo verificatore fondato sul riconoscimento del valore culturale e pratico di altre impostazioni; come accade segnatamente nei confronti della versione statunitense dell'*adversary system*, considerato un referente del tutto privilegiato per vivacità, articolazione ed estensione del dibattito concernente i problemi del processo³⁸. È in questa prospettiva che l'analisi del concetto di rilevanza, in *common law*, in quanto «uno dei cardini fondamentali della struttura concettuale della *law of evidence*», si configura come un'occasione del tutto speciale per l'avvio di un filone di ricerca – quello del diritto probatorio e al suo interno della verifica della verità fattuale nel processo – che da tale momento diventerà e sarà comunemente riconosciuto come di tipica appartenenza taruffiana³⁹.

³⁶ M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, *passim*.

³⁷ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 87 ss. (il riferimento è all'impostazione del cap. III di tale opera, intitolato: *Il giudizio di rilevanza negli ordinamenti di civil law, di common law, e dei paesi socialisti*); con riguardo a quanto in séguito nel testo si rinvia in particolare a 11 ss., sulla struttura della *law of evidence* nella cultura giuridica statunitense e sul rilievo del rapporto fra giudice e giuria, anche nella configurazione delle nozioni distinte di *evidence* e *proof*, 116 ss.

³⁸ In questo senso appare emblematica l'affermazione, contenuta in un'altra e di poco successiva monografia di stretto raffronto comparato, secondo la quale «[...] è negli Stati Uniti che i diversi aspetti del modello *adversary* sono oggetto di numerosi studi della dottrina non solo processualistica, ma anche filosofica, politica e sociologica»: cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova 1979, VIII.

³⁹ M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, cit., 111 (anche per la frase riportata nel testo), 113 ss.

Nel suggerire questo come il *modus* della prima produzione di Michele Taruffo si rischia evidentemente di molto semplificare e molto omettere. Attraverso di essa sembra tuttavia soprattutto importante evidenziare un dato molto significativo dell'attività intellettuale tanto di Taruffo che del suo Maestro. Si tratta dell'intrinseca labilità dei confini fra l'indagine propriamente comparatistica e non comparatistica. O, in altri termini, della circostanza che la comparazione per la 'scuola di Pavia' tenda a configurarsi piuttosto come una metodologia di ricerca che non come un autonomo e specifico ambito di ricerca.

Della profonda e quasi strutturale condivisione di questa prospettiva è del resto emblematica anche la vicenda intellettuale di un altro membro illustre della scuola, quale Luigi Paolo Comoglio. E ciò in quanto all'interno di un'esperienza intellettuale al contempo analoga e fortemente diversa da quella di Taruffo, come appunto quella di Comoglio, si manifesta la netta e formativa presenza dei valori della 'scuola di Pavia'; e in particolare di quest'approccio funzionale alla comparazione.

Un simile elemento sembra inverosimilmente segnare in particolare il percorso di Comoglio fin dalle prime e già significative prove⁴⁰. Qui il *penchant* per una particolare accentuazione degli aspetti propriamente 'funzionalistici' del raffronto comparato (tendenzialmente sondati nei loro *côté* tecnici e di dibattito scientifico con stretto riferimento alla loro utilità nell'analisi del diritto interno) costituisce – come del resto verrà da subito segnalato da un maestro come Mauro Cappelletti – il carattere individuante di una metodologia e destinato a permanere nel tempo con esiti di grande rilievo⁴¹. È su questo versante che, nonostante le analogie derivanti dalla comune appartenenza oltre che dalla lunga frequentazione culturale e personale, si manifestano fra questi due autori differenze la cui evidenziazione può forse aiutare a meglio delineare il modo tipico della comparazione in Michele Taruffo.

A questo riguardo occorre tuttavia ribadire un dato già in precedenza segnalato come tipico dell'impostazione della 'scuola di Pavia'. Si tratta del permanere comune a questi due 'dentiani' di una fondamentale indisponibilità a delimitare l'ambito degli studi comparatistici, quale appunto area autonoma di ricerca. E di come in ambedue la comparazione venga – come si diceva sopra – intesa come un metodo piuttosto che come un settore autonomo di indagine; un metodo a tutti gli effetti necessario per pervenire a denunciare le discrasie del nostro processo civile e a individuarne le relative soluzioni⁴².

Posto questo *caveat* e sintetizzando all'estremo, sembra di poter dire che rispetto all'approccio tecnico-funzionale di Comoglio quello di Taruffo appare distanziarsi per una sorta di 'prevalenza del gusto'. Si tratta di un aspetto già qui rilevato, e che finora si è definito

⁴⁰ L.P. COMOGGIO, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*, cit., *passim*, spec. 313 e 332.

⁴¹ Si leggano le considerazioni intese ad apprezzare il carattere di «fenomeno sociale ideologicamente determinato» del processo individuato da Cappelletti nell'analisi contenuta nel lavoro sopracitato di Comoglio (M. CAPPELLETTI, *Recensione*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 106-107).

⁴² V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 334 ss. Emblematiche della percezione di ciò sono le considerazioni svolte da Michele Taruffo anche in studi recenti: *Id.*, *La giustizia civile*, in www.treccani.it, spec. nel paragrafo intitolato «le variazioni e i protagonisti». Di tale caratteristica assunta dall'intera scuola in base alle caratteristiche impressesle da Vittorio Denti con il suo esempio anche M. TARUFFO, *Omaggio al maestro*, cit., IX-X.

nei termini per vero molto generici di attenzione (ancorché un'attenzione... taruffiana e quindi specialmente seria e fondata) per le culture circostanti. Ma pare ora doveroso andare oltre, e segnalare la densa originalità di questo *proprium* tentando di seguirne i numerosi movimenti e le singolari direzionalità.

3. Percorso comparatistico rigoroso e prospettiva delle riforme

Il gusto, del quale si è detto, in Michele Taruffo sembra invero coincidere con una particolare forma di attenzione, essenzialmente segnata da un forte elemento combinatorio. In maniera davvero inscindibile, tale attenzione appare, in effetti, rivolta sia alle evoluzioni in corso nelle discipline indirizzate a conoscere la realtà (concernenti cioè la messa in discussione dei modelli conoscitivi e la progressiva presa d'atto della pervasività e della complessità dei fenomeni politico-sociali di riferimento) sia alle esigenze – in larga misura da ciò conseguenti – di trasformazione del meccanismo processuale. In particolare nella produzione taruffiana del periodo fra gli anni '70 e '90 del secolo scorso, questo elemento di coordinamento o combinazione trova una realizzazione che catalogare come meramente singolare sarebbe a tutti gli effetti riduttivo.

Tanto sul piano metodologico quanto sotto il profilo dei risultati scientifici, si può fare coincidere questo ventennio con una prima piena maturità nell'attività di ricerca di Michele Taruffo. Si tratta invero di un'attività all'interno della quale è del tutto manifesto il duplice intento di ricostruzione critica e di proposta riformatrice che trova un avvio non casuale con un lavoro monumentale quale la monografia sulla motivazione⁴³. E occorre dire che in questo lungo periodo di produzione intensissima, oltre che molto vasta ed eterogenea per argomenti e generi letterari frequentati, il ruolo della comparazione appare a vari livelli per certo essenziale.

Invero, proprio la monografia sulla motivazione sembrerebbe smentire quest'affermazione e segnalare una sorta di accantonamento dell'approccio comparatistico in ragione dello spazio – *stricto sensu* inteso in termini di pagine – proporzionalmente limitato riservato al raffronto comparato⁴⁴. Ma non pare che qui il nostro abbia subito, come del resto mai nel suo percorso, costrizioni concorsuali o usi accademici tutti italiani. Per certo, anche in *La motivazione della sentenza civile* trovano conferma aspetti tipizzanti la personalità intellettuale di Taruffo, come l'attitudine già segnalata all'utilizzazione per così dire *pour cause* del raffronto comparato, come cioè strettamente funzionale agli specifici obbiettivi della singola ricerca, e come la direzionalità di tale raffronto, verso il *common law* e segnatamente la declinazione dell'*adversary system* nel modello di giustizia civile statunitense.

E invero è fin troppo agevole per chi scrive indicare nel mai sufficientemente citato e di poco successivo *Il processo civile adversary nell'esperienza americana* la sicura conferma di un tale indirizzo o, piuttosto, di una scelta culturale in questo senso molto a lungo

⁴³ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, *passim*.

⁴⁴ M. TARUFFO, *La motivazione*, cit., 319 ss. (per una prospettiva storica delle riforme in materia a partire dal XVIII secolo), e 361 ss. (espressamente dedicato all'obbligo di motivazione nella cultura di *common law*).

sedimentata⁴⁵. È in tale lavoro che, infatti, si registra una sorta di mappatura sapiente delle principali *raison d'intérêt* del modello statunitense di giustizia civile, che già qui e nel corso dei decenni successivi saranno oggetto di numerose analisi e approfondimenti; e ciò anche da parte di alcuni rappresentanti di quella che oggi sembra inevitabile definire come l'emanazione taruffiana della 'scuola di Pavia'⁴⁶.

Sono in ogni caso numerosi i fattori che consentono di considerare *Il processo civile* adversary come uno *starting point* davvero strutturale nel percorso intellettuale di Taruffo; e non solo – ma è una sottolineatura qui già ricorsa anche ad altro riguardo, tanto da costituire una sorta di *leitmotiv* di queste pagine – in prospettiva comparatistica. Una circostanza che si manifesta anzitutto è che in questa ricerca l'analisi del versante precipuamente statunitense del raffronto comparato appare intesa a sollecitare essenziali istanze di riforma e di trasformazione di approccio nella cultura italiana del processo civile. Sempre in *Il processo civile* adversary, a ciò si collegano strettamente aspetti di impianto metodologico e di correlativa selezione di problemi.

Sul versante metodologico, Taruffo sembra qui procedere a scelte che segneranno anche buona parte della sua produzione scientifica successiva. Si pensi al rilievo attribuito, nell'ambito di «un tentativo di analisi del tipo concreto più rilevante di *adversary system*», all'inquadramento teorico-ideologico delle «idee di *adversary system*» e al loro collegamento nel capitolo introduttivo con «il problema della ricerca della verità»⁴⁷. Proprio per la sua capacità di scomposizione e ricomposizione critica di nozioni accolte come virtualmente indiscutibili, il modo nel quale è strutturata l'analisi dell'«unico concetto ordinatore [...] della passività del giudice» appare invero del tutto emblematico di quell'attenzione ampia e profonda alle culture del processo – come cioè cultura del processo stesso e circostante al processo – che in sé costituirà una cifra distintiva inconfondibilmente taruffiana⁴⁸. In effetti, nelle non numerose ma densissime pagine del capitolo introduttivo, sono individuate quelle che tuttora costituiscono le modalizzazioni prospettiche essenziali del modello *adversary* statunitense.

Ciò avviene attraverso l'esame dei suoi principali problemi in termini teorici, come quello del consenso fondamentalmente acritico di gran parte della cultura giuridica e non verso tale modello quale «espressione di un'ideologia globale della giustizia»⁴⁹. Ma si realizza anche – e per molti versi soprattutto, specie nella prospettiva di chi scrive

⁴⁵ M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova 1979, *passim*; riguardo a quanto nel testo, e al carattere di precipua scelta del riferimento all'«esperienza americana», appaiono del tutto esplicative e in qualche modo anche emblematiche le considerazioni contenute nella premessa a tale monografia (v. VIII e quanto già riportato *ante* alla nota 42).

⁴⁶ Così, ad esempio e in maniera *ex professo* non esaustiva, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim* (ma già, del tutto inequivocabilmente, ID., *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.* 1979, I, 97 ss.; II, 223 ss.); A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova 1996, *passim*.

⁴⁷ M. TARUFFO, *Il processo civile adversary*, cit., IX, 7-50 ss.

⁴⁸ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 8 ss.

⁴⁹ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 57 (per la frase riportata). Riguardo a quanto nel testo, è in ogni caso ovvio che sia netta in Taruffo la propensione a non limitarsi a una presa d'atto di tale stato di cose o propensione prevalente; e che, anche sulla scia degli studi che alcuni anni prima la cultura giuridica italiana aveva riservato a movimenti di critica radicale a tale propensione, come appunto quello dell'*American Legal Realism* (es.: G. BOGNETTI, *Intorno al concetto di giustizia nel neo-realismo*

– attraverso l'analisi dell'impatto sulla pratica dell'*adversary system of litigation* (e le sue tradizionali implicazioni in termini di *sporting theory of justice*) di un meccanismo processuale non costituente un «connotato intrinseco del modello processuale», come appunto il *discovery* statunitense⁵⁰. In questa prospettiva non stupisce che, *last, not least*, un esame analogamente approfondito venga riservato a un aspetto tradizionalmente trascurato dalla cultura processualistica europeo-continentale, quale quello della speciale centralità del ruolo dell'avvocato nel modello *adversarial* statunitense. Come non stupisce che Taruffo analizzi questo tema mettendone in luce – con singolare 'preveggenza' e densità anche rispetto ad altri e di molto successivi studi di suoi allievi diretti – la speciale complessità e articolazione in aree e sotto-aree, a includere profili spesso confliggenti di etica (come evidenziato dall'analisi della nozione di *duty of candor*) e di gestione tecnica della difesa, nel processo e prima del processo (epitomizzati dalle nozioni di *partisanship* e di *confidentiality*)⁵¹.

Concepita come in parte teorica e in parte propriamente tecnico-processuale, questa premessa sembra fornire il *background* essenziale per l'individuazione dei successivi temi affrontati in *Il processo civile adversary*. L'attenzione riservata nei capitoli terzo e quarto rispettivamente alla «funzione del giudice» e ai «limiti di effettività» del modello statunitense appare, in effetti, del tutto coerente con la presenza di un simile *parterre* d'inquadramento indirizzato a sondare i caratteri di tale modello, evidenziandone in particolare gli aspetti problematici. Ed è significativo che le conclusioni di ambedue i capitoli segnalino aspetti di crisi e di inadeguatezza che in seguito saranno a più riprese oggetto di indagine da parte di Taruffo⁵².

Del resto, altrettanto coerente e a sua volta emblematica di quest'approccio appare anche la scelta di dedicare all'«*ideologia dell'adversary system*» il capitolo conclusivo che, come già all'inizio del lavoro, consente di indirizzare la critica al modello di giustizia civile statunitense nei confronti dei suoi fondamenti culturali o appunto ideologici⁵³. È in questa direzione, e con riguardo al referente più tipico della comparazione processuale di matrice europeo-continentale, che si può dire abbia inizio quell'opera di smascheramento delle basi squisitamente ideologiche di gran parte dei modelli processuali che in varie prospettive sarà proseguita negli anni successivi. E non stupisce che nel rigore analitico di Taruffo a ciò si combini, con riguardo allo specifico del modello statunitense e alla «simmetria fra i valori-guida dell'*adversary system* e i valori-guida dell'ideologia liberale classica», una già molto articolata denuncia delle discrasie presenti specie in termini di effettiva parità delle parti nel processo⁵⁴.

Anche altri riscontri testimoniano del carattere di snodo in ogni caso cruciale nell'opera di Taruffo rappresentato dalla monografia sull'*adversary system* statunitense. Si tratta

giuridico americano, Milano 1954, *passim*; G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, *passim*), ne siano attentamente analizzate le *chances* di superamento, 48, n. 117.

⁵⁰ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 11-19.

⁵¹ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 35 ss., spec. 37, 41. Per un ormai risalente esempio di questa speciale attenzione, ID., *The Lawyer's Role and the Models of Civil Process*, in 16 *Israel L. Rev.* 1981, 5 ss.; ma anche ID., *Legal Cultures and Models of Civil Justice*, in *Festschrift für Hideo Nakamura*, 1996, 623.

⁵² M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 117 ss., 195 ss.

⁵³ M. TARUFFO, *op. cit.*, 259 ss.

⁵⁴ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 263.

più che altro di incroci e di analogie di attenzione che intorno agli inizi degli anni '80 dello scorso secolo, sulla base di una comune consapevolezza delle sollecitazioni di politica del diritto provenienti dalla realtà contemporanea, ancora una volta riconducono il pensiero di Taruffo a quello del suo maestro. È quanto in particolare, ma anche *pour cause*, si registra con riguardo alla ricerca comparatistica. Non solo per ragioni di stretta contemporaneità, su questo versante è inevitabile notare come al quadro di problemi icasticamente evidenziato da Taruffo con riferimento all'ordinamento statunitense corrisponde in *Diritto comparato e scienza del processo* di Denti una magistrale messa a fuoco dei problemi contenutistici e metodologici concernenti la comparazione processuale, sulla base dell'idea di fondo che sia «impossibile fare seriamente della comparazione senza una conoscenza adeguata dei fattori politici, economici, sociali, religiosi che stanno dietro l'evoluzione degli ordinamenti» e che pertanto «la comparazione presuppone che venga posto correttamente il rapporto fra diritto e cultura»⁵⁵.

Questi richiami, che nella loro icastica ampiezza fanno della comparazione e dei relativi parametri di riferimento metodologico in realtà il vero *ampie dicere* della ricerca in campo processualistico, appartengono evidentemente e nel profondo anche alla visione di Taruffo⁵⁶. Ne è una dimostrazione in qualche modo *a contrario* un *hit* editoriale come il libro sulla storia della procedura civile italiana, nel quale, nonostante l'indubbio rilievo sul piano scientifico e di impatto culturale, la sostanziale assenza di questo elemento appare in effetti in qualche modo «innaturale» e come forzata⁵⁷. Non si può, tuttavia, omettere di notare come anche qui siano ampiamente presenti indici della propensione taruffiana ad assumere prospettive di indagine ampie e rigorosamente informate; implicanti pertanto collegamenti inevitabilmente ulteriori al diritto interno, proprio al fine di dare conto nella sua complessità dell'evoluzione del diritto interno⁵⁸. E anche in ciò sembra ravvisabile il segnale di una tenuta e di una continuità di approccio che troverà ampia conferma negli scritti dei due vitalissimi decenni successivi.

4. Questioni gnoseologico-epistemologiche e funzione *taken seriously* del processo

La contemporaneità nel *côté* comparatistico dell'opera di Michele Taruffo (posta, come si è affannosamente ripetuto, la difficoltà di configurare in maniera autonoma una tale prospettiva proprio con riferimento a Taruffo) trova un punto di avvio che contemporaneamente rappresenta anche la chiusura del momento precedente. È a un lavoro inteso come a vasta diffusione e finalità essenzialmente didattica quale *La giustizia civile negli Stati Uniti (American Civil Procedure: An Introduction*, nella versione statunitense) che si può fare corrispondere un tale *turning point*⁵⁹. Quest'opera appare significativa anche

⁵⁵ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, cit., 334 ss.

⁵⁶ Per richiami di carattere generale alla dimensione retorica della ricerca scientifica si v. ad esempio E. RAIMONDI, *La retorica d'oggi*, Bologna 2002, *passim* e A. CAVARZERE, *Gli arcani dell'oratore. Alcuni appunti sull'actio dei romani*, Roma 2011, *passim*.

⁵⁷ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, *passim*.

⁵⁸ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁵⁹ G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, *passim* (versione in italiano di *American Civil Procedure*, New Haven 1995).

in quanto *coauthored* con un giurista del livello di Geoffrey C. Hazard⁶⁰. Con questi Taruffo inizia qui una collaborazione che sfocerà in un monumentale *accomplishment* di elaborazione para-normativa quale le *Transnational Rules of Civil Procedure* promosse dall'*American Law Institute*, che – nelle loro varie rielaborazioni, statunitensi prima e poi europee nonché sudamericane – estenderanno a livello mondiale la fama del nostro, con occasioni di incontri e sollecitazioni culturali non prive di influenza sull'immensa produzione scientifica dell'ultimo ventennio⁶¹. Per mere ragioni di spazio, si ritiene qui di non riservare che questo mero cenno alle *Rules*, essendo ormai notissimo come esse rappresentino il più avanzato tentativo di 'attraversare' sistemi e modelli processuali riconfigurando, in una prospettiva di efficienza (dimostrata anche dalla presenza di un'effettiva disciplina di *discovery*) e di riduzione dei costi, procedimenti ispirati all'armonizzazione delle caratteristiche degli ordinamenti statali⁶².

Ritornando a *La giustizia civile negli Stati Uniti*, pur se *stricto sensu* cronologicamente successiva ad altre opere come si accennerà oggettivamente fondamentali e pertanto come sfalsata rispetto a una ricostruzione in prospettiva cronologica dell'opera complessiva di Taruffo, è essenzialmente *ratione materiae* che sembra giustificarsi la sua caratterizzazione come punto di svolta. Anche in ragione del genere letterario, un sintetico manuale sul modello *nutshell*, qui Taruffo perviene per così dire a regolare il rapporto con l'ordinamento statunitense e la sua singolarità come referente privilegiato se non esclusivo di suggestioni e stimoli di ricerca davvero essenziali⁶³. In *La giustizia civile negli Stati Uniti* occorre dire che ciò sembra realizzarsi in maniera in qualche modo conclusiva specialmente rispetto all'obiettivo di colmare, quantomeno presso il pubblico italiano, un diffusissimo *gap* di conoscenze anche di base (e in tale chiave si spiega la presenza in questo lavoro

⁶⁰ Sul rapporto fra i due, anche riguardo alla reciproca sollecitazione all'estensione ad altri mondi del diritto dei rispettivi sguardi, molto sarebbe da dire; qui ci si limita a rinviare alle sintetiche ma pregnanti considerazioni in M. TARUFFO, *Geoffrey C. Hazard, Jr.: A curious American*, all'interno di *In Honor of Geoffrey C. Hazard, Jr. – Tribute*, in 158 *Pa. L. Rev.* 2010, 1313 (qui, accanto alla constatazione che «*Actually, Geoff was not – and is not – a true comparativist in the procedural domain*» si sottolinea il *modus* della collaborazione proprio della redazione di questo lavoro e della sua successiva diffusione dovuta alla circostanza che «*we were writing mainly for foreign readers*»).

⁶¹ Per una versione aggiornata del testo delle norme si rimanda al sito www.unidroit.org; ma su questa attività, la trasformazione e «binazione» di essa in *rules* e *principles*, nonché il suo significato per la mutazione dell'approccio generale riguardo alla risoluzione dei problemi del processo civile, M. TARUFFO, *A Project of Rules for Transnational Litigation*, in F. FERRARI (ed.), *The Unification of International Commercial Law*, 1998, 189 ss.; Id., *Drafting Rules for Transnational Litigation*, in *ZZP Int.* 1997, 449; Id., *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: An Evidentiary Epistemology*, in 25 *Penn. St. Int'l. L. Rev.* 2006, 509.

⁶² G.C. HAZARD, M. TARUFFO, R. STÜRNER, A. GIDI, «*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*», in 33 *N.Y.U. J. Int'l & Pol.* 2001, 769; M. TARUFFO, *Admission and Presentation of Evidence*, in M. ADEMAS, N. ANDREWS, R. NAZZINI (eds.), *The Future of Transnational Civil Procedure: English Responses to the ALI/UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, London 2004, 161 ss.

⁶³ Il riferimento nel testo all'importanza al genere letterario del manuale è evidentemente *pour cause*. Come noto, già in precedenza Taruffo affronta, in una voce enciclopedica, il compito di fornire una panoramica degli aspetti salienti del processo civile di *common law*; cfr. M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino 1990, 353 ss.

di un significativo inquadramento storico-istituzionale) riguardo a una delle principali culture di *common law*⁶⁴. Ormai a distanza di molto tempo dalla sua pubblicazione si può apprezzare come a tale esigenza, particolarmente sentita e accomunante le due scuole della comparazione processualistica italiana di Pavia e di Firenze, abbia fatto fronte proprio quest'opera, alla quale si deve un ruolo probabilmente essenziale nello 'sdoganamento' anche presso l'accademia italiana della prospettiva comparatistica e, forse, nel definitivo superamento della sua catalogazione come una *tache* inaccettabile⁶⁵.

Ma è anche sotto un altro profilo, in senso lato metodologico e per così dire di propensione culturale, che a *La giustizia civile negli Stati Uniti* sembra doversi attribuire un carattere di *turning point* nell'opera di Michele Taruffo. In effetti, già nettamente negli anni '90 il percorso di Taruffo appare direzionato piuttosto verso l'analisi di alcuni specifici problemi di fondo del processo civile inteso come strumento di conoscenza e di giustizia che non verso la copertura virtualmente esaustiva e sistematica di intere aree, come appunto nel caso del lavoro sulla giustizia civile statunitense⁶⁶. Ciò sembra di cogliere, nonostante le imponenti eccezioni (che invero sarebbe faticoso definire come tali, se non nella prospettiva virtualmente più limitata di uno sguardo all'opera di Michele Taruffo *en tant que comparatiste*) rappresentate da manuali e commentari vari nei quali per genetica infaticabilità il nostro continuerà a impegnarsi.

Peraltro, le direzioni di ricerca che prevalgono in questa 'seconda maturità' non costituiscono in assoluto deviazioni, ma per molti versi conferme e riformulazioni delle istanze originarie più tipicamente riferibili al percorso intellettuale di Taruffo. Nell'ambito delle tematiche affrontate all'incirca nell'ultimo ventennio ciò è attestato emblematicamente dal particolare interesse riservato, con lavori monografici ormai famosi quali *La prova dei fatti giuridici* e *La semplice verità* oltre che con svariati altri saggi, a un tema per certo molto taruffiano come quello della prova⁶⁷. E qui, come riguardo agli altri temi affrontati (spesso, come si diceva, riconsiderati) più di recente, a suscitare interesse nella prospettiva della comparazione è in particolare il *modus* dell'indagine.

Si tratta di una sostanziale accentuazione di propensioni già segnalate come tipiche di Michele Taruffo a indagare a vasto raggio e con profondità singolare i temi preferiti della conoscenza attraverso il processo e del risultato di tale conoscenza; in questo senso, estendendo l'indagine a discipline contigue, ma non del tutto sovrapponibili alla ricerca giuridica, come soprattutto quelle filosofiche, epistemologiche e sociologiche. Sempre in questo senso, la ricerca di Taruffo non è per così dire frenata da questioni di appartenen-

⁶⁴ G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., 15 ss., 45 ss.

⁶⁵ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, cit., loc. cit., e M. CAPPELLETTI, *Il diritto comparato e il suo insegnamento in rapporto ai bisogni della società moderna*, in *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 265 ss.

⁶⁶ M. TARUFFO, *L'organizzazione giudiziaria in Cina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 757 ss.

⁶⁷ Per un riferimento fra i moltissimi possibili alle ricerche in tema di diritto probatorio (ambito nel quale si colloca, segnato da un dialogo a distanza molto intenso con Bruno Cavallone, anche la prospettiva di analisi decisamente taruffiana riferita al cosiddetto «diritto alla prova», M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, spec. 107 ss.), ad. es., ID., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 239 ss.; anche se è chiaro come ormai, e come si dirà, altri richiami – comunque da collocarsi all'interno di una produzione davvero immensa – risultino doverosamente prevalenti, ID., *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, *passim*; ID., *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 1999, *passim*.

za; talché i suoi referenti possono ben essere estranei alla bibliografia tradizionale delle ricerche giuridiche, specie italiane ed europeo-continentali. Ed è in ciò che si sostanzia un approccio che è comunque implicitamente comparato in quanto aperto, curioso ed essenzialmente mirato a sondare senza limiti i problemi che affronta.

Tale approccio è perseguito da Taruffo attraverso un'utilizzazione al contempo estesa e molto selettiva del massimo delle informazioni-elaborazioni acquisibili nel mondo delle ricerche giuridiche ed extragiuridiche. Invero, questa linea di elaborazione risulta fondata su di una conoscenza che si converte in un vero dialogo con le più avanzate (e in quanto tali *ex professo* non limitabili) analisi provenienti da discipline percepibili come usualmente lontane dell'ambito della ricerca giuridica, come la semiotica, la linguistica e, in particolare, l'epistemologia. È in particolare in *La prova dei fatti giuridici* che i riscontri a questo riguardo sono invero tanto frequenti da pervenire a strutturare l'impianto stesso dell'analisi, come è il caso dell'utilizzazione delle acquisizioni della semiotica e della linguistica come presupposti per una ricostruzione critica della nozione di verità all'interno del processo⁶⁸.

Il risultato è quello di una interdisciplinarietà critica, che in quanto tale raffronta e compara soluzioni e relative elaborazioni al fine di pervenire a chiarificazioni che superino «la *factio* concettuale che ha nascosto la realtà effettiva dei principali ordinamenti [del processo]»⁶⁹. Anche in termini di compito che l'autore assegna a se stesso, sembra di poter dire che si rifletta sul rigore della metodologia utilizzata quel carattere altrettanto rigoroso – in quanto inclusivo e ispirato a logiche di *completeness* – che proprio Taruffo tende a configurare come doveroso da parte del giudice nella sua attività di indagine all'interno del processo⁷⁰. Ma c'è per così dire ovviamente di più in questa ricerca dell'essenziale e dell'adeguato nell'approccio di Taruffo.

Appare invero particolarmente forte nei lavori di quest'ultimo periodo l'assonanza con l'impostazione secondo la quale i discorsi intorno al diritto devono avere una ricaduta concreta, ancorché sulla base di elaborazioni teoricamente molto raffinate. Un'impostazione critica delle elaborazioni giuridiche destinate a «*give little light, because they are too high*», tipica delle aspirazioni di altri grandi studiosi delle prove a un diritto «*a little more grounded in the real world*»⁷¹. È questa fondamentale prospettiva di tendenziale riconduzione alla concretezza dell'applicazione pratica che fonda anche frequentissimi incroci con le più aggiornate teorie della conoscenza, la cui applicazione in prospettiva probatoria e decisoria costituisce l'occasione per una ricostruzione – e risoluzione – in chiave antiformalistica di problemi essenziali, come quelli correlati ai molti aspetti della ricerca della

⁶⁸ Così ad esempio M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 30 ss. e 85 ss., nonché poi ID., *La semplice verità*, cit., 74 ss.

⁶⁹ M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, 87.

⁷⁰ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 140 ss. (ove questo dato viene da Taruffo collegato al principio di rilevanza nella sua ideale attuazione).

⁷¹ S. HAACK, *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, New York 2014, I (ivi il riferimento a una frase di Bacon tratta da *The Advancement of Learning* e l'espressione riferita alla concreta adeguatezza al mondo reale del diritto).

verità nel processo⁷². Si è in precedenza parlato di dialogo con riferimento all'interlocuzione di Denti con la cultura circostante; su questa linea potremmo dire che Taruffo – nei lavori già citati in tema di prova dei fatti e verità... semplice, ma anche, e con analogia intensità e rigore, in altri saggi che definire occasionali sarebbe del tutto riduttivo – vada oltre, con approfondimenti trasversali a tutto campo sul piano disciplinare, specie quando il confronto è mirato (si vedano i riferimenti all'interno della cultura italiana a Ferrajoli⁷³) alla «chiarezza di idee» riguardo al ruolo del processo⁷⁴.

Fra i molti possibili, alcuni indici di questa propensione sono ravvisabili nelle riflessioni in tema di verità, verosimiglianza e prova per induzione; argomenti aventi un retrotterra decisamente risalente nel percorso di ricerca di Taruffo e sui quali i ritorni sono quantomeno frequenti. In anni recenti, testimonia ad esempio di questa propensione l'attenzione alla nozione di argomento di prova. È in particolare a questo riguardo che il combinarsi dell'analisi esegetica con il *background* culturale del tutto speciale di Taruffo si sostanzia nell'individuazione di concrete e innovative soluzioni applicative, capaci di superare interpretazioni tanto sedimentate quanto prive di effettiva giustificazione⁷⁵.

Due altri esempi – fra i molti possibili, invero – sembrano confermare questa determinazione a ricondurre il discorso a concrete soluzioni applicative, oltre che – *d'après* Taruffo – suggerire spunti anche di carattere generale riguardo allo specifico dell'attività comparatistica. Essi corrispondono all'attenzione riservata ai problemi dell'abuso del processo e, con un rilievo del tutto particolare, alla vasta indagine riservata alle conoscenze scientifiche e alla loro selezione-utilizzazione nel processo civile. Di poco più risalenti rispetto a quelli sulla prova dell'esperto, è noto come gli studi sul fenomeno dell'abuso traggano origine in ambito statunitense dall'individuazione della principale causa di malfunzionamento del processo civile nell'*abuse of discovery*⁷⁶. È a questo riguardo che – anche con successivi ripensamenti⁷⁷ – Taruffo, oltre che per così dire 'creare' la nozione relativa per quanto concerne la cultura italiana del processo, avvia ricerche che centre-

⁷² Così, per riferimenti alle ricerche di aa. come Twining, Wroblewski, Ekelöf, Rorty e altri, ad esempio, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 6 ss., 240 ss.

⁷³ Da ultimo rispetto a numerosi ed essenziali richiami in opere precedenti, M. TARUFFO, *Leggendo Ferrajoli: sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, spec. 235 ss.

⁷⁴ M. TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 789 ss. (si segnalano, ad es., i richiami alle opere di studiosi come Damaska – del quale si deve a Taruffo la traduzione di almeno due delle opere più significative – (alle note 1 e 36) e Twining (alla nota 12), nonché l'attenzione verso fenomeni o movimenti apparentemente marginali, come quello di *Law and Literature* (alla nota 14). Quanto all'espressione virgolettata nel testo, è chiaro il rinvio al titolo di un saggio ormai famoso, anche per gli accenti particolarmente polemici: ID., *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile (con postilla di F.C. e U.R.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 723.

⁷⁵ M. TARUFFO, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 1165 ss. e ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 164 ss. e 194 ss.

⁷⁶ Per una delle prime segnalazioni del problema e della sua percezione in termini di perniciosa disfunzione del processo nel dibattito statunitense fra gli anni '70 e '80 del secolo scorso v., nell'ambito della scuola taruffiana, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 189 ss. e *passim*.

⁷⁷ M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 117 ss., ma già in precedenza e all'interno di un *symposium* che costituisce uno dei primi approcci all'idea di abuso

ranno l'attenzione generale su tale fenomeno, al punto di farne nel 1998 oggetto di un congresso dell'*International Association of Procedural Law* a tutti gli effetti fondamentale sotto il profilo del raffronto comparato degli approcci presenti al riguardo nei vari ordinamenti del processo⁷⁸.

Quanto poi al fondamentale tema dell'*expert witness testimony*, è ormai ampiamente noto come si tratti di un ambito nel quale il *proprium* comparatistico risiede nell'occasione di raffronto davvero imperdibile derivante da alcune prese di posizione attraverso le quali, segnatamente a partire dal 1993, la Corte suprema statunitense perviene a una riformulazione drastica del proprio *case law*⁷⁹. Per come questo radicale *overruling* si configura e per le sue complesse conseguenze tanto a livello processuale che di *evidence law*, l'occasione appare la più idonea per attrarre l'attenzione di uno studioso della grana di Taruffo e convertirsi in saggi ancora una volta magistrali per una capacità di analisi che trascende, pur sondandolo in maniera molto approfondita, il dato meramente giurisprudenziale⁸⁰. E del resto non poteva essere altrimenti, a fronte di quello che si potrebbe definire come l'ingresso della giurisprudenza statunitense nella post-modernità e comunque l'abbandono delle ipersemplificanti certezze della modernità storica; un ingresso forse un po' *clumsy*, ma per molti versi coraggioso e peraltro pressoché *uncomparable* con buona parte delle altre giurisprudenze e culture giuridiche contemporanee. Anche in ragione di un singolare possesso del dato epistemologico (si pensi agli illuminanti richiami alla «fondatezza razionale del criterio della probabilità prevalente»), nella verifica di Taruffo tutto ciò è messo in luce in una maniera sapientemente critica, ma anche, comunque e quasi pervicacemente, mirata a estendere la prospettiva sondando per così dire utilmente i problemi coinvolti, e in particolare quello davvero cruciale della selezione su base qualitativa delle conoscenze frutto di culture ulteriori a quelle giuridiche ove utilizzate all'interno del processo⁸¹.

In una prospettiva più generale di individuazione degli *essentialia* della comparazione giuridica, è in definitiva, e ancora questo, il dato prevalente e l'*imprinting* essenziale attribuito alla ricerca comparatistica da Michele Taruffo. Negli anni più vicini a noi, con una in lui non sorprendente e giovanilissima forza vitale, è in effetti nella direzione di questo molto consapevole attraversamento dei confini che si muove il tragitto di

anche come abuso del processo, ID., *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto privato* 1997, III, *L'abuso del diritto*, 1998, 435 ss.

⁷⁸ Il riferimento d'obbligo è alla conferenza intitolata *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness – 27-30 October 1998*; qui il *general report* di M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague-Boston 1999, spec. 3-23.

⁷⁹ Riguardo al caso *Daubert v. Merrell*, per una traduzione e commento nella letteratura giuridica italiana, ad es., A. DONDI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 261 ss. e 277 ss.

⁸⁰ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, spec. 221-240, 253 ss.; con specifico riferimento alla decisione *Daubert*, il suo distanziarsi dal *rationale* del caso *Frye* del 1923 nonché i problemi circostanti di tutela della giuria dall'introduzione di valutazioni probatorie fondate su *junk science*.

⁸¹ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, spec. 1085-1106; ID., *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in ID., *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, 329, spec. 335 ss.

Taruffo fra culture 'della conoscenza' e culture del processo. Meglio dello stesso Taruffo credo nessuno abbia saputo rendere il senso di questo dovere dello scienziato del diritto nella contrapposizione fra l'asfittica ancorché forse rassicurante «costruzione autarchica di concetti dogmatici [e] la microanalisi della giurisprudenza domestica [quali] caratteri dominanti di un 'sano' provincialismo scientifico» e la curiosità affascinata per «ciò che sta *oltre* questi confini»⁸².

È all'incirca dell'ultimo decennio la prosecuzione di questo percorso, intrinsecamente, ma anche inevitabilmente comparatistico, perché di seria ricerca culturale, all'insegna di una meditata presa d'atto che «le differenze culturali tra *civil law* e *common law* non sono la sola variazione significativa sul piano dei sistemi processuali»⁸³. In questo torno di tempo Taruffo – i cui sconfinamenti nei mondi ulteriori della cultura giuridica sono peraltro risalenti, per quanto episodici⁸⁴ – diventa nella percezione diffusa qualcosa di diverso da un giurista italiano semplicemente *outstanding* per dottrina e originalità di approccio nonché ormai noto al punto di alimentare dicerie favolistiche circa la sua ubiquità. Il fenomeno al quale si assiste sembra avere una duplice configurazione: l'inclusione ormai strutturale di questo giurista-pensatore all'interno di altre culture giuridiche e la presa d'atto da parte di Taruffo di una contemporaneità in rapidissimo cambiamento; che per lui, in ragione di un'irrefrenabile curiosità, non può che risultare anche molto coinvolgente.

Si tratta evidentemente di circostanze combinate che nel mutamento muovono anche gli interessi di Taruffo, pur non pervenendo a trasformare a parere di chi scrive l'essenza del suo indirizzo intellettuale. Emblematico di ciò è il *transplant* in area ispanica, che si sostanzia nell'interesse riservato tanto in Spagna quanto, per certi versi particolarmente, in Sudamerica all'opera di Taruffo. L'occasione di questa sua diffusione in lingua castigliana, per tramite di ormai diffusissime traduzioni, sembra in molti casi indurre Taruffo a una sorta di ripensamento selettivo dei lavori più rappresentativi della sua linea di pensiero. Il che accade spesso attraverso la riorganizzazione per argomenti, ma talvolta anche tramite il recupero di lavori attestanti l'importanza di un dialogo profondo con altri studiosi⁸⁵.

Ancora una volta, la questione di fondo appare essere quella di sollecitazioni varie e profonde, che Taruffo per così dire diffonde in area *at large* ispanica e sudamericana (si è evidentemente consci della genericità di questa indicazione, oltretutto impropriamente

⁸² M. TARUFFO, *Sui confini*, cit., 9 della premessa, e *passim* (fra i saggi ivi raccolti, in particolare, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, spec. 28 ss. [già in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1047 ss.]; *Il processo civile di civil law e di common law; aspetti fondamentali*, 67 ss. [già in *Foro it.* 2001, V, 346 ss.]); occorre tuttavia segnalare come l'approccio critico nei confronti di prospettive limitate si registri anche ove il modo del raffronto comparatistico venga da Taruffo ritenuto non sufficientemente approfondito sul piano dell'estensione e della fondazione storica, e ciò anche – e anche in pubblicazioni «americane» – ove tali carenze concernano studiosi non italiani, M. TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in 51 *Am. J. Comp. L.* 2003, 659 ss.

⁸³ M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali*, cit., 14; Id., *Transcultural Dimensions of Civil Justice*, in 33 *Comp. L. Rev.* 2000, 1 ss.

⁸⁴ M. TARUFFO, *L'organizzazione giudiziaria in Cina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 757 ss.

⁸⁵ M. TARUFFO, *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción* (già in italiano, *Leggendo Ferrajoli: considerazioni sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, cit.), in *Páginas sobre justicia civil*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2009, 21 ss.; ancora, intorno all'attenzione per le ricerche di quest'a. nell'opera di Id., *Cultura e processo*, ivi, 2009, 73, n. 10.

inclusiva e al contempo esclusiva dell'immensamente stimolante specifico brasiliano) e per converso sembra ricevere convertendole in saggi nei quali è netta la prospettiva multiculturale⁸⁶. E ancora una volta, posto quanto si è notato qui riguardo al modo in cui nel complesso delle sue ricerche questo autore ha affrontato da serio intellettuale la professione di giurista, ritornano i raffronti trasversali alle diverse ancorché 'globalizzate' culture del processo e alle diverse prospettive di analisi del fenomeno giuridico. Raffronti, occorre dire, che oggi non risentono tuttavia più di quell'attenzione per il modello statunitense del tutto prevalente per una parte del percorso di Taruffo.

La sollecitazione culturale quanto più *cross cultural* e *cross border* – e in tale prospettiva quindi ovviamente anche di provenienza statunitense, si pensi, per non fare che un esempio, al rilievo attribuito alle opere di Oscar Chase⁸⁷ – rappresenta l'occasione e il referente del suo impegno odierno. Di qui i richiami a culture giuridiche per così dire – se mai oggi questa parola possa ancora avere un senso – tradizionali, come quella spagnola in campo probatorio e di teoria generale del processo nella prevalente prospettiva probatoria attestata dall'ormai lungo sodalizio culturale con Jordi Ferret⁸⁸. E di qui e in tale prospettiva aperta trova anche ampia spiegazione lo sguardo riservato alle nuove culture del processo – invero catalogabili come tali solo in quanto nuova è l'attenzione in prospettiva occidentale –, come in particolare al fermento innovativo che sta interessando quella cinese con riguardo tanto al processo civile che al diritto probatorio⁸⁹.

Tutto ciò – e in particolare questa 'contemporaneità' taruffiana, in quanto tale *por supuesto* curiosa, vivace e sempre sorprendente – potrebbe certo essere oggetto di ulteriori considerazioni. Ma, in qualche modo rispettando la direttiva di un altro grande maestro come Geoffrey C. Hazard secondo la quale «*we never finish things, but rather abandon them*», sembra qui doveroso concludere questo sguardo a un aspetto peraltro pervasivo e tutt'affatto caratterizzante del lavoro intellettuale come professione di Michele Taruffo. E, ciò facendo, sembra qui superfluo ribadire oltre il senso di quanto ricorrentemente segnalato in precedenza, che cioè Taruffo è comparatista pressoché sempre quando svolge la sua attività di ricerca in quanto il raffronto comparatistico è l'epitome essenziale del suo metodo di indagine scientifica.

Ma qui sembra anche giusta o, più semplicemente, finalmente possibile qualche indicazione dell'allievo – suo primo, almeno cronologicamente – sul maestro, a prescindere dagli aspetti umani di una consuetudine lunghissima che per comune ritrosia padana meritano un ovvio *veil of secrecy*. È stata ed è una stimolazione e una formazione culturale

⁸⁶ M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1047 ss.; ID., *Cultura e processo*, cit., 63 ss.

⁸⁷ Così, ad es., con riferimento a O.G. CHASE, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York-London 2005, *passim*; M. TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 63, n. 1.

⁸⁸ Al di là di quanto già nel testo, confermano ad esempio questa approfondita attenzione richiami (M. TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 77, n. 12) a studi in materia, come quello di J. PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona 2007, *passim*.

⁸⁹ In questo segno si colloca la partecipazione di Taruffo a importanti incontri a livello scientifico indirizzati al ripensamento e alla rielaborazione di nuovi apparati normativi del diritto delle prove in Cina, come ad esempio nel caso della conferenza intitolata *The Foundations of the Law of Evidence and Their Implications for Developing Countries*, tenutasi a Chicago nei giorni 21 e 22 novembre 2014.

in senso proprio quella che ritengo di aver ricevuto da Michele Taruffo, perché solida e senza paludamenti o affettazioni, trattandosi in definitiva di lavoro privilegiato – questa la definizione ricorrente – perché libero e concernente qualcosa di straordinario come conoscere per cambiare gli *status quo*. E in questa idea di studiare e scrivere guardando oltre la cultura nazionale per trasformare e riformare il *framework* del conflitto giudiziale, oltre che le sue implicazioni politiche e sociali, credo in definitiva si sostanzi – insieme all'esempio della costante determinazione alla fatica affrontata senza affanno – il nucleo essenziale di un enorme debito di allievo.

Ci sono poi altre cose, ma una essenzialmente e per nulla segnata dall'aneddotica concerne l'idea di sé di Michele Taruffo al raffronto con Vittorio Denti. Mi sono fatto, credo autorevolmente sul punto, l'idea che forse un'unica questione rimanga: quel dubbio «costante e fastidioso [...] in chi è stato per molti anni, e si considera tuttora, allievo di Denti [...] di non essere degno del maestro»⁹⁰. Sono certo che a questo riguardo più che mai la risposta vera sia un sereno e pacifico *sum dignus*.

⁹⁰ Così M. TARUFFO, *Omaggio al maestro*, cit., X.

46. ATTENTIONS ET INATTENTIONS ENTRE DEUX CULTURES DU PROCÈS CIVIL: REGARDS À LA FRANCE DU CÔTÉ ITALIEN*

CONTENTS: 1. De la dérivation dominante à la fuite vers la germanisation. – 2. La manière italienne et le conceptualisme procédural (systématisation et réforme du procès). – 3. Modernité, fin de la modernité du procès civil italien et problèmes communs de la contemporanéité.

1. De la dérivation dominante à la fuite vers la germanisation

Que le lien soit, ou bien ait été, de longue date c'est notoire et apparemment sans discussion. Dès que c'est justement ceci le sujet à aborder, on essaiera de pourvoir les moindres remarques à ce propos avec, cependant, une spéciale attention aux... inattentions réciproques, plus en termes de *misunderstandings* que d'absence de considération. Au moins gênés par l'ampleur du sujet aussi bien du point de vue chronologique qu'intellectuel, en d'autres termes on le fera en cernant – évidemment d'une manière très synthétique et hélas *grosso modo* – un caractère ou plutôt une nuance tout à fait particulière des rapports entre deux cultures fondamentales du procès telles que la française et l'italienne.

Une ampleur qui semble vraiment immense, si l'on considère qu'en se bornant à celle qu'on appelle généralement modernité historique on pourrait – et en effet on devrait – démarrer au moins par le Code Napoléon 1806 et son influence sur les codifications procédurales italiennes, avant et après l'unification du pays en 1861¹. Quant à l'*avant*, c'est ici seulement le cas de rappeler qu'avec les décrets du 13 et 17 juin 1806 le code français – publié juste en France quelques mois avant – entre en vigueur aussi pour le *Regno italico* et donc fait partie effective des lois utilisées sur le territoire italien pendant presque une dizaine d'années².

Mais à part une semblable et d'ailleurs fondamentale circonstance, on pourrait considérer l'influence du Code 1806 comme étant particulièrement durable et profonde. Pour ce qui concerne les vicissitudes du procès civil italien, une influence qui a duré très longtemps; c'est à dire bien au-delà du XIX^{ème} siècle et pendant une bonne partie du XX^{ème}³. Cela même s'il n'a pas été question d'une influence... absolue, notoirement à cause des nombreuses différences (et des plusieurs influences) caractérisant même d'un point de vue juridique la culture italienne du XIX^{ème} siècle. Et c'est pourquoï, bien qu'avec ce *caveat*

* Questo scritto è stato pubblicato in 8 *I.J.P.L.* 2018, 133-150; anche in L. CADIET, S. DAUCHY, J.L. HALPÉRIN (eds.) *Itinéraires d'histoire de la procédure civile – Regards étrangers*, Paris 2020, 123-139. L'auteur désire remercier le docteur Paolo Comoglio pour l'*editing* de notes bibliographiques.

¹ Pour une citation presque obligatoire, M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 66 ss., et *passim*; pour un travail historique remontant au siècle XIX^{ème}, F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, réédition, Roma 1972, *passim*.

² M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit.

³ Sur cette permanence dans le XX^{ème} siècle de la culture précédente, par exemple A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile – Studi*, Torino 2013, *passim*.

(après tout ne concernant que le prétendu *Lombardo-Veneto* et le *Stato della chiesa*), à propos des disciplines procédurales civiles et du rapport entre culture française et italienne on pourrait parler pendant longtemps d'une véritable domination culturelle de matrice française (selon une vision traditionnelle mais aujourd'hui assez critiquée par une vision contraire bornant essentiellement aux disciplines piémontaise et napolitaine cette dominante influence)⁴. D'un autre côté, ce serait en effet la même idée de code le véritable héritage français sur la culture juridique italienne, et en général la perception partagée quant au rangement institutionnel qui ne reviendra plus aux anciennes cultures du procès même après 1815 et à l'époque de la restauration⁵.

On peut par la suite certainement affirmer que la plupart des états italiens (les états dits *pre-unitari*) adopte des codes de procédure civile presque en tout imitatifs de l'homologue Code français. Et de là bien évidemment dérive l'influence française sur la culture juridique italienne du procès (c'est-à-dire celle des *processualisti accademici*) jusqu'à la moitié du XIX^e siècle⁶. En effet et davantage l'enseignement universitaire dans les facultés de droit de la vaste majorité du pays s'inspire presque sans aucune exception à la méthodologie de l'exégèse d'origine française, au point que les traductions des auteurs d'au-delà des Alpes l'emportent en diffusion sur une production scientifique indigène malgré tout très valable⁷.

En effet, de la restauration jusqu'à l'unité, les plus célèbres professeurs de procédure civile de facultés renommées comme celles de Turin ou de Naples (personnages tout à fait mythifiés tels que Matteo Pescatore, pour ne donner qu'un exemple) utilisent la culture juridique française dans toute son ampleur méthodologique et disciplinaire⁸. Et c'est évidemment plus que prévisible qu'une proximité si étroite en effet se reflète aussi bien dans la structure que dans le contenu du premier *codice unitario*, c'est-à-dire le *Codice di procedura civile per il Regno d'Italia* du 1865, destiné à rester en vigueur jusqu'à l'adoption du code 1940/1942, celui toujours en usage⁹.

Pas d'espace et probablement même pas de raisons pour s'attarder ici sur les immenses analogies entre le code italien du 1865 et le *Code de procédure civile* 1806. Il suffirait probablement d'en souligner la commune idéologie libérale et son intrinsèque *philosophy*

⁴ V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942*, Torino 2017, 37 ss., 62 ss.; pour une vision critique contemporaine du côté français concernent le code italien du 1865, A. ALLARD, *Examen critique de code de procédure civile du Royaume d'Italie*, Gand-Paris 1870, 59 ss.

⁵ N. PICARDI, A. GIULIANI (eds.), *Codice di procedura civile del Regno d'Italia. 1865. Testi e documenti per la storia del processo*, Milano 2004 (dans lequel, par exemple, G. MONTELEONE, *Introduzione. Il codice di procedura civile italiano del 1865*); F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.* 1966, I, 67 ss.

⁶ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., 113 ss.

⁷ Par exemple, G. TARELLO, «*La scuola dell'esegesi*» e la sua diffusione in Italia, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano 1969, 276 ss.

⁸ A propos de cet auteur, F. CIPRIANI, *Matteo Pescatore e Lodovico Mortara: due vite parallele (a proposito di un non recente libro)*, in *Rass. dir. civ.* 1990, 727 ss.

⁹ Sur ces thèmes S. GIANZANA, *Codice di procedura civile del regno d'Italia*, Torino 1898, vol. I, 82 ss.; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 17 ss. (et relative bibliographie).

bourgeoise notoirement caractéristique du code français aussi bien que du *codice unitario* 1865¹⁰. Du point de vue technique, le fait que le code italien soit conçu lui aussi comme un parcours procédural aisé pour les rentiers et les entrepreneurs semble du reste mis en évidence surtout par le rôle minimal et pratiquement inactif réservé au juge face à un pouvoir tout à fait musculaire de disposition réservé aux parties (voire à leurs avocats)¹¹.

Mais cela dit, aussi du point de vue historique que culturel, la circonstance vraiment intéressante – et du reste bien connue – quant à la liaison franco-italienne du côté du procès civil semble être son affaiblissement autour de la seconde moitié du XIX^e et du début du XX^e siècle. Provoqué par un détournement massif de l'académie italienne (spécialement mais pas seulement juridique) en faveur de la culture allemande, cet affaiblissement – comme on essaiera de souligner quoique très brièvement – marquera de façon importante les rapports jusqu'à présent mutuels¹².

Certes cela ne signifie pas à vrai dire une rupture totale, car parfois – même dans ce contexte de changement profond de références culturelles prédominantes – l'imitation d'une certaine approche française revient. Il s'agit de solutions à certains problèmes ayant un *background* éthico-social comme ceux de l'organisation de la justice des conflits du travail, avec sa dimension déjà à l'époque saisissable comme collective ou de classe; et cela spécialement par les représentants – dans le contexte de la culture du procès civil – du prétendu *socialismo giuridico*¹³. C'est le cas – hélas dernier et progressivement isolé – de la loi dite *Legge sui probiviri industriali* du 1893; une discipline clairement inspirée des Conseils des prud'hommes de provenance française et plus que probablement liée justement à l'ambiance d'attention particulière – assez vive en Italie autour du début du XX^e siècle – envers des solutions possiblement apaisantes des conflits sociaux ou de classe¹⁴. Des solutions devenues toutes clairement objet ensuite – notamment à partir de 1926 jusqu'en 1934 – d'une progressive abolition par le régime fasciste¹⁵.

D'un autre côté, dans le cadre des relations réciproques entre les deux cultures juridiques et du procès, la période correspondante à la première décennie du XX^e siècle dénote encore des permanences intéressantes. Que dans le contexte processuel du côté français l'on tienne compte de l'élaboration italienne semble par exemple attesté par la

¹⁰ H. MOTULSKY, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, dans *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Paris 1973, 39; plus en général sur le penchant bourgeois de la législation française du début du siècle XIX^eme, A.J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973, *passim*.

¹¹ A. ALLARD, *Examen critique de code de procédure civile du Royaume d'Italie*, Gand-Paris 1980.

¹² Spéc. G. CIANFEROTTI, 1914. *Le università italiane e la Germania*, Bologna 2016, 75 ss.

¹³ U. CAO, *Per la riforma del processo civile in Italia*, Cagliari 1912; Id., *Esigenze sociali e individualismo nel processo civile*, in *Scritti dedicati a G.P. Chironi*, Torino 1915, II, 41 ss.; à ce propos, aussi, V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942*, Torino 2017, 209, n. 19.

¹⁴ E. REDENTI, *La riforma dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.* 1910, I, 635 ss.; A. SEGNI, *I Tribunali del lavoro in Italia*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova 1927, 3 ss.; à ce sujet, C. LATINI, «L'araba fenice». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini* 2006, 684.

¹⁵ Comme souligné par R. PERROT, *La justice de proximité*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, I, 165 ss.

présence plus que fréquente de travaux d'auteurs italiens, en particulier Lessona surtout en tant qu'autorité indiscutable dans le domaine de la preuve, dans les revues françaises¹⁶. On peut par contre déjà à l'époque remarquer dans les revues italiennes une attention décidément moins vive à l'égard de la culture française du procès correspondante. D'ailleurs, une attention qui s'affaiblit davantage en se rapprochant de la guerre et tout au long de cette période; mais il s'agit d'un phénomène qui se manifeste presque universellement et, de la même manière, en France¹⁷.

2. La manière italienne et le conceptualisme procédural (systématisation et réforme du procès)

En tout cas, revenant au détournement dont on a parlé, sa manifestation paraît certainement sans équivoque à partir de l'après-guerre. Cela au point qu'on ne peut que confirmer que ce rapprochement à la culture allemande du procès représente une circonstance cruciale, qui a marqué une époque entière de la culture italienne et qui s'est caractérisée par une véritable fascination particulièrement répandue envers la même idée de puissante capacité d'organisation scientifique de l'université allemande¹⁸. Certes, il s'agit d'une influence et d'une fascination frappant aussi la culture juridique française, mais la chose à souligner pour ce qui concerne plus spécifiquement la culture italienne du procès civil c'est son influence décidément majeure et la transformation radicale et diffuse que cela a impliqué¹⁹. Dans les paroles de Carnelutti, ce «*passaggio dalla direttiva francese alla direttiva tedesca nella scienza processuale*» entame en vérité un d'ailleurs très intéressant parcours conceptualiste tout à fait *long-lasting* et par plusieurs biais encore immanent sur et dans la culture des *processualisti* italiens²⁰.

¹⁶ Ainsi, par exemple, C. LESSONA, *Le serment est-il une transaction?*, in *Rev. trim. dir. civ.* 1904, 797 ss.; ID., *Réforme de l'organisation de la Cour de cassation en Italie*, in *Rev. trim. dir. civ.* 1910, 353 ss.; et davantage les nombreuses références dans la bibliographie de Fubini sur l'Italie, comme, par exemple, celle du 1912 concernant Mortara (de 422-423) l'essai sur l'oeuvre de G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia ed il Progetto Orlando di riforma processuale* (paru en Italie in *Riv. dir. civ.* 1910, 48 ss.). Pareillement remarquable in *Riv. dir. civ.* 1914, 3 ss. l'essai de G. CHIOVENDA, *Note sur la réforme de la procédure civile*, si bien que, dans la bibliographie de Fubini, 1923, la référence aux travaux de P. CALAMANDREI, comme surtout *La cassazione civile* du 1920. A noter qu'à partir du 1934 la bibliographie concernant l'Italie disparaît pour quelques années.

¹⁷ En effet, à partir de 1934 la bibliographie concernant l'Italie dans la Revue trimestrielle disparaît pour quelques années.

¹⁸ Encore G. CIANFEROTTI, 1914. *Le università italiane e la Germania*, Bologna 2016; sur cette fascination, par exemple, G. TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto di secolo. (Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso della società italiana di storia del diritto*, Firenze 1977, 1425 ss.

¹⁹ Pour ce qui – dans une pareille perspective – concerne la culture française du procès, G. ROUHETTE, *L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure civile allemande. Das Deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf Andere Rechtsordnungen*, Bielefeld 1989, spéc. 173 ss.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1947, 237-240.

En tout cas, pour ce qui concerne justement les rapports entre ces deux cultures du procès, de cela dérive une fondamentale conséquence: celle d'une absence ou au moins d'une grave carence de communication intellectuelle de stricte et permanente pendant à peu près quarante ans (voire des années 30 aux années 50/60 du siècle dernier).

En effet, c'est notoirement en la personne de Giuseppe Chiovenda – pas au hasard appelé *padre della cultura processualistica italiana* – que se réalise ce rapprochement italien de la culture allemande du procès. Cela sous le signe de l'affirmation de principes-pivot telles que ceux d'*oralità*, d'*immediatezza* et de *concentrazione*, mais surtout à l'intérieur d'une caractérisation du procès civil comme *diritto pubblico* en soi même impliquant l'attribution d'un rôle actif du juge.

De là, aussi, une forte autonomisation de l'idée même de droit processuel (en effet ainsi défini justement à partir de cette période et de ce revirement culturel) et la caractérisation de l'étude du procès comme «*metodo veramente scientifico*», d'après une définition qu'on ne pourrait pas considérer comme tout à fait amicale puisque provenant du même adversaire traditionnel de Chiovenda, c'est-à-dire Mortara²¹. Mais c'est aussi une conception manifestement visant à des réformes disciplinaires sous le signe des exemples pourvus par les codes *germanici*, tels que la ZPO allemande de 1877 et, davantage, par la réforme autrichienne de Franz Klein²². Un programme de transformations conçu afin de donner, dans le contexte de ce que l'on entend présenter comme un élan de véritable palingénésie procédurale, à la «*nuova vita economica e morale della nazione un processo civile più semplice, più rapido e meno costoso*»²³.

Bien que d'emblée l'on puisse cataloguer ceci comme un *Leitmotiv* très prévisible et bon à tout faire pour n'importe quel projet de réforme de ce genre, il faut admettre que ceci trouve particulièrement dans la vision de Chiovenda des justifications assez concrètes. Effectivement fondé sur une simplification radicale des formes procédurales, le changement de perspective pour lequel cet auteur se bat semble manifeste surtout pour ce qui concerne le cas de la transformation disciplinaire du procès civil italien. C'est à ce propos que Chiovenda pense à une transformation radicale; un *nuovo codice* bien différent, par exemple, des réformes de Lodovico Mortara en tout cas conçues comme de moindres modifications réalisées pourtant à l'intérieur de la structure du vieux code de 1865²⁴.

²¹ La définition «*metodo veramente scientifico*» est utilisée d'une façon polémique par L. MORTARA, *Qualche osservazione intorno ai poteri del giudice d'appello in tema di esecuzione provvisoria*, in *Giur. it.*, 1903, I, 2469 ss. C'est en effet ici que Mortara qualifie Chiovenda «*come il primo, e finora l'unico, cultore di questa scienza con metodo veramente scientifico*». A ce propos, récemment, V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Torino 2017, 163, n. 5.

²² G. CHIOVENDA, *Relazione, sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra*, in *Studi di diritto processuale civile*, Roma 1931, II, 19 (quant aux références à la réforme autrichienne de Franz Klein). A cet égard, aussi F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano 1991, 201 ss. et encore V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942*, Torino 2017, 185 et s. Sur l'influence de Klein, N. TROCKER, *La concezione del processo di Frank Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.* 2012, 35 ss.

²³ Voir *Relazione* du même Chiovenda au *Progetto* du 1918.

²⁴ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 202.

Cette conception *moderne* du procès semble en effet emblématisée par l'aspiration à une réforme disciplinaire qui remplace le code de 1865 en dépassant les dyscrasies telles que la dispersion des activités procédurales et une lenteur de déroulement dans l'ensemble tout à fait effrayante. Et il faut dire que, à côté de la tendance conceptualiste dominante de dérivation allemande, cette aspiration à la réforme représente l'autre aspect fondamental de la culture italienne du procès civil d'entre les deux guerres mondiales²⁵. Spécialement aux années 30, ces buts en effet reviennent constamment dans les travaux d'une nouvelle *scuola italiana del processo civile* comptant nombreuses personnalités d'immense valeur et en effet pour la plupart composée de *chiovendiani*, plus ou moins rigoureusement²⁶. Et ce sont les principaux auteurs de l'époque, comme Francesco Carnelutti, Enrico Redenti ou Piero Calamandrei, qui s'engagent sur ce terrain, soit visant à une profonde transformation intellectuelle soit concevant de nombreux *progetti* de code de procédure civile qui en effet avec le temps se succèdent sans cesse pendant toute la décennie²⁷.

Ce *turmoil* de discussions et de contrastes intellectuels est souvent de très haute qualité mais, pourtant, dépourvu d'autres références que celles désormais de rigueur à la culture allemande contemporaine ou d'antan, pourvu qu'elle représente le plus «pure dogmatisme» et la raffinée méthode systématique²⁸. D'ici une ambiance qui semble rester d'une certaine façon autarcique et dans laquelle les références à la culture française résultent au moins très rares si non complètement absentes. D'un autre côté, Allemagne à part, c'est à peu près ce qui se passe envers toute autre culture du procès. La culture italienne, la *dogmatica* à l'allemande une fois maîtrisée, semble vouloir faire toute seule (et ce n'est pas exactement côtoyer le style d'un fascisme provincial et boursoufflé mais plutôt partager un très répandu et impalpable air du temps). Une culture qui prétend voler de ses propres ailes et au plus tenir compte de temps en temps – même avec une certaine complaisance de suprématie – des autres cultures latines du procès civil, telles que l'espagnole ou les sud-américaines.

Une semblable approche au moins oubliée en particulier envers la culture française trouve confirmation le long des vingt premières années de la *Rivista di diritto processuale civile*, significativement fondée en 1924 par les memes Chiovenda, Carnelutti et le plus

²⁵ G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1977, VII, 145-167; ID., *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto di secolo*, *ivi*, 187 ss.; ID., *Dottrine del processo civile*, Bologna 1989, 45.

²⁶ F. CARNELUTTI, *Scuola Italiana del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1947, 239 ss.; P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale civile in Italia nell'ultimo trentennio*, in ID., *Studi di diritto processuale civile*, Padova 1947, 114 ss.; F. CARNELUTTI, *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in *Foro it.* 1939, 37 ss. Sur les polémiques et les discussions à ce propos G. CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1937, 105 ss.; S. SATTA, *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in ID., *Soliloqui di un giurista*, Nuoro 1968, 195 ss.; pour ce qui concerne cette atmosphère G. TESORIERE, *Appunti per una storia del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi, II, Giuseppe Chiovenda e la sua scuola*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 1584 ss. (aussi A. DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, 1982, 133-135).

²⁷ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 202 ss.; récemment V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942*, Torino 2017, 161, 255.

²⁸ P. CALAMANDREI, nécrologie *Federico Stein*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1924, 117.

jeune Calamandrei²⁹. A tout dire, la France est presque absente dans les *rassegne di legislazione*, quoique bien souvent écrites par Calamandrei, probablement le plus sensible aux apports culturels étrangers parmi les *processualisti* italiens de la première moitié du XX^e siècle³⁰. En effet, ces revues montrent un intérêt plutôt ciblé sur les cultures, comme l'allemande, confirmant le trajet conceptualiste indiqué ci-dessus ou, mais tout à fait exceptionnellement, sur des cultures fondamentalement inconnues comme à l'époque celles de *common law*, et en particulier l'américaine.

Le regard italien semble s'être, pourtant, comme obscurci envers la culture française contemporaine du procès civil. Par contre il faut admettre que quelques plus que significatives preuves d'intérêt et de sérieuse attention se retrouvent pendant les memes années du côté français, évidemment chez les représentants les plus vifs et les plus aguerris de cette culture du procès³¹. Et il est d'ailleurs possible que cela dérive d'une certaine diffusion – chez età travers des auteurs comme par exemple et justement Vizioz ou, plus encore et pour cause, Motulsky – d'influence et d'intérêt pour les idées de publicisation du procès civil élaborées précédemment par la culture allemande et ensuite par les italiens de la *scuola chiovendiana*³².

3. Modernité, fin de la modernité du procès civil italien et problèmes communs de la contemporanéité

D'un autre côté, ce n'est probablement pas par hasard si cela arrive, si l'on considère l'existence d'une objective et profonde différence entre France et Italie en ce qui concerne les réformes du procès. Il est en effet indiscutable qu'à cette époque – années 20, 30, 40 du XX^e siècle – on ne retrouve en France rien de pareil à la bouleversante poussée-aspiration italienne vers les réformes générales (*il mito di un nuovo codice*) de la discipline du procès civil³³. Cela dit, malgré la grande qualité contemporaine de certaines prises de position de la doctrine française en matière de réforme procédurale³⁴.

²⁹ V. DENTI, M. TARUFFO, *La Rivista di diritto processuale civile*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI, 1987, 631 ss.; précédemment F. CARNELUTTI, *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in *Foro it.* 1939, 64, 73-83; P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale civile in Italia nell'ultimo trentennio*, in ID., *Studi di diritto processuale civile*, Padova 1947, 113 ss.

³⁰ Voir, par exemple, les nombreux travaux parus sur la *Rivista di diritto processuale civile* (alors encore appelée comme ça) dans les années 1938-1939.

³¹ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, 1956, 169 ss. (mais déjà paru en 1937).

³² Pour une représentation de cette approche, par exemple, H. MOTULSKY, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris 1973, 38 ss. Sur l'importance de cette vision dans les études de Motulsky (et de Chiovenda), L. CADIET, *Ces professeurs qui font les codes illustration française: Gérard Cornu, Jean Foyer, Henry Motulsky. Nouvelle contribution à une histoire européenne de la procédure civile*, *Festschrift für Professor Nikolaos K. Klamaris*, 2016, 144.

³³ Par exemple V. DENTI, *Chiovenda e le riforme del processo civile*, in *Foro it.* 1988, V, 348.

³⁴ Pour tous et comme exemple général, H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, Paris 1972, chr. 9.

En effet le résultat de ce *turmoil* italien est le code tout à fait nouveau promulgué le 28 octobre 1940. Une loi, d'après les mots pour une fois concordants de Carnelutti et Calamandrei, tout à fait truffé de «*contributi che la dottrina ha dato alla preparazione della riforma*»³⁵. Cependant, quant à la philosophie du même code il faut absolument ajouter qu'en tout cas ces contributions de la doctrine n'entendent en rien – et conséquemment n'y parviendront pas – concevoir une discipline caractérisée par l'autoritarisme tout à fait tragiquement dominant du côté politique.³⁶ Au moins du point de vue intellectuel, celle qu'on définira bien plus tard une «*cattiva azione*» de proximité au régime fasciste de la part des plus renommés *processualisti* italiens n'a en somme pas concrètement eu lieu, et certainement pas dans le *codice di procedura civile* 1940³⁷.

En vérité, ce n'est pas dans ce code mais plutôt essentiellement dans le probablement plus 'autoritaire' des projets antécédents le code, c'est-à-dire le *Progetto preliminare* Solmi 1937, qu'on retrouve l'attribution au juge – ronflantes affirmations en faveur de la vérité comme principal objectif du procès à part – de pouvoirs réels de direction et même d'initiative probatoire³⁸.

Il est désormais bien établi que cela se fonde sur l'adoption d'une idée de publicisation du procès, dérivant mais bien plus draconienne de celle de Chiovenda³⁹.

Une idée du reste, presque à la seule exception de Satta, plus que diffusée à l'intérieur de la doctrine italienne de l'époque⁴⁰. Et c'est dans ce cadre qu'au juge sont attribués dans le *Progetto preliminare* 1937 de significatifs pouvoirs d'initiative et de recherche de la vérité *ex officio*. Pouvoirs structurés davantage à travers des moyens coactifs, ce qui confirme

³⁵ F. CARNELUTTI, P. CALAMANDREI, *Per lo studio del nuovo processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1940, 193; quant à l'effective influence de la doctrine sur le code 1940, manifeste bien d'incertitudes M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 256, n. 9.

³⁶ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 281 ss.; aussi dans la presse ID., *Quel codice non era fascista*, *Corriere della sera*, 9 aprile 2006, 31; V. DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 739 ss.; ID., *Riforma e controriforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 286. *Contra*, F. CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 25 ss.; A. CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino 2013, 141 ss.; G. TARELLO, *Dottrine del processo civile*, in *Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna 1989, *passim*.

³⁷ G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1977, VII, 147 ss.

³⁸ Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e Relazione*, Roma 1937; A. SOLMI, *Lineamenti del nuovo processo civile*, Milano 1937, 7 ss.; ID., *L'amministrazione della giustizia e la formazione dei nuovi codici*, Roma 1937, 10 ss.

³⁹ Pour une dure critique sur la traduction de cette approche dans les disciplines du *Progetto preliminare*, P. CALAMANDREI, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Firenze 1937, 23, 33, 95. Quant à la diffusion au cours des années 30 de la *lezione* de Chiovenda, M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 237-249.

⁴⁰ Pour une manifestation de la position 'rétro' et assez solitaire de cet auteur, S. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo* (1936), in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, 177 ss. A cet égard, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 50, n. 104.

l'adoption d'une vision du juge comme véritable pivot du procès si bien que véritable, pour utiliser les mots de Solmi, «*signore della causa*».

A l'intérieur de cette conception s'explique bien que des pouvoirs d'initiative et des moyens coactifs puissent comporter la prévision, le cas échéant, de sanctions envers les parties et même les avocats. Mais spécialement à ce propos il faut ajouter que le même *Progetto preliminare* (voir son auteur Arrigo Solmi) avait des idées assez claires quant à l'efficacité de ces sanctions. C'est-à-dire quant au fait qu'elles n'auraient pourtant été applicables – et effectivement appliquées – qu'à la suite d'un changement culturel radical concernant aussi bien les avocats que, et en réalité surtout, les juges; leurs fonctions directrices nécessitant un revirement culturel tout à fait nouveau de la part de la même magistrature italienne⁴¹.

Ce qui caractérise le côté technique de la réforme afin de la désigner comme en réalité pleine de «*importanti novità*», ce sont davantage deux autres aspects: la prévision, ici aussi comme du reste dans la plupart des projets italiens antécédents, d'un juge *unico* et, en outre, d'un système de forclusions plutôt rigides⁴². Et il faut dire que, spécialement pour ce qui concerne ce dernier aspect des forclusions (on n'adoptera par contre le *giudice unico* qu'à la fin du XX^{ème} siècle, et cela même pas complètement), les solutions ensuite adoptées dans le code 1940 ne seront en substance pas lointaines du tout.

Cela, bien sûr, pourvu que l'on fasse abstraction de certaines affirmations retrouvables dans la *Relazione al re* (ou bien la relation dite *Relazione Grandi*). Tout à fait consciemment, le nouveau code semble vouloir réformer beaucoup mais en effet montre en même temps vouloir de la même façon conserver beaucoup de la structure du procès civil de l'époque libérale. Il faut du reste rappeler que la susmentionnée *Relazione*, formellement de la main du garde des sceaux Dino Grandi, a été très probablement écrite par quelqu'un d'autre, et notoirement en la personne de Piero Calamandrei. Cela dit, il est aussi tout à fait probable qu'à côté de ce que le régime aurait aimé faire paraître cet auteur ait bien voulu manifester sa philosophie ou au moins son *wishful thinking* en matière de réforme du procès civil. Et en effet on retrouve dans le code 1940 de nombreux éléments de la vision de Calamandrei, en définitive très respectueuse de la *lezione* de Chiovenda et aussi bien réellement réformatrice que tout à fait lointaine de tout autoritarisme processuel⁴³.

Selon cette ligne directrice, dans la même *Relazione al re* à côté de l'affirmation d'une conception visant à attribuer au juge un *potere di direzione* considérable on retrouve ex-

⁴¹ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 233; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985.

⁴² P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, 333 ss.; pour l'expression en italien dans le texte V. DENTI, *Riforma o controriforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 86.

⁴³ F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei, la Relazione al Re e l'apostolato di Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. civ. proc.* 1997, 752 ss.; A. CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino 2013, 141 ss.; V. ANSANELLI, *Contributo alla studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Torino 2017, 255 ss. Plus en général sur l'influence de Calamandrei et des sa vision d'un juge avec pouvoirs de direction, N. TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in G. SCARSELLI (ed), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli 2010, 173.

primée immédiatement et sans équivoque l'affirmation d'un respect total des garanties du *principio dispositivo* (§13). Et, d'ailleurs, de façon tout à fait conforme, à l'intérieur de la nouvelle procédure civile italienne toute hypothèse de *giudice arbitro assoluto del procedimento* est en même temps rejetée d'une façon draconienne (§16). Par conséquent on croit pouvoir affirmer que, bien que situé dans une période sûrement non démocratique de l'histoire italienne et donc enrobé d'une formelle fascisation si non proprement par un certain autoritarisme ronflant, le code 1940 semble en effet vouloir essentiellement prendre la forme d'une continuation tout à fait consciente de la tradition des «*processi liberali e democratici moderni*»⁴⁴.

Cette vision paraît en effet la plus répandue et la plus partagée par la grande majorité des représentants de la doctrine italienne, en cachette ou manifestement a-fascistes et plutôt intéressés à la réalisation d'un code décidément différent de celui de 1865 mais absolument pas en soi autoritaire. Et bien différent de son précédent, le code italien 1940 l'est surtout quant à sa structure.

L'idée, décidément moderne, est de schématiser de manière plutôt rigide le déroulement du procès. Il s'agit d'une conception évidemment dérivée d'une raison technique basique, comme celle d'éviter les *incidenti* se caractérisant par d'innombrables complications et par un général manque d'efficacité du *modus procedendi* du code 1865. Celui-ci est un but poursuivi notoirement à travers la subdivision du nouveau code en cinq phases distinctes et mutuellement autonomes; c'est à dire *l'introduzione*, *la trattazione*, *la istruzione probatoria*, *la trattazione conclusiva* et *la decisione*. Mais, plus en général, un but auquel on a essayé aboutir surtout à travers l'assomption, comme notion-guide du code, d'une idée très répandue de simplification des activités procédurales réalisée à travers leur stricte et parfois abstraite formalisation et standardisation⁴⁵.

Pareillement à son *background* doctrinal, il faut rappeler que cette conception de réforme du procès civil a eu une permanence décidément longue, comme démontre du reste le fait qu'elle soit toujours en vigueur. À cause de cette longue permanence elle est en effet parvenue à marquer le déplacement de la culture juridique – voire, en particulier, du procès civil – de la modernité vers la postmodernité; une caractérisation qui a aussi concerné la culture italienne en général du point de vue de l'absence d'une confiance diffusée dans la tutelle juridictionnelle des droits. Concernant en particulier la culture italienne du procès civil, il faut pourtant ajouter que dans une si longue période de nombreux et parfois aussi cruciaux changements se sont produits. Une mutation qui a même touché les relations avec la culture française du procès correspondante.

Depuis le début des années 50 on assiste pour de vrai à une très lente, parfois minime, mais progressive récupération des références culturelles françaises, surtout utilisées pour remonter dans le temps et reconstruire en comparaison le parcours menant à la formation

⁴⁴ F. CARNELUTTI, *Nuovo processo civile italiano*, in *Foro it.* 1941, IV, 29 ss. Sur le caractère oppressif de la dictature fasciste sur le versant de la justice, récemment L. LACCHÈ (ed.), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015, *passim*.

⁴⁵ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 281 ss. et V. VARANO, *Il diritto processuale civile italiano in Europa*, in M. BUSSANI (ed.), *Annuario di Diritto Comparato e di Studi legislativi*, 2014, 125. Pour une ultérieure perspective en matière, C. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragione della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015, 127 ss.

d'une école italienne autonome du procès civil⁴⁶. En plus, le prévaloir des références à la culture allemande semble peu à peu céder du terrain à d'autres perspectives⁴⁷.

Ce sont, en particulier et au moins pour ce qui concerne une minorité élitiste de la doctrine italienne, la perspective de la comparaison et celle d'un plus étroit engagement dans les thèmes politico-sociaux aussi bien que, par la suite, dans l'approfondissement du sujet de l'effectivité du procès et de son accès plus répandu⁴⁸. La comparaison procédurale italienne signifie, au moins au début, quelques rares et tout à fait isolés regards principalement à la culture de *common law*⁴⁹. Mais avec le temps cela évoluera d'une manière surprenante dans une approche raffinée et complexe et surtout en comprenant pour ainsi dire – et évidemment en simplifiant beaucoup – de nombreux genres de... curiosités. À côté de l'intérêt pour la culture américaine cela signifiera aussi une plus générale ouverture à d'autres cultures, et aussi à une culture trop longtemps marginalisée comme la française. La fréquente parution – à partir de 1958 – des travaux de Roger Perrot dans les principales revues juridiques italiennes n'est du reste pas la seule démonstration à cet égard (et en effet aussi notables autres manifestations d'attention, comme quelques traductions de travaux français)⁵⁰.

À partir des années 60, l'intérêt pour la culture américaine du procès civil va en effet, de nombreuses et différentes manières, influencer en général l'approche italienne au procès civil. De cela dérive un intérêt pour l'autrui tout à fait inusuel, qui au cours du temps créera un nouveau regard italien sur les autres cultures du procès; et cela plutôt imprévisiblement même de la part de certain représentants de la désormais plus que traditionnelle *scuola italiana*⁵¹. Et toujours de cela dérive une si non massive certainement habituelle présence dans les revues italiennes d'études de provenance étrangère et concernant aussi bien des sujets proprement culturels que de stricte réforme disciplinaire⁵².

Mais notoirement ce qui à travers ces ouvertures provoque les changements les plus significatifs c'est surtout la progressive acquisition de profondes implications sociales au procès civil. Deux personnalités intellectuelles tout à fait spéciales pivotent autour de

⁴⁶ Pour ne faire qu'un exemple, plus que nombreuses sont les citations d'auteurs comme Ripert, Gény ou Bonaccase en E. ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Scritti giuridici in Onore di Francesco Carnelutti*, Padova 1950, 443, 446-447, 453.

⁴⁷ Parmi les plusieurs, E.T. LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1950, 328.

⁴⁸ Pour une vision générale sur ce climat culturel, A. DONDI, *Tauffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 484 ss.; comme exemple de l'orientation minoritaire dont on parle V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 31; G. GORLA, *Studio storico-comparativo della «common law» e scienza del diritto (le forme di azione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 25.

⁴⁹ A.P. SERENI, *Principali caratteri del processo civile negli Stati Uniti d'America*, in *Riv. dir. proc.* 1953, 199.

⁵⁰ Comme, par exemple, le travail de H. SOLUS, *Le riforme della procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.* 1960, 14 ss. traduit par Edoardo Ricci.

⁵¹ Tels que, toujours par exemple, V. ANDRIOLI, «Juges chargés de la mise en état» et coetera, *riforma 13 ott. 1965 n. 872 del Code*, in *Riv. dir. proc.* 1966, 277.

⁵² F. BAUR, *Il processo e le correnti culturali contemporanee*, in *Riv. dir. proc.* 1972, 253; R. PERROT, *Il nuovo codice di procedura civile francese (continuazione... in attesa della fine)*, in *Riv. dir. proc.* 1976, 281.

cette direction de recherche, celle de Mauro Cappelletti et, d'une manière tout à fait spéciale, celle de Vittorio Denti, avec son *Processo civile e giustizia sociale* de 1971 et de nombreuses reuvres inoubliables⁵³. Et il faut même ajouter que le regard dirigé par ce dernier sur les liens entre les problèmes de la procédure civile et ceux de l'évolution démocratique des sociétés contemporaines est caractérisé en profondeur par la vaste curiosité culturelle de cet auteur⁵⁴. C'est en effet grâce à ce support culturel et idéologique que la *scuola di Pavia* et d'autres secteurs avancés, quoique minoritaires, de la culture juridique italienne s'ouvrent – voir notamment le cas de la prétendue *scuola di Firenze* de Mauro Cappelletti – aux cultures ultérieures à la tradition de *civil law*⁵⁵. Et c'est dans le contexte de semblables ouvertures qu'on aborde en même temps des questions fondamentales, telles que la transformation de la procédure italienne du travail qui aboutit en 1973 à celle que l'on peut considérer probablement la meilleure réforme procédurale réalisée en Italie au cours de la deuxième partie du XXème siècle⁵⁶.

On peut dater l'origine d'une si spéciale combinaison d'intérêts la création en Italie d'une nouvelle culture du procés civil, ou moins d'une perspective nouvelle exerçant – quoique tout à fait minoritaire – une puissante fonction stimulatrice de l'entière culture juridique. Ce que l'on propose et en effet que l'on parvient à réaliser, c'est d'abord un crucial renouvellement méthodologique. Un renouvellement impliquant comme fondamentale, dans la recherche procédurale, la considération des résultats acquis dans bien d'autres domaines, tels que les domaines philosophique, sociologique et économique. On croit pouvoir affirmer que, tout en étant bien consciente de la tradition systématique de la culture juridique italienne, il s'agit d'une approche procédant *par problèmes* et attentive aux exigences sociales⁵⁷. Et c'est cette culture qui, surmontant de très graves difficultés, parvient à s'imposer et à entamer une transformation de plus en plus radicale quant aux thèmes d'intérêt, comme en particulier celui d'une justice civile effective soit en termes d'accès que de résultat véridique⁵⁸.

Sur cette base, le poids de l'influence américaine – due principalement à certaines solutions disciplinaires prévues par les *Federal Rules of Civil Procedure* comme, par exemple, le *discovery* et la *class action* – bien que prédominant n'est pas exclusif. Bien sûr, on retrouve en ce temps-là de nombreux et notables travaux de stricte comparaison concernant les cultures du procès civil américain et anglais; des travaux conçus par des auteurs, désormais plus que célèbres, appartenant aux deux écoles (c'est-à-dire de *Pavie* et de *Florence*) déjà mentionnées⁵⁹. Mais c'est la conscience des nécessités de profonde transformation

⁵³ M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, *passim* et V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, *passim*.

⁵⁴ M. TARUFFO, *Ricordo di Vittorio Denti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 571.

⁵⁵ A. DONDI, *Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 484 ss.

⁵⁶ A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquant'anni di ritardo*, in *Quaderni fiorentini* 1999, 734.

⁵⁷ V. DENTI, *Sistematica e post-sistemática nella evoluzione delle dottrine del processo*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1987, 469 ss.

⁵⁸ Voir la n. 53 *supra*.

⁵⁹ Dans l'immense production de cet auteur, M. TARUFFO, *La ricerca della verità nell'adversary system americano*, in *Riv. dir. proc.* 1976, 596 ss.

du droit italien, voire spécialement du code de procédure civile, qui au cours des années 70 du XX^{ème} siècle impose à l'entière culture italienne du procès civil de s'intéresser aux autres cultures du procès civil, extra européennes aussi bien qu'européennes.

Cependant, ceci ne représente pas une approche majoritaire. À l'époque, il faut le confirmer, la plupart de la culture italienne du procès civil demeure fondamentalement encore accrochée aux anciens paramètres conceptualistes (ou bien dogmatiques) et par la suite la tendance diffusée est à refuser d'une façon draconienne ce genre d'ouvertures⁶⁰. En effet, ce sera seulement à travers un long parcours de débats et de contrastes qu'au long des trente dernières années on parviendra à percer un tel *stonewalling* en surmontant, au fur et à mesure la plupart des oppositions à ce propos, avec leur charge de préventions d'ordre méthodologique aussi bien qu'idéologique⁶¹. La condition actuelle pourrait être par conséquent définie en termes d'acceptation largement partagée, aux limites parfois d'une banale évidence, de la perspective comparatiste dans le domaine de la recherche procédurale italienne.

Revenant à l'interaction franco-italienne au cours de la deuxième partie du XX^{ème} siècle, une indication semble quand même s'imposer. Pour se limiter à un seul mais fondamental exemple, il est presque inévitable de rappeler ici l'écho en Italie d'un livre français tel que «*Le juge et le litige*» de Jaques Normand de 1965. Un livre – le soussigné le raconte par sa propre expérience – à travers lequel il fallait absolument passer, et du reste aussi un livre savamment truffé de citations de la culture italienne (aussi bien d'antan, comme celles concernant Giuseppe Chiovenda, que celles de Enrico Tullio Liebman, encore contemporain à l'époque)⁶².

D'ailleurs, et davantage du côté italien, à la fin du XX^{ème} siècle on retrouve beaucoup de manifestations d'intérêt pour l'évolution de la culture française du procès et pour ses répercussions du point de vue des réformes disciplinaires. Ce n'est pas par hasard si les références à la *loi Royer* en matière de consommateurs sont bien plus que de simples allusions, dans un des essais dentiens (dérivés de la pensée du célèbre *maestro* Vittorio Denti) les plus idéologiquement orientés. Cela notamment dans un écrit tel que «*L'idea di codice e la riforma del cod. proc. civ.*», remontant à 1982 mais tout à fait actuel pour son opposition décidément dure à une décodification déjà montante à l'époque, avec sa défense de l'idée de code puisque en soit impliquant de basiques idées d'égalité⁶³.

De semblables phénomènes continuent à caractériser la post-industrialisation italienne en termes de délégalisation répandue, comme du reste celle de toutes les sociétés occidentales⁶⁴. C'est sur ce terrain – ou mieux sur un similaire terrain de considération critique des influences dans le contexte du droit de la postmodernité – que se situent les études

⁶⁰ M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in Id., *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 413 ss., 418 ss.; Id., récession à L.P. COMOGGIO, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 106; M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.* 1967, 445 ss.

⁶¹ A. DONDI, *L'esperienza di un comparatista processuale*, in V. BERTORELLO (ed.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano 2003, 89.

⁶² J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris 1965, *passim*.

⁶³ V. DENTI, *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1982, 100.

⁶⁴ V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 410.

qui essaient de rapprocher le procès des principaux problèmes immanents dans les sociétés actuelles, comme c'est sûrement le cas du débat en matière de complexité et de ses influences sur le procès civil. Et justement sur ce terrain on enregistre une remarquable présence de la culture française. Un contexte dans lequel s'est manifestée effectivement une stricte coopération avec la culture italienne du procès civil; coopération du reste même démontrée par la publication en Italie de travaux d'auteurs français⁶⁵.

Ceci dit, il semble bien plus difficile – et ici évidemment hors d'atteinte – d'essayer pour ainsi dire de faire le point sur la plus récente évolution, parallèle ou mutuellement mâtinée, de ces deux cultures du procès civil. Cependant, et avec ce *caveat* de fond, parmi les annotations d'ailleurs minimales qu'on pourrait à ce propos tout au plus tenter aujourd'hui il y en aurait en particulier deux et de nature tout à fait différente. Ces annotations concernent aussi bien le débat sur la portée actuelle de principe dispositif que l'approche méthodologique aux réformes du procès civil, et les deux imposent d'évaluer de manière décidément critique la situation italienne en comparaison à la française.

La chose à remarquer avant tout quant à la première annotation serait la présence même d'un débat, sur un sujet pareil et de nos jours, dans une culture juridique de la tradition et l'importance de l'italienne. En effet, quelque peu influencé par des élaborations très traditionalistes de provenance espagnole, le débat italien continue encore entre la fin du XX^{ème} siècle et le début du XXI^{ème} à s'embourber autour de la question de savoir si la vérité est ou non le but du procès civil; celafaisant inévitablement place à des prises de position de la partie la plus avancée des académiciens⁶⁶. Et en soi le fait qu'un débat similaire et contemporain ne se retrouve pas en France en dit long sur l'écart évolutif de la culture française du procès par rapport à l'italienne. La complète acquisition de l'idée que dans le procès civil le juge doit – y étant de quelque façon contraint – jouer un rôle actif, du reste semblable à celui du *managerial judge* de la récente tradition américaine, signale en effet l'accomplissement en France d'un parcours, encore mis de temps en temps en discussion en Italie⁶⁷.

D'un autre côté, on peut affirmer que l'indice d'une certaine supériorité française demeure pareillement au niveau de la méthodologie de la réforme normative du procès. Dans ce contexte, face à une *maniera italiana* décidément aléatoire et bâclée quant aux réformes en matière de procédure civile, on assiste du côté français à des efforts de transformation très bien conçus au moins du point de vue méthodologique. En d'autres termes, dans ce domaine la culture française a beaucoup élaboré, essayé et réalisé, comme démontre par exemple un événement de l'importance et de la complexité de la réforme de la Cour de Cassation⁶⁸.

⁶⁵ L. CADIET, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in A. DONDI (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 103 ss.

⁶⁶ J. MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come esempio di giustizia autoritaria*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 552 ss.

⁶⁷ M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 451 ss.; A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in Id. (ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 4 ss.

⁶⁸ L. CADIET, C. CHAINAIS, *Lignes directrices pour une modernisation des missions de la Cour de cassation*, in www.courdecassation.fr.

Dans ce même domaine, surtout récemment, la culture italienne par contre a essentiellement fait place à de multiples interventions rapetassées⁶⁹. Une accumulation qui en plus s'est dans l'ensemble caractérisée par une donnée commune aussi bien critiquable qu'inquiétante, c'est-à-dire la substantielle absence de véritables débats préparatoires des nouvelles interventions normatives⁷⁰. Et il faut ajouter que les résultats démontrent tout à fait qu'ils correspondent à un semblable style hasardeux, pressé et mystérieux (au sens d'une totale absence de publicisation de l'activité législative) de la production juridique italienne en matière de procès civil. Des résultats franchement négatifs, sur lesquels il n'est pas utile de s'arrêter davantage. Mais qui sans doute justifieraient pleinement un renouveau d'attention du côté italien envers la culture française du procès.

Abstract

This article concerns the relationship between Italian and French legal culture in the area of civil procedure. Covering a period of about a century, from the mid-19th to the first half of the 20th century, it considers the progressive movement of the Italian procedural culture towards the German one. In doing so, it deals with the simultaneously abrupt and hesitant corresponding detachment from the more traditional influence of French culture in the context of the law.

⁶⁹ Pour un exemple d'analyse profonde et récente de ces problèmes de réforme A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 613 ss.

⁷⁰ F. CARPI, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 105 ss.; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. giur.* 2012, 1133 ss.; B. SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1429 ss.; A. DONDI, *Menciones minimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil*, in *Justicia* 2016, 33 ss.

47. VITTORIO DENTI, UN GRAN INTELECTUAL Y SU ATENCIÓN HACIA LAS OTRAS CULTURAS. COMPARACIÓN Y PERSPECTIVA DE LAS REFORMAS PROCESALES*

SUMARIO: 1. Dentro de la escena cultural italiana de la primera mitad del siglo XX. – 2. Curiosidades por el exterior. – 3. Proceso, culturas, ideologías e inevitables reformas.

1. Dentro de la escena cultural italiana de la primera mitad del siglo XX

Dentro de la generación de los que nacieron justo tras la primera guerra mundial se encuentran – no fácilmente, claro, pero seguramente con mayor frecuencia que hoy en día – algunas personalidades excepcionales, de hombres y mujeres que supieron abrazar el espíritu a menudo trágico, pero en todo caso fuerte, del siglo veinte. Una excepcionalidad asociada a una capacidad de amplitud y, al mismo tiempo, de profundidad perceptiva respecto a los acontecimientos concurrentes, o sea constituyentes para decirlo de alguna forma el contexto cultural imprescindible de una verdadera elaboración intelectual. De una tal clase de excepcionalidad Vittorio Denti representa seguramente un ejemplo, aún más si se considera el mundo del derecho de la segunda mitad del siglo veinte.

Una clase de excepcionalidad que en Denti, al manifestarse desde el principio y manteniéndose a lo largo de todo su trayecto existencial, representa el verdadero dato característico de su personalidad de intelectual del derecho. Lo que comporta algo inevitable para los que intenten ocuparse de un tan raro caso de intelectualidad, o sea que una tal complejidad de intereses y refinadas curiosidades constituya al mismo tiempo no solo un duro desafío como un contexto referencial permanente. Se espera, por lo menos que ambas perspectivas resulten presentes en las escasas consideraciones que siguen, y ello es debido sobretudo debido a la extrema amplitud de un tema tan imprudentemente elegido como lo de, para así decir (y claramente a pesar de la conexión con comparación y reformas), Denti y las culturas.

De hecho, ello en sí mismo ya implica seguramente mucho, en el sentido de lo que esta pluralidad puede significar por lo menos por quien se encuentre a ocuparse del sobre-dicho tema. Y no se trata solo de tener en cuenta, como respecto a muchos otros juristas eximios, de ‘normales’ conexiones o derivaciones culturales. Se trata en todo caso de una normalidad que, en cuanto en otras palabras correspondiente a las relaciones a menudo amistosas y profundas existentes entre colegas como entre profesores y alumnos, aunque poderosamente presente en Vittorio Denti no parece representar el trato específico de su personalidad intelectual¹.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Justicia* 2020, I, 29-50. El presente trabajo reproduce el texto de una ponencia con el mismo título enviada al *IX Seminario internacional de derecho procesal – Proceso & Constitución: Los desafíos y las tareas pendientes de la Justicia en el siglo XXI*, Lima 23-26 abril 2019.

¹ Por otra parte, sobre parecidas interacciones y la eventualidad de transformación en rumbos culturales y escuelas del derecho, por ejemplo y con referencia – como por lo demás luego se dirá – a la llamada ‘*scuola di Pavia*’, entre muchos otros, de reciente, A. DONDI, *Una visión partidista de*

De verdad, un parecido específico resulta más bien en una inconfundible diversidad, de tal calado y tan fuerte que durante mucho tiempo – como luego se indicará – fue incluso causa de una cierta marginación especialmente dentro de su mismo país. En esto se puede individuar el básico *Leitmotiv* de la mayoría de las preferencias culturales de ese autor y, aunque algo aventurado, parece sumamente oportuno al abajo firmante declararlo aquí *in limine*. De hecho, un parecido carácter se encuentra a lo largo de toda la vida profesional de Denti; menos evidente al principio, más marcadamente después.

De hecho, a pesar de una difundida *vulgata* al respecto, ya desde sus inicios emerge esta distinta personalidad. A pesar de que los temas resulten de alguna manera tradicionales, incluso clásicos, en su recorrido inicial que remonta a la segunda mitad de los años cuarenta, Denti para decirlo de alguna forma tantea el terreno, aborda asuntos indudablemente muy debatidos y se pone a tono con la mejor doctrina de posguerra. Lo hace sin embargo de manera singular, cuanto menos en el sentido de destacar por una calidad verdaderamente única en el profundizar tales asuntos y hacerlos suyos, sea que se trate – entre otros y, por ejemplo – de *giudizio di equità*, de *decadenza*, de *estinzione* o bien de *processo possessorio*. En estos comienzos se encuentran además manifestaciones de una cierta audacia intelectual, como cuando el joven autor se enfrenta – lo que en efecto acontece muy pronto – a temáticas decididamente más profundas y duras no casualmente concernientes la llamada *concettualistica* muy típica de la cultura procesal civil italiana de la primera mitad del siglo veinte².

Hay que decir desde el principio destaca algo muy peculiar, a saber la claridad de la escritura de Vittorio Denti. Un estilo que nunca perderá, y que claramente representa a lo largo de una larga experiencia intelectual algo más que una mera elección formal o estética. En él, en otras palabras, esta evidente claridad de escritura parece constituir *tout court* un instrumento imprescindible de trabajo intelectual, de análisis y de selección de problemas. Al servicio de una actitud selectiva única (solo comparable con la de uno de sus alumnos, como Michele Taruffo) este instrumento resulta a todos los efectos funcional a la capacidad de expresarse y sobretodo de tomar partido por parte de Vittorio Denti.

Los ejemplos a tal efecto serían muchos, y entre ellos – sin pretensión alguna de exhaustividad selectiva – dos parecen especialmente emblemáticos. Se trata, en un caso, de una elección de tema y, en otro, de una manifestación de capacidad de estructuración de un trabajo monográfico junta con – como ya se decía – una fuerte personalidad crítica.

El primer ejemplo es el de un verdaderamente inicial (y en varias maneras prodrómica respecto a la siguiente producción) análisis del contexto de cuestiones concernientes, para utilizar sus palabras, la «*nozione di fatto notorio*»³. Un breve ensayo en el que la capacidad crítico-exegética del joven autor se manifiesta precisamente en la opción por supuesto crucial de apartarse de la tradición para considerar el verdadero referente de parecida noción no en la tarea de la prueba sino en el principio o noción de alegación de hechos. Claramente entre otras, una segunda manifestación de grande personalidad aflora ya en

los acontecimientos de la *Scuola Italiana del derecho procesal (civil) en la segunda mitad del siglo XX*, en *Justicia* 2018, 1, 39 ss.

² Así, por ejemplo, véase V. DENTI, *Sul provvedimento dichiarativo di estinzione del processo*, en *Mon. Trib.* 1946, 118 ss.

³ V. DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, en *Giur. compl. Cass. civ.* 1947, III, 265 ss.

los trabajos monográficos iniciales de Denti⁴. Especialmente en su tercer libro, titulado *Esecuzione forzata in forma specifica* del 1953, donde resulta evidente no solo una capacidad de argumentación poderosamente consolidada, sino la delimitación por un autor todavía muy joven de una línea de argumentación del todo original frente a la preponderante manera conceptualista (o formalista y dogmática) notoriamente típica de la cultura procesal italiana en la primera mitad del siglo veinte⁵.

Lo que allí se encuentra es en lo específico una aptitud ya decididamente crítica hacia las denominadas «*prospettive dogmatiche*», consideradas causa del «*insufficiente sviluppo degli studi*»⁶. De ahí una doble inequívoca propensión, para tener en cuenta – y en apariencia algo pertenecer al método prevaleciente – pero también para no conformar o limitar a esto el análisis de los asuntos considerados. En consecuencia, siendo el objetivo básico el del desarrollo de una rigurosa actitud crítica, los conceptos son utilizados en la principal función de instrumentos para llegar a una «*diversa consapevolezza metodologica, che intende la verità del concetto non in via assoluta, ma relativa, come uso rigoroso del medesimo*»⁷. Esto, como demuestran algunas fundamentales tomas de posición en este mismo libro y en otros trabajos del periodo, ocurre con Vittorio Denti en función de lo que parece ser un enfoque integrado de conocimientos incluyentes sea los aspectos técnicos sea las culturas circunstantes sea, y *pour cause*, un básico objetivo de necesaria eficiencia funcional del proceso⁸. Dentro de esta combinación el manifestarse del otro elemento de seria y siempre fundada curiosidad hacia las perspectivas jurídicas extranjeras, que ya hemos indicado cómo sumamente propio de la personalidad de Denti, no resulta para nada casual. Así que resulta del todo previsible que aquí este elemento tome la forma de unas referencias dedicadas, dentro del extenso contexto del *common law*, especialmente a la versión estadounidense de la *specific performance*⁹.

Lo que confirmaría, como ya en este libro de principios de los cincuenta, la atención por la cultura jurídica estadounidense, aunque basada sobre una escasa bibliografía en mayor parte todavía derivada de David, no sea para nada de fachada. Y de hecho es en este contexto que parece posible colocar el principio del verdadero comienzo en Denti de una imprescindible pasión cultural destinada a desarrollarse de manera más explícita a partir de la década siguiente.

⁴ *Ex pluribus* véase, sobretudo con referencia a los dos primeros libros de este autor (o sea: *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia 1944, y *L'interpretazione della sentenza civile*, Pavia 1946) y su relación con el *concettualismo* italiano, el recién R. CAPONI, *Il formalismo giuridico e il suo rovescio nel pensiero di Vittorio Denti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 447 ss.

⁵ V. DENTI, *Esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953, *passim*.

⁶ V. DENTI, *Esecuzione forzata*, cit., 2-3, 25 (y allí cuanto a la nota 50, donde *dogmatismo* es noción que recibe una clara caracterización negativa).

⁷ Así señaladamente V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1954, 11-12; en esta perspectiva A. DONDI, *Taruffo comparatista – Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 488-489 (donde también otras referencias y consideraciones sobre el enfoque de Denti como *maestro* de la llamada *scuola di Pavia*).

⁸ V. DENTI, *Esecuzione forzata*, cit., 24 ss.

⁹ V. DENTI, *Esecuzione forzata*, cit., 50 ss.

2. Curiosidades por el exterior

En realidad, la mirada que Denti dedica sobretodo a las elaboraciones contemporáneas de la cultura jurídica norteamericana entre las otras culturas del proceso civil no parece limitarse a una manifestación de abstracta curiosidad cultural. Es una mirada, o más bien un profundo interés, que se entrelaza con el logro de su absoluta madurez intelectual y con el nuevo enfoque de su propuesta, como la de sus alumnos dentro de la llamada *scuola di Pavia*¹⁰. Y es por supuesto una mirada que presupone un profundísimo conocimiento y elaboración de algunos temas imprescindibles para enmarcar los eventos cruciales de la segunda mitad del siglo veinte.

El dato básico parece consistir en que de estos eventos Denti no se limita a percibir casi abstractamente o solo *en tant qu'intellectuel* la poderosa valencia político-social, sino llega a conectarlos con el funcionamiento del proceso civil, sus carencias y las consiguientes exigencias de su ajuste o transformación. Una percepción *lato sensu* social que se configura como muy profunda, partidaria y fuerte precisamente en razón de la amplitud de un *background* tan abigarrado de comprender extensas frecuentaciones sea de la cultura procesal precedente sea de la filosofía y de la filosofía del derecho (especialmente del posguerra, y pienso en la influencia de intelectuales como Geymonat o sobretodo Bobbio y también Capograssi y luego, para siempre, el amigo Tarello) sea, finalmente, de las novedades provenientes del otro lado del océano¹¹.

Es en este estimulante complejo cuadro que parece precisamente colocar la relación de Denti con la comparación hacia dentro del *common law*, el *American system of litigation*. Algo parecido a una expansión ulterior y casi inevitable de su trayectoria de jurista, en todo semejante a una exploración in *terra incognita* absolutamente útil para disfrutar de novedades provechosas en vista de la transformación de nuestro mismo modelo de proceso civil. Hay allí mucho de lo que describe el Denti inigualable *maestro* de derecho, en el sentido amplio del cumplimiento de una dura tarea metodológica de investigación científica y de elaboración de propuestas de reforma.

Esto con toda su personificación de trabajo intelectual diario (el profesor llegaba a la facultad muy pronto por la mañana y en la mesa de su despacho estaban todas las nuevas revistas, que el – fueran alemanas, francesas o americanas – anotaba y a menudo indicaba a sus alumnos más jóvenes, como hace mucho tiempo fue también con el abajo firmante). Pero esto también en coincidencia quizás casual de temas como de instancias reformadoras con las elaboraciones de los mejores representantes de culturas extranjeras de la época (pienso en sus relaciones de profunda estima con algunos de estos colegas, a lo largo de casi medio siglo). Lo que de alguna manera nos deja llegar a los temas propiamente 'denticianos' influenciados por la comparación, o en otras palabras a la estrechísima conexión en ellos de instancias sociales como de sugerencias provenientes de otras culturas, jurídicas y no.

En todo caso y en extrema síntesis, dentro de un patrimonio de elaboraciones y de percepciones a menudo verdaderamente fulminantes, parecen notoriamente de una doble especie los asuntos procesales o para-procesales que especialmente interesan al Denti

¹⁰ Por ejemplo, A. DONDI, *Una visión partidista*, cit., 39 ss.

¹¹ Vease, entre otros A. DONDI, *Taruffo comparatista*, cit., 489 (y las referencias en la nota 9).

comparatista¹². En efecto, de un lado, se encuentran temas y asuntos de carácter eminentemente probatorio mientras, del otro, se trata de asuntos de prevaleciente incidencia político-social. Contextos entre los cuales se podría también añadir que existe una diferencia cronológica por lo que se refiere al desarrollo de intereses comparatistas del nuestro autor.

Así que en Denti la primera indidable fascinación de raíz extranjera – a caso dentro de una permanencia de valorización de este ámbito de problemas destinada a representar un *Leitmotiv* constituyente un verdadero «tema privilegiado» – se puede referir a la por los sistemas probatorios y sus reciprocas diferencias¹³. Aunque – como confirmado por *La verifica delle prove documentali*, 1957, su monografía de cátedra – ya claramente presente y en formación alrededor de los finales de los años cincuenta, es sobretodo a la década siguiente que remontan en realidad las principales manifestaciones en llave comparatista de un parecido interés. De hecho, precisamente a este segmento temporal se refieren algunas de sus más profundas investigaciones al respecto. Investigaciones en las cuales el *modus* de la comparación dentiana aparece distintamente lo de una combinación rigurosa de informaciones provenientes de diferentes áreas de elaboración científica (históricas, filosóficas y sociales, además de la estrictamente jurídica) y por eso decididamente apartado de la visión algo autosuficiente o ensimismada (o sea exclusivamente jurídica) de las conceptualizaciones europeas¹⁴.

Posteriormente al primer ensayo de esta línea de investigación – *Testimonianza técnica* de 1962, en el cual por otra parte los caracteres antedichos ya emergen distintamente – se colocan dos trabajos fundamentales. Me refiero, aunque en apariencia lejano del específico asunto de las pruebas, a lo en tema de «*relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*» con el cual este Autor estructura de manera casi definitiva su visión de acercamiento metodológico a «*la tendenza, fondamentalmente empirica, della dottrina di common law*»¹⁵. Eso dicho, que se trate de una elección no solamente de gusto intelectual sino de carácter marcadamente ideológico – es decir finalizada a una extensa transformación del proceso civil – es algo que justamente se convierte especialmente en los dichos estudios probatorios de la segunda mitad de los sesenta¹⁶.

La amplitud del enfoque resulta especialmente evidente en el ensayo sobre la «*evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*» de 1965, donde emerge magistralmente la consciencia de las implicaciones sociales del derecho probatorio (afirmaciones como «*non vi è altra materia che più del diritto delle prove rispecchi il travaglio politico, sociale e culturale del mondo contemporaneo*» parecen – a pesar de ser por supuesto algo de efecto – del todo emblemáticas) y el rigor de la análisis ya en sí mismo signo de

¹² Conforme a lo que releva Taruffo sobre este aspecto del trabajo de Denti, M. TARUFFO, *Ricordo di Vittorio Denti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 571.

¹³ Así A. DONDI, *Taruffo comparatista*, cit., 490-492; por la expresión en italiano en el texto, allá de las muchas consideraciones interesantes y puntuales al respecto, A. GENTILI, *Le prove civili nel pensiero di Vittorio Denti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 417 ss.

¹⁴ A. DONDI, *Taruffo comparatista*, cit., 490 (n. 17).

¹⁵ V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 64.

¹⁶ A. DONDI, *Taruffo comparatista*, cit., 491.

cuanto avanzado sea el nivel de visión de Denti¹⁷. Es una calidad vinculada sin duda con la consciencia de cuanto el proceso civil no sea «...*affatto neutro, nelle sue tecniche interne, rispetto agli orientamenti politici della società in cui opera*» y, consiguientemente, también vinculada sea a la indisoluble contigüidad con las influencias circunstantes de las elaboraciones extra o meta legal sea a las perspectivas de futuras transformaciones aptas para desestructurar las adquisiciones del pasado¹⁸.

3. Proceso, culturas, ideologías e inevitables reformas

En línea con las instancias de profundas transformaciones político-sociales que, con una larga cola de graves conflictos, interesan la vida italiana en los años siguientes, el marco de un parecido impulso innovador 'dentiano' resulta continuo, casi aumenta y en todo caso se precisa ulteriormente. Son esencialmente dos las formas en que esto se produce. A saber, por un lado, mediante una ulterior elaboración por parte de Denti de las bases teóricas y ideológicas de su metodología comparatista y, por otro, mediante un directo *engagement* en ya indispensables reformas del proceso civil. Lo que, conforme, manifiesta también cuanto estrecha resulte en este Autor la conexión entre estos dos contextos; como ahora se intentará aclarar.

En un breve y por varias razones fundamental ensayo de 1973, icásticamente titulado *Riforma o controriforma del processo civile?*, tropezamos en una frase parecida: «...*alla scienza processuale* (hay que suponer italiana) *è sempre mancata quella visione dei rapporti tra i problemi del processo ed i problemi della società, che deve stare alla base di ogni effettivo movimento di riforma delle istituzioni processuali*»¹⁹. Se trata indudablemente de una valoración casi feroz, que sin embargo resulta muy emblemática de la actitud de Denti hacia la transformación ante un contexto cultural italiano difusamente autárquico, y por esto tan conservador como substancialmente reacio a todas novedades.

Una afirmación de distancia cultural profunda, que constituye un marco esencial de los trabajos de Denti en los dos últimas décadas del siglo veinte. De esta toma de posición muy clara con respecto a la reforma del proceso civil italiano deriva de hecho una caracterización seguramente única del grande profesor y *caposcuola*. Una circunstancia que por otra parte resulta inequívocamente destacada, ya en el apena citado ensayo de 1973, con el subrayado de la estrecha conexión entre reformas y comparación. Señaladamente: «*la giustizia del lavoro, l'assistenza giudiziaria ai non abbienti sono state le occasioni di una presa di coscienza che si va approfondendo, e che dalla comparazione con le esperienze straniere trae ulteriori motivi di riflessione*»; y además, en un sentido de más amplia contextualización, aunque «*ancora non riusciamo ad intravedere i rapporti che collegano le forme della*

¹⁷ V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 55 ss.; al respecto, y con justa actitud analítico-crítica (tanto de catalogar la frase citada en el texto como algo «enfática») A. GENTILI, *Le prove civili nel pensiero di Vittorio Denti*, cit., loc. cit.

¹⁸ Así también V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 35; al respecto véanse de nuevo los trabajos de Gentili y de Dondi (por ejemplo, en *Taruffo comparatista*, cit., 493) ya citados antes.

¹⁹ V. DENTI, *Riforma o controriforma del processo civile?*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 286.

*tutela processuale con i rapporti di produzione, con le caratteristiche economico-sociali delle varie fasi della storia recente*²⁰.

Así que, dicho en otras palabras, desde los años ochenta Denti ya habla de reformas cuando escribe de comparación procesal, y *viceversa* hace cuando aborda *ex professo* el tema de la transformación del modelo italiano de justicia civil. Igualmente, en Denti es sobretodo un serio sincretismo cultural (serio en cuanto fundado sobre una prodigiosa capacidad de estudio y de lecturas no limitadas al derecho) que representa la clave para analizar y bien solucionar asuntos. Esto parece obvio puesto que «*ogni discorso sul diritto si immerga nella cultura della società di cui quel diritto è la struttura*» y que las culturas concurrentes – de cada clase, históricas, sociológicas e incluso artísticas – representan elementos imprescindibles para una mejor comprensión de las reales necesidades de la sociedad²¹. Es algo que se refiere particularmente a la comparación; sobretodo por lo poseer este enfoque, en caso de que utilizado junto – se repite – a finalidades de reconstrucción histórica y de política del derecho, una poderosa potencialidad de *legal change*²².

Del todo coherente, considerados de tan profundos y abigarrados conocimientos y conexiones que se desarrolla, es el discurso de Denti con respecto a las reformas. Así que, según el Autor, un real enfoque de reforma no puede limitarse simplemente a añadir algo o a realizar de cualquier forma ajustes de detalle. A estas alturas, la reforma de la justicia civil está principalmente llamada a aboradar y solucionar asuntos estructurales. Asuntos en esta visión estrictamente conectados a una ideología de transformación que, sin proponer «*un nuovo modello processuale*» y «*rinunciando alla coerenza con gli astratti modelli che la tradizione ci ha consegnato*», apunte a realizar un efectivo «*adeguamento delle forme del processo alle esigenze particolari della tutela*»²³.

Una combinación en la que parece reflejarse explícitamente la progresiva toma de conciencia de otras y más inmanentes conexiones de carácter político, social y económico que por supuesto pertenece (emblemática parece al respecto la frase «*...il mio orizzonte è profondamente mutato [...] i rapporti tra processo e società costituiscono, a partire dal 1970, il campo principale delle mie ricerche*») a las más íntimamente profundas opciones de Denti²⁴. Se puede añadir que es dentro de una parecida opción general que se perfecciona una visión basada sobre el convencimiento de que – siempre utilizando sus propias palabras – «*sui problemi del processo prevalgono i problemi della giustizia civile*»²⁵. Lo que explica por lo tanto – como otros, y en particular Michele Taruffo y Vincenzo Varano, ya notaron hace tiempo – la tarea fundamental de la comparación como elemento para así decir del todo indispensable en el contexto de la extensa difusión desde la mitad del siglo veinte, en sus-

²⁰ V. DENTI, *Riforma o controriforma del processo civile?*, cit., loc. cit.

²¹ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, en *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna 1982, 21-23 ss.

²² V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, cit., 26-27 ss. (donde se vean las citaciones a las notas correspondientes).

²³ V. DENTI, *Riforma o controriforma*, cit., 289-292.

²⁴ V. DENTI, *Dall'azione al giudicato*, Padova 1983, VI (de la introducción). Como ejemplo recién de atención a estos problemas y a un parecido enfoque A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 579 ss.

²⁵ V. DENTI, *Dall'azione al giudicato*, cit., loc. cit.

titución de la anteriormente difundida concepción estructural, de la llamada concepción funcional del proceso²⁶.

Siendo esta la visión, *philosophy* o el compromiso ideológico-político de este Autor, de una forma u otra resultan algo previsibles los contextos de referencia considerados fundamentales para realizar las debidas reformas del proceso civil italiano. Ya hemos señalado la particular atención reservada por Denti al tema de las pruebas pero, dentro de la perspectiva de las reformas procesales, hay que destacar como este tema resulte estrictamente vinculado – y hasta tal punto de casi confundirse – con los de búsqueda de la verdad en el proceso y del papel del juez por lo que a ello se refiere. De hecho, conjuntamente con la perspectiva –como ya ha sido señalado – de una destacada atención al *côté* social de las reformas, es esto el trato para así decir «técnico» que caracteriza su elaboración hacia las reformas²⁷. Un marco que se transfiere a los otros miembros de su propia escuela (la llamada *scuola di pavia*) con una doble consecuencia, por otra parte, similarmente a lo que acontece con la *scuola fiorentina* de su grande amigo Mauro Cappelletti, de resaltarla dentro de las otras escuelas procesales italianas y al mismo tiempo de marginarla de alguna forma por el imperdonable pecado de excesivo progresismo²⁸.

Especialmente desde su madurez, en el contexto de un neto rechazo de abstractas construcciones sistemáticas, la transformación del proceso pasa por Denti necesariamente a través de la atribución al juez de efectivos poderes para asegurar la rápida clarificación de los hechos²⁹. De aquí deriva su propensión hacia el nuevo *processo del lavoro* italiano de 1973, indudablemente enfocado en esta dirección, aunque percibido como «*soltanto la premessa perché la giustizia del lavoro sia veramente riformata*»³⁰. En efecto, está muy claro cuando Denti se da cuenta del estado de crisis de la justicia civil italiana frente de una extendida ineficiencia causada tanto por la inaceptable lentitud de los procesos civiles que por la substancial ausencia de un sistema de *legal aid*. De la misma forma es meridianamente claro cuanto absurda le pareciera «*l'indifferenza da cui questi preoccupanti fenomeni sono accompagnati*», en general fundada sobre una especie de complacencia hacia un «... *meccanismo del processo, raffinato da generazioni di studiosi con una perfezione dogmatica che è stata anche troppo ammirata*»³¹.

Esta crítica obstinada muy típica de la actitud autárquica todavía prevaleciente en el ámbito italiano resulta verdaderamente tumbal, y se vincula a una elección de campo reformador cada vez más rotunda especialmente por lo que se refiere a la referida atribución de poderes en el contexto procesal³². Así, el ámbito en el que Denti considera

²⁶ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, cit., 58; se vean a este respecto también las consideraciones de M. TARUFFO, *Ricordo di Vittorio Denti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 571 ss.; y de V. VARANO, *Vittorio Denti comparatista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 739 ss.

²⁷ F. CARPI, *Vittorio Denti e le riforme processuali dello Stato Sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 727 ss.

²⁸ A. DONDI, *Una visión partidista de los acontecimientos de la Scuola Italiana del derecho procesal (civil) en la segunda mitad del siglo XX*, cit., 39 ss.; ID., *Taruffo comparatista*, cit., 487 ss.

²⁹ M. TARUFFO, *Ricordo di Vittorio Denti*, cit., 572.

³⁰ V. DENTI, *Il nuovo processo del lavoro: significato della riforma*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 371.

³¹ V. DENTI, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., 375.

³² V. DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 734-735.

más oportuna una seria intervención reformadora es, una vez cumplido con los pleitos de parte (y tenida en cuenta su importancia para configurar el futuro de la controversia especialmente en un cuadro de *tutela differenziata* o de diferenciación de las tutelas), la preparación de la causa desde sus inicios³³.

Remonta aproximadamente a la mitad de los años ochenta la mayoría de sus elaboraciones con una evidente perspectiva reformadora. Elaboraciones marcadas significativamente por un interés especial hacia la determinación «*fin dall'inizio*» del *thema decidendum* y por una profunda atención al ejemplo de las *pre-trial procedures* en los modelos procesales de *common law*, subrayando «...*un'accentuazione dei poteri di intervento del giudice, soprattutto allo scopo di reprimere gli abusi degli strumenti di discovery...*»³⁴. Debido a su estrecha contigüidad para no decir casi total coincidencia con la materia probatoria, lo del *discovery* representa un tema que – como lo demuestra su recurrencia frecuente en otros ensayos del periodo – desde luego continua a intrigar la incansable curiosidad de Vittorio Denti³⁵.

Una curiosidad que se manifiesta en la década ochenta-noventa en elaboraciones que en varios modos y desde diferentes perspectivas abordan el problema de la reforma y al mismo tiempo explicitan la dirección de las transformaciones sugeridas, aunque destinadas – como el mismo Denti señala – a provocar profunda hostilidad hacia el propósito de realizar un cambio real y profundo en el marco del respecto por una idea del código de derecho procesal como imprescindible – en cuanto fundamentalmente garantista «*per le maggioranze [...] non inserite nei circuiti del potere*» – ley del proceso. Efectivamente, según este Autor es en el contexto del *codice* que tienen que estar colocados los nuevos básicos instrumentos procesales «*ineliminabili nella società attuale*», o sea en lo específico la concreta configuración de tutelas colectivas y el ya mencionado incremento de los poderes procesales del juez³⁶.

Más allá del periodo caracterizado por el interés por las tutelas colectivas (o en cualquier caso *class action*) sin duda alguna típico de la trayectoria dentiana (aunque – por lo menos con referencia a la perspectiva de su sucesiva aplicación italiana – marcada por un substancial fracaso), llegados al final de este ya largo y desde luego lagunoso recuerdo parece sin embargo esencial reflexionar sobre un último aspecto seguramente *not least* de la personalidad intelectual de Vittorio Denti³⁷. Se trata del enfoque histórico que, como

³³ V. DENTI, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1986, esp. 246 (donde se afirma «...*in quanto l'accertamento della verità dei fatti [...] sia configurato come uno scopo del processo, questo si configura di conseguenza (anche) come un procedimento per la scoperta della verità*»). Cuanto al debate en tema de 'tutela differenziata' y a sus conexiones sociopolíticas en los primeros años ochenta, V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1984, espec. 254-256.

³⁴ V. DENTI, intervención en *Atti dell'incontro di studio su riforme urgenti del processo civile*, Milano 1987, 108-113.

³⁵ Por ejemplo, vease V. DENTI, *Armonizzazione e diritto alla prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 676-677.

³⁶ V. DENTI, *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1982, 105, 113-114.

³⁷ Se vean, por ejemplo, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del Convegno di Pavia (11-12 giugno 1974)*, Padova 1976, *passim*; V. DENTI, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 533 ss.; ID., voce *Interessi diffusi*, en *Noviss. Dig. it.* 1983, IV, 305 ss.; ID., *La giustizia*

ya varias veces hemos destacado anteriormente, recurre prácticamente a lo largo de toda la experiencia del Autor al punto de representar un rasgo suyo característico. Y se trata sobretudo del permanecer de un similar enfoque hasta los últimos trabajos o en todo caso hasta su extrema madurez.

En relación con este último enfoque histórico de Denti, el aspecto que en realidad más intriga, por lo menos un lector como el abajo firmante, es su convertirse en una profunda reconsideración de las bases culturales de la justicia civil italiana y, tenidas en cuenta estas bases, de sus *chances* de efectiva transformación. Precisamente por eso, la visión en una parecida perspectiva de la herencia del pasado resulta decididamente estimulante, al punto de ir más allá del problema concreto e inmediato de las reformas para suscitar por lo menos interés hacia la evolución del debate cultural sobre el proceso y, de paso, sobre la reforma de la justicia civil en Italia en el siglo veinte. Resulta también interesante que Denti no haga esto en un trabajo unitario que asuma la forma de un libro, sino con unos cuantos ensayos aparentemente ocasionales en los cuales un argumento tan importante sobre las culturas italianas del proceso civil viene abordado al mismo tiempo, de manera profunda, para nada afectada y, por otra parte, a su típica manera, casi juvenilmente esbelta.

Es lo que se plasma en dos breves trabajos de 1992 y de 1996 para decirlo de alguna forma dedicados a dos mitos del proceso civil italiano durante la primera parte del siglo veinte, es decir a Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei, respectivamente³⁸. Con ambos gigantes (con este último especialmente, y de cierta manera también de forma obvia por quien como él empezaba su juventud adulta propugnando ya en el 1945 ideales de «*rinascita liberale*» del todo similares a los de libertad y justicia social que el *maestro fiorentino* personificó durante la guerra y en el posguerra) Denti reanuda un apremiado dialogo entre grandes³⁹. Lo hace estableciendo las respectivas justas proporciones entre las derivaciones y las originalidades de estos dos autores, y atribuyendo en particular a Calamandrei su verdadera función de transformador de la cultura italiana del proceso civil, más allá de la tradicional visión sistemática y como eje fundamental entre la primera y la segunda parte del siglo veinte. Lo hace también reconstruyendo, recolocando y restableciendo valores (valores también en términos de gustos culturales de los dos autores, también literarios e históricos en el caso de Calamandrei). Y lo hace además señalando temas – sobretudo, siempre con referencia a Calamandrei, lo de la abogacía – decididamente ajenos a las drásticas y autosatisfacias simplificaciones de la «*scienza concettualistica*» tan típicas de la modernidad histórica del primer novecientos⁴⁰.

*civile*², Bologna 2004, 117 ss. Sobre el reciente dramático fracaso de la *class action* italiana, *ex plurimis*, A. DONDI, *The Makeshift Italian Class Action. Some Hints*, en 7 *I.J.P.L.* 2017, 5 ss.

³⁸ V. DENTI, *Calamandrei e gli studi sul processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, 397 ss.; ID., *Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 407 ss. Sobre estas figuras se vea notoriamente G. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 1584 ss., 1595 ss.

³⁹ Gracias a las búsquedas de Remo Caponi es ahora disponible uno de los primeros escritos de Denti, que de hecho remonta al 1945; es decir *La rinascita liberale e i giovani*, escrito con Paolo Serini y editado por el *Partito liberale italiano – Delegazione per l'alta Italia* (denominación que en si misma nos dice que este librito salió cuando la guerra estaba todavía en curso).

⁴⁰ V. DENTI, *Calamandrei e gli studi*, cit., 398-400.

Se trata de una capacidad de reconstrucción prácticamente única en el panorama italiano, debido a sus intentos no tanto de mera ordenación sino máxima estimulación hacia reformas bien fundadas culturalmente, y por eso también altamente crítica hacia «...*ciò che è mancato alla cultura delle riforme*»⁴¹. Una actitud que justificada en aquel entonces, parece justificadísima hoy día; y con respecto a la muy criticable manera de las actuales reformas italianas claramente mucho se tendría que mejorar⁴². Lo que aquí no haremos, no solo debido a la manifiesta incapacidad del abajo firmante, sino sobretudo por razones de espacio, oportunidad y respecto por el hombre al cual están expresamente dedicadas estas paginitas. Y porque al final lo que más importa es de haber dado cuenta, por lo menos en parte, de la verdadera vital lucha de un *grande maestro*, por supuesto «*duro e stimolante, paterno e freddamente razionale*», con la finalidad «...*di rendere meno incivile l'amministrazione della giustizia*»⁴³.

Abstract

El trabajo analiza la trayectoria intelectual de Vittorio Denti desde la crítica a las maneras hiper-tradicionales de la cultura procesal italiana hacia la comparación procesal, especialmente con la cultura jurídica estadounidense. Todo esto en dentro de una seria perspectiva de reformas relativas al modelo procesal civil italiano.

This research concerns the intellectual figure of Vittorio Denti and his special attention towards the other legal cultures, and cultures at large. This all concerning his personal evolution from a stern critical attitude to a serious comparative approach particularly focused on the American legal system. An approach thoroughly founding his proposals to reform the Italian procedural model.

⁴¹ V. DENTI, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, espec. 812 ss.; ID., *Giovanni Tarello e la storia della cultura processuale*, en *Sistemi e riforme – Studi sulla giustizia civile*, Bologna 1999, esp. 145 ss.

⁴² A. DONDI, *Menciones mínimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil*, en *Justicia* 2016, 33 ss.

⁴³ M. TARUFFO, *Omaggio al maestro*, en *Studi in onore di Vittorio Denti*, I, Padova 1994, IX.

48. SOME RAMBLING IMPRESSIONS ON HISTORICAL MODERNITY'S HERITAGE AND CHALLENGES OF THE FUTURE IN CIVIL PROCEDURE*

SUMMARY: 1. The 'moment of complexity', its diversified reality and repercussions on procedural law. – 2. Two paradigmatic examples of civil procedural modernity in the twentieth century. – 3. Permanencies and transformations inside the third millennium.

1. The 'moment of complexity', its diversified reality and repercussions on procedural law

Most probably, it has never existed in the history a period of such an extreme and fast transformation as the one we experience starting at least from about the last twenty years. It is an indisputable fact to which entire libraries have been dedicated just in the last twenty years, and on the other hand justifiably being this one a subject thoroughly characterizing these starting years as well of a new century and of a new millennium¹.

First years that besides have been branded by a redundant aspect of homologation corresponding to a recurrent perception of widespread complexity². In fact, today a quite sharable outlook of the present almost necessarily implies the reference to combinations of abilities never before so immanent and indispensable. A reference that correlatively gives way to a vastly shared perception of the reality as just apparently simple, or at most just virtually simple but in its essence actually very complex³. Which is after all what tells us our daily experience, that we are bound to organize each one of our activities through a series of innumerable plannings to be constantly updated.

Therefore, plurality and interconnection represent the founding elements of an inalienable character of the human relationships, a character stressing a very deep gap with the past, even the most recent one⁴. Actually, it seems to be just because of such a huge distance as to the today's reality that we tend to perceive the framing contours of this most recent past, grossly speaking identifiable as historical modernity, and corresponding in chronological terms to the first half of the twentieth century.

* Questo scritto è stato pubblicato in *ZZP Int.* 2018, 69-77. This work is the English translation of the original Spanish version presented at the *IX Seminario internacional de derecho procesal – Proceso & Constitución: Los desafíos y las tareas pendientes de la justicia en el siglo XXI*, Lima April 23th-26th 2019.

¹ E. MORIN, *La voie pour l'avenir de l'humanité*, Paris 2011, *passim*; J. HABERMAS, *The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge 1987, 18 ss.

² A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in ID. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 3-4 (see also notes nn. 1, 11, 12).

³ J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris 1979, *passim*; G. VATTIMO, *La fine della modernità*, 2ª ed., Milano 1998, 121 ss.

⁴ A. DONDI, *Aspetti della complessità*, cit., 4.

Albeit implying a strictly chronological contextualization, this definition refers also to some basic cultural parameters differentiating the period identified from the one we are living now. In fact, we might say that if a typical feature of this kind of modernity – sort of an *esprit du temps* – has ever existed it would consist in a widely shared culture of the modernity based on the acquisition of a virtually unlimited power to manufacture brand new items transforming the quality of day life for masses of persons⁵. Not by chance especially in the first half of the twentieth-century, this very idea, clearly abundantly elaborated beforehand at least in the western world, becomes the most topical subject of the cultural discussion⁶.

Yet such a radical change and thorough reorganization of the reality coping with the idea of indefinitely repeatable and diffusible transformations is not limited to merely physical changes or innovations. Especially during its first half, the twentieth-century seems indeed invaded by a stern faith in the possibility to carry out the modernity, or at least a certain vision of it. In its essence the one materializing in a totalizing palingenesis of the world and hence inclusive, beyond items and material things, of general conceptions and thoughts⁷. Accordingly, the prevailing aim is the acquisition of a general prospect towards the future just useful in order to stress a drastic alterity concerning anything having to do with the non-modernity or the pre-modernity⁸.

Somehow inevitably, a similarly absolute and at the time widespread confidence in the intellectual skill needed to fix precisely as well as exhaustively the criteria of the modernization brings up also the subject of the modern contextualization of legal culture. This at least because of the inevitable influence on the organization-discipline of the human interactions of such a huge reinvention of the present so typical of the modernity, and especially of the acceptance of modernity here considered.

Besides, it seems a quite strict the connection of this all with that huge branch of legal culture corresponding to civil procedure. As a matter of fact, and precisely in the aura of modernity, during the first half of the twentieth century it was especially concerning the judicial protection of legal rights that – considering basic social needs – took place some of the most serious discussions and drafting of reforms⁹.

As well known, this discussion is still amply following its course nowadays, but concerning that historical period is worth noticing the intrinsic plurality of the due referrals. So that, rather than talking generically of civil justice and society actually we ought to talk of different models of civil justice and correlatively of different societies of reference. This because, while the attempts to modernize civil justice have been part of a fundamentally unique trend, fairly different and diversified have as well been the approaches actually adopted. This further despite the quite surprisingly basic similarities either of the goals pursued or of the technical articulations of those modernizations of the civil

⁵ W. EVERDELL, *The First Moderns: Profiles in the Origins of Twentieth-Century Thought*, Chicago 1997, *passim*.

⁶ J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Barcelona 1930, *passim*.

⁷ S.E. TOULMIN, *Cosmopolis – La nascita, la crisi e il futuro della modernità*, Milano 1991, *passim*.

⁸ N. LUHMANN, *Observations on Modernity*, Stanford 1998, 7-8.

⁹ A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 579 ss.

procedural context, carried through or merely attempted¹⁰. Concerning this, it seems somehow useful to stress the presence of these abovementioned modern-like similarities in the structure of some of the most relevant codifications typically belonging to the as well mentioned historical modernity.

Especially two of these codifications, apart from being no doubt the result of very deep scientific elaborations and discussions, seem to materialize the unequalled faith in the possibilities of effective and enduring transformation that, as elsewhere, even in the area of judicial culture represent the core of historical modernity¹¹.

2. Two paradigmatic examples of civil procedural modernity in the twentieth century

Both these codifications have had a profound and large cultural impact over the societies in which they have operated, and in itself it is not coincidental their being still in use nowadays¹². Solving the mystery, it seems at this point inevitable to state that the codifications having these features are, at least in this extreme simplification, limited to two and quite predictably correspond to American *Federal Rules of Civil Procedure* of 1938 and to the Italian *Codice di procedura civile* of 1940.

Of course, the basic character of this reduction is clearly fictitious. As well, we ought to take for granted that such a reduction concerns two sets of rules in many ways utterly different. Yet here the main, and in a way sole, function of such a 'rapprochement' and comparison would be to outline some fundamental aspects of a definite historical period and culture.

Hence, the purpose would be to suggest – albeit the obvious differences coming from the belonging different legal and cultural systems – some, if ever interesting, mutual analogies inside this limited and combined cultural-historical perspective. This namely with regard to the influence and prominence of these provisions in terms of palingnetic aspirations typical of the historical modernity¹³.

The abovementioned *caveat* considered, what for both seems in fact worth pointing out is their clear intent to carry out thorough unparalleled transformations of the respective civil procedural laws. In this respect, we ought to add further that these two sets of rules seem to reflect the many events occurred in the two decades preceding their coming into force. Events of a different nature and having not just (which is all the way plainly common to both) a cultural value but also, and almost with the same impact, a socio-political one¹⁴.

In other words, the subject of these few lines are the somehow surprising similarities in the modes of interpreting the modernity expressed by the *Federal Rules of Civil Procedure* and by the *Codice di procedura civile*.

¹⁰ A. DONDI, *Aspetti*, etc., cit., 8-9.

¹¹ M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre y désordre*, Paris 1988, 102 ss.

¹² P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, spec. 217, 242 ss.

¹³ G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006, 26 ss., 30 ss.; P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari 2012, 5-10, 114 ss.

¹⁴ A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – I, Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*.

In this view, the almost complete contemporaneousness of the two provisions might to help, and even a lot, while on the other hand it might also raise some relevant problems. Consequently, in the context of their mutual belonging to the historical modernity, hereafter between the two dispositions will be emphasized the analogies as well as the many differences (differences averagely having a just seemingly technical character). So that it could be said that, while on the one hand both sets of rules share a sort of common philosophical approach, their similar objective being a whole reformulation of the existing respective civil procedures, on the other their internal structuring looks by no means similar¹⁵.

By the way, and just from a structural point of view, it is all the way clear that their character of federal provision represents a unique and fundamental feature of the 'Federal Rules'. Besides, in such an adoption of federal procedural rules for the federal courts we might also detect a typical modern inclination for an ideal of drastic normative simplifications. As well known, moreover a similar attitude towards drastic normative transformations spread out in the following years taking the form of diffused imitations of the federal model of civil procedure by many state jurisdictions¹⁶.

Apart from this, an aspect for sure deserving special attention are the debates contouring, that is preceding and following, the actual coming into force of the American and the Italian provisions. These debates in many ways represent cultural pedestals characterizing the two dispositions, albeit their belonging to the same historical period, as far apart. Suffice to consider some data: the – at the time – decidedly different political systems, the correlatively distant legal systems, and the mutually alien legal trainings (this concerning the structure of institutions as the law schools system compared with that of the European faculties of law), and the consequently unbalanced abilities of the American and Italian legal profession and judiciary.

Yet, and albeit these not negligible historical circumstances, quite oddly some basic similarities may be found. The first manifest and even more relevant of these similarities allegedly consists in the long and decidedly articulated preliminary works concerning both reforms.

Two aspects in particular seem to characterize such a mutually complex preparation. On the one hand, extended and scientifically very well-grounded debates, just concerning the very philosophies of transformations conceived as thorough and affecting in general terms the structure of both civil justice systems, precede both the Italian and the American reforms. On the second, a further and very meaningful similarity resides in the kind of subjects especially involved in this reforming task.

Concerning the first abovementioned feature of these reforms over here a deeper analysis seems actually impossible. At most one could underline further the acquisition of a widespread reforming attitude; an attitude besides in both cases based on the necessity to get to faster and rationally (*i.e.* modernly) structured procedures, and this even on the further basis of well-elaborated notions. Whether defined as *concetti* or as *issues*, and even if formally incomparable because of their mutual belonging to thoroughly separated legal

¹⁵ See, for a recent example, D. DAMLER, *Bauhaus Laws – The Modernist Revolution and Legal Thought*, Cambridge 2019, *passim*.

¹⁶ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano 2018, 27 ss.

cultures, these notions seem definitely affected by the aim to a pangenetic transformation of the reality conceived as undoubtedly commendable.

However, even more interesting in our perspective seems to be the second feature concerning the preparation of both the Italian and the American procedural reforms. This feature corresponds to the undoubtedly prevailing role of some paramount scholars in such an activity. An all the way leading role performed by these great law professors not just in terms, as actually it was, of specific normative choices but also as to the elaboration of a powerful scientific background for these choices.

Just concerning this, it is so well known to sound obvious the strong hand used by the dean of the Yale Law School (and from there the proximity with the liberal ideas of the American Legal Realism) Charles Clark over 'his' 'Advisory Committee on Rules of Civil Procedure'¹⁷. Correspondingly, it is now a common place to stress the stern and absorbing influence over the Italian reform of 1940 mainly due to the exceptional elaboration of new procedural conceptions by the Italian scholarship of the twenties and the thirties¹⁸. So that as to the *Codice di procedura civile* it seems totally justified the attribution of a definitely structuring function to some charismatic figures as that of Francesco Carnelutti and especially that of the much younger Piero Calamandrei¹⁹.

Besides, these basic analogies between the two procedural reforms rebound also in a common structural perspective. In fact, from a strictly structural point of view, it seems at least noteworthy the mutual presence of rigidly distinguished phases. Namely five phases for the Italian procedural model of 1940 and three for the America federal model of 1938 (in this latter case, the introductory dedicated to the pleadings, the preparatory corresponding to the pretrial phase and including the machinery of discovery, and the one concerning the trial and the decision of the case).

Somehow surprisingly, concerning these phases further technical analogies between the two procedural models seem to exist and this especially as to the construction of the very first activities of a lawsuit²⁰. In both provisions, these activities are for sure extremely simplified. This as shown by the adoption of the notion of 'notice pleading' in the 'Federal Rules'. A notion implying – according to the original version of F.R. 8 – the actual

¹⁷ R. MARCUS, *The Federal Rules of Civil Procedure and Legal Realism as a Jurisprudence of Law Reform*, in 44 *Ga. L. Rev.* 2010, 433 ss.; previously, S. SUBRIN, *How Equity Conquered the Common Law. The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, 961 ss.; A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.

¹⁸ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 253 ss.; for an enlightening insight on the influence of the German and Austrian procedural culture over the Italian legal thought, N. TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.* 2012, 31-78; in a more general scope, V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano: 1815-1942*, Torino 2017, 161 ss., 255 ss.; V. DENTI, *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1982, 100 ss.

¹⁹ C. CONSOLO, *Il codice Grandi e i grandi processualisti italiani formati nella stagione aurea della rinascita (insomma, prima di Sarajevo)*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 136 ss.

²⁰ A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 529 ss.; ID., *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 434 ss.

limitation of the initial acts to a mere informative function, and this also as similarly shown by the all in all very makeshift fact definition provided by the *articolo* 163 of the *Codice di procedura civile*²¹.

Giving way to infinite chances of shaping pleadings 'liberally' because of the lack of mandatory specification of factual allegations, it seems easy if not strictly speaking justified to catalogue such an intriguing simplifying approach as blatantly modern. Modern at least in the sense of providing to anyone procedural rules of the widest usability, and hence virtually making civil litigation more affordable²². Besides, it is clear the coherence of this approach with the contemporary New Deal political values, and this further seems to justify amply the democratic characterization given – just because of providing a much wider and easier access to justice – to the recently enacted Federal Rules²³.

What seems in any case noteworthy is the substantial permanence even nowadays, as a sort of remembrance of the 'past modern' philosophy characterizing the basic conceptions founding the federal provisions of 1938, of such a liberal non-factual approach. In fact, although with scant changes, the original version of the abovementioned *Rule* 8 remains in force. This albeit the many and unsuccessful attempts to get to a change in the pleading structure especially testified by the so-called 'war on pleading', that took place in about the last twenty years with harsh confrontations in the American case law and scholarship²⁴.

Concerning this, besides even in Italy around the end of the Thirties the modern approach seems to converge in a similar construction of the first introductory acts of a civil lawsuit. Consequently, this is what we actually find in the discipline of the *Codice di procedura civile* at the already mentioned *articolo* 163 (*comma* 3). Here the discipline seems to be absolutely lacking any sort of obligation to specify factually the requests. On the other hand, it does not seem in this context so surprising that just in 1990 was introduced a provision that in the subsequent *articolo* 164 (namely dedicated to the *Nullità degli atti introduttivi*) was provided with a sanction for the case of total absence of any sort of a description of facts (but not for their random description).

This given, we ought in any case to clarify that not just similarities seem to derive from such a modern characterization of both the Italian and the American provisions. In fact, one cannot help stressing a basic macroscopic diversification coinciding with the presence into the American Federal Rules of a mechanism as that of pre-trial, and especially of discovery (*Rules* 26-37), which instead does not exist in the Italian rules²⁵.

²¹ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *op. cit.*, 118 ss.

²² O.L. MCCASKILL, *Modern Philosophy of Pleading: A Dialogue Outside the Shades*, in 38 *A.B.A.J.* 1952, 123 ss. About the *Federal Rules*, their philosophy and the role of Charles E. Clark, M.E. SMITH, *Judge Charles E. Clark and The Federal Rules of Civil Procedure*, in 85 *Yale L. J.* 1976, 914 ss.; also, and of course *ex pluribus*, C. CLARK, *The Federal Rules of Civil Procedure 1938-1958. Two Decades of the Federal Rules*, in 58 *Colo. L. Rev.* 1958, 435 ss.; J. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Texas L. Rev.* 1998, 1665 ss.

²³ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *op. cit.*, 121.

²⁴ A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi*, as cit. at n. 20.

²⁵ A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim*; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa – Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*.

3. Permanencies and transformations inside the third millennium

It is precisely the presence in the 'Federal Rules' of a mechanism as that of discovery that has allowed a thorough transformation of the American model from the historical modernity to a more complex comprehension of civil procedure problems. Even more than the subjective extension of the proceeding and of the judgment provided by the *Federal Rule 23* class action, it seems in fact especially ascribable to the discovery mechanism, and to its continuous changes, the radical evolution that has taken place in the American procedural model in the second half of the twentieth century²⁶.

Unlike practically all other procedural models, this mechanism has allowed the American legal culture to anticipate and face seriously some of the basic cognitive problems involved in a lawsuit. The mutual interchange between the parties – occurring much ahead, in a definitely large percentage instead, of the trial – of virtually all the necessary knowledges is what actually civil discovery is about. A scene further marked by an increasingly stern supervision of the court over such an exchange, together with though sanctions in case of non-cooperation to the discovery process²⁷.

It is anyhow inside this cognitive context that comes to light a fundamental problem of the intrinsic functional quality of the knowledges gathered. Such a circumstance, the main evolutionary direction in the area of discovery, seems also crucial in turning its effective function from that of a mere fact gathering to that of a fact selective mechanism. Which implies also a further philosophical and at the same time structural evolution. Since such a selective function ultimately turns into a wide activity of distinguishing and getting rid of useless or in any case superfluous facts, actually the search for truth – yet bit by bit and namely starting from the seventies of the twentieth century – becomes the very aim of the US procedural model²⁸.

It is fundamentally thanks to the acquisition of such an approach that this procedural model has largely anticipated some issues of great topicality nowadays. This at least from the point of view of getting to link the selective process performed by the discovery mechanism to a necessarily previous definition of the specific character of the single lawsuit. Henceforth the widespread perception of a basic need either to reduce the number of facts gathered in favor of their intrinsic cognitive quality and to detect which cases are more – or less – complex. Today is in fact all the way undisputed that notions as 'complex cases' or 'procedural complexity' were originally conceived by the American legal culture²⁹.

Yet, one must admit that from such an American 'invention' and its thorough innovation of the global perspective, the procedural problems have not reached a plain solution. What has happened is that the stern simplification typical of the modern approach has

²⁶ In many ways very emblematic seem the changes concerning, starting from 1983, the *Federal Rule 11*, S.B. BURBANK, *The Transformation of American Civil Procedure: The Example of Rule 11*, in 137 *U. Pa. L. Rev.* 1989, 1925 ss.

²⁷ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, cit., 170 ss.

²⁸ *Ex pluribus*, M. FRANKEL, *Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, 1031 ss.; M. TARUFFO, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 1307 ss.

²⁹ A. DONDI, *Questioni*, cit., *passim*.

turned – just because of the recognition of the actual complexity of many lawsuits – into a widespread state of uncertainty, even as to the practically viable solutions.

Just concerning this, the example coming from the American experience is all the way iconic. Apart from an overwhelmingly prolific production of essays and books especially in the matter of procedural complexity actually creating a sort of literary genre, no general reforms directly influenced by such a huge scholarly debate have taken place³⁰. Besides, even reforms that would have been definitely much more limited might deserve a similar remark, as in the case of pleadings. About this, in spite of a recent and very troublesome debate not by chance addressed to as ‘war on pleadings’ and concerning the reshape of *Federal Rule* 8 in order to include factual allegations, no transformation has indeed occurred³¹.

One must anyhow, and eventually, admit that this sort of general uncertainty about the chances to get to effective procedural reforms is even more pervasive elsewhere. In fact, inside the other procedural models that received just subsequently the notion of procedural complexity such an attitude of inadequacy is definitely pervasive. This in the great majority with practically the only exception of the English model, and this of course due to the great reform corresponding to the 1999 *CPR* (and with the minor exception represented by some French sectoral reforms)³².

It is sad to admit that a very peculiar example of such an inadequacy is traceable in the Italian legal system. Here the sensation is actually that of an even further pervasive distrust for the chances of an indefinite future. This because of the absence of a true debate concerning the necessity of a general procedural reform, moreover concerning the necessity of facing this task provided by a new cultural approach including the thorough transformation of the same methodology of this general reform³³.

³⁰ See R. MARCUS, E. SHERMAN, H. ERICHSON, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul 2015, *passim*.

³¹ S. DODSON, *New Pleading in the Twenty-First Century: Slamming the Federal Courthouse Doors?*, New York 2013, 79 ss.

³² A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *op. cit.*, 180 ss., 188 ss.

³³ For a critical perspective on the Italian reforming methodology, see M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 63 ss., *Id.*, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 453 ss.; A. DONDI, *Menciones mínimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil*, in *Justicia* 2016, 33 ss.; B. SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1429 ss.; C. CONSOLO, *Il codice Grandi*, etc., as cit. at n. 19.

SEZIONE V
INSEGNAMENTO E RIFORME

49. ETICA SOCIALE E PROCESSO CIVILE*

SOMMARIO: 1. – Prospettiva dell'indagine. 2. – Ipotesi di raffronto fra differenti prospettive. – 3. Amoralità accettate. – 4. Etiche maggiormente condivise. – 5. Criticità.

1. Prospettiva dell'indagine

Tema delle considerazioni che seguiranno è la possibilità di realizzare un collegamento fra etica e processo civile. Prospettare come di per sé scontata l'esistenza di un collegamento fra nozioni come quelle di etica e di processo civile sembra agevole, e comunque per certo possibile. Ma ciò che qui ci si propone di fare è di non escludere l'ipotesi opposta, che appunto questo collegamento venga percepito come problematico, se non inesistente nella realtà.

Probabilmente il nucleo del problema può essere meglio chiarificato come segue. Si tratta in definitiva di capire se anche l'amministrazione della giustizia civile – comprendendo in questa nozione tutte le sue componenti, oggettive e soggettive – rientri o non nel contesto nel quale si ritengano operanti regole etiche. Per quanto forse ovvio, si precisa subito che il significato che si intende qui attribuire alla parola etica e all'espressione regole etiche può farsi corrispondere a quello di complesso dei principi che si ritiene debbano regolamentare i comportamenti socialmente contestualizzati¹.

È in questa prospettiva che sembra corretto parlare al riguardo di etica sociale, intendendo appunto sottolineare e prendere a parametro di riferimento la rilevanza sociale di un comportamento; o di un complesso di comportamenti, come appunto le molteplici attività inevitabilmente coinvolte in un processo civile.

Con ciò, pur non essendosi per così dire già 'preso partito' riguardo alla questione proposta all'inizio, si è quantomeno sottolineata la forte problematicità del rapporto fra etica sociale e amministrazione della giustizia. Non si esclude la possibilità che tale rapporto venga negato; che cioè si tenda a ritenere il processo civile un'entità alla quale non si applichino le regole generali di etica sociale. Tuttavia, sia che lo si ritenga possibile sia che lo si escluda, occorre tenere presente che il rapporto fra amministrazione della giustizia civile ed etica sociale non è privo di significato e di rilevanti conseguenze sotto vari profili.

Positivo o negativo, qualsiasi atteggiamento diffuso a questo riguardo fornisce indicazioni non trascurabili, in quanto riflette orientamenti e peculiarità culturali di fondo di una – invero, di qualsiasi – società. Orientamenti e peculiarità che, a loro volta, non possono che condizionare i comportamenti collegati dei soggetti che operano nel processo. In altri termini, le percezioni diffuse a livello sociale riguardo all'incidenza o non di valori

* Questo scritto è stato pubblicato in *Studi Urbinati* 2002, 3, 321-332, e riproduce la versione originaria della prolusione 2002 dell'Università degli Studi di Urbino. Si è ritenuto opportuno aggiungere un minimo supporto bibliografico per consentire eventuali approfondimenti qui non realizzabili, e per ragioni di genere letterario e per limiti dell'autore.

¹ Per indicazioni di carattere generale in ordine alla nozione di etica, si veda, ad esempio, A. HELLER, *General Ethics*, Oxford-New York 1988, 13 ss.

etici sul processo appaiono influenzare il 'farsi' della giustizia civile, il suo svolgimento e i suoi risultati.

2. Ipotesi di raffronto fra differenti prospettive

Costituisce un assunto basilare di quanto si dirà che un esempio molto significativo della tendenza a escludere l'applicazione di regole etico-sociali dall'area dell'amministrazione della giustizia sia rappresentato dall'Italia, dal suo ordinamento giuridico e in senso ampio dalla sua cultura. La verifica di questo assunto non sembra tuttavia possibile senza la cautela di fondo di evitare i luoghi comuni e le sterilità dei discorsi autoreferenziali, autarchicamente riferiti alla sola esperienza italiana, e alla sola Italia di oggi. Più adatta per un approfondimento critico, sembra invece essere la prospettiva di estendere per quanto possibile l'indagine; e ciò principalmente nella direzione dei richiami storici e del raffronto comparatistico².

In questa chiave, l'improponibilità di un rapporto fra etica e processo non sembra possa ritenersi 'spontanea', 'naturale' o assoluta. Sembra, piuttosto, che l'esclusione di un possibile rapporto fra etica e processo civile debba essere ricollegata essenzialmente al contesto delle nostre sedimentate percezioni di tali nozioni e delle loro reciproche interrelazioni in certi contesti, storici e culturali.

A chiarimento di queste considerazioni non appare utile il ricorso a distinzioni concettuali tradizionalmente ricorrenti e accolte nel mondo del diritto. Anche una delle più risalenti distinzioni, quella fra sistemi giuridici di *civil law* e di *common law*, attraverso la quale si continua – pur con sempre maggiore coscienza della sua progressiva inadeguatezza funzionale – a giustapporre un sistema di diritto europeo-continentale a un sistema in senso lato anglosassone³. Di questa contrapposizione in gran parte fittizia fra due blocchi o modelli virtualmente tanto uniformi al loro interno quanto privi all'esterno di reciproche analogie parziali, qui si dovrà tenere conto essenzialmente a conferma dell'esistenza di differenziazioni di fondo nella formazione e negli assetti delle diverse culture giuridiche; e quindi anche in certa misura nelle diverse percezioni diffuse dei valori morali o etici da connettere di tempo in tempo (e di luogo in luogo) a strutture e istituzioni del diritto.

I parametri di riferimento effettivamente utili a questo proposito sembrano invece essere altri, e appaiono concernere piuttosto aspetti antropologico-culturali che strettamente giuridici. Si può infatti affermare che la percezione concernente la tendenziale improponibilità di un rapporto di collegamento fra etica e processo civile, sembra trovare prevalente collocazione in area europeo-continentale. Più precisamente, tale collocazione sembra potersi circoscrivere alla porzione latina di tale area; e, con connotati tanto tipici quanto diffusamente radicati, segnatamente nel nostro paese, che a questo riguardo rappresenta anzi la più manifesta epitome del tipo di percezione indicata⁴.

² Sulla necessità di tale tipo di raffronti, cfr. V. DENTI, *La giustizia civile – Lezioni introduttive*, Bologna 1989, 49 ss.; ID., *Sistemi e riforme – Studi sulla giustizia civile*, Bologna 1999, 349 ss.

³ Per fondamentali considerazioni a questo riguardo, sulla linea suggerita nel testo di una necessaria scomposizione delle categorie tradizionali, v. recentemente M. TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, IV, 345 ss.

⁴ Per una recente analisi evidenziante alcune delle questioni qui suggerite, v. P. BURKE, *Cultura della politica e politica della cultura – Riflessioni sulla sfera pubblica nell'Europa dell'età moderna*, in

In Italia più che altrove, infatti, la percezione diffusa è di carenza di rapporto fra buon comportamento, bene agire sociale, etica in definitiva, e diritto. In grado anche maggiore si può affermare che tale carenza venga intesa come connotazione propria del processo, come 'farsi' concreto del diritto attraverso l'applicazione ai rapporti sociali in conflitto del procedimento giudiziale. Correlativamente, anche i soggetti che operano all'interno del contesto processuale tipico, ossia giudici e avvocati, tendono a subire tale ricorrente svalutazione in termini etico-sociali.

3. Amoralità accettate

Per quanto questa affermazione possa apparire al contempo e troppo drastica e pressoché apodittica, essa trova ampi riscontri nella realtà della vicenda storico-culturale italiana. Del resto, conferme della stratificazione ormai molto risalente di tale percezione sono rintracciabili a vario livello di elaborazione e di destinazione culturale.

Negli studi di due figure fondamentali nella storia della nostra cultura giuridica, come de Luca e Muratori, essa costituisce ad esempio un elemento sicuramente centrale, se non addirittura una sorta di 'occasione letteraria' essenziale. Si tratta, nei due casi, di un'attenzione prevalentemente riferita alle modalità di funzionamento della giustizia civile; nell'ottica soprattutto della sua utilizzazione ad opera degli avvocati, oltre che – ma in netto subordine – del contenuto delle decisioni giudiziali. Esistono profonde distanze fra questi due autori; oltre che cronologiche, di circa un secolo, anche stilistiche e di approccio complessivo (più drastiche essendo, ovviamente, le prese di posizione espresse nelle pagine de «Dei difetti della giurisprudenza» rispetto a quelle de «Il dottor volgare»)⁵. In entrambi i casi è tuttavia palese la denuncia di uno stato di permanente distacco fra il diritto, come complesso delle garanzie contenute nelle prescrizioni normative, e il processo, come modalità istituzionale di composizione dei conflitti e di tutela dei diritti.

Un riferimento del tutto letterario, dei più prevedibili del resto, rende evidente il livello di estrema sedimentazione di questa percezione riguardo a per così dire l'utenza abituale del processo, ossia la professione legale. È in Italia che la definizione manzoniana di 'azzeccagarbugli' viene accolta come sinonimo di avvocatura, in sostanziale assenza di quella articolazione definitoria ad esempio presente in altre culture (si pensi a quella statunitense, ove accanto a definizioni certo negative, come *seedy lawyer* o *ambulance chaser*,

Il Mulino 2001, 987 ss.

⁵ Si vedano: L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, a cura di A. SOLMI, Roma 1938, (ed. orig. Venezia 1742), 57, 88-94; su Muratori, ad esempio, si possono indicare B. DONATI, *Ludovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo*, Modena 1931, 70 ss.; M. SCHIPA, *Il Muratori e la cultura napoletana del suo tempo*, Napoli 1902, *passim* (specialmente riferita alla polemica con Rapolla e alla sua contemporanea 'Difesa della giurisprudenza', del 1744); C. PECORELLA, *L.A. Muratori e i difetti della giurisprudenza*, Milano 1964, *passim*. Riguardo alla elaborazione di De Luca, si veda G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge Civile, Canonica Feudale e Municipale, nelle cose più ricevute in pratica*, Roma 1673, spec. I Proemio, cap. VII, 46; su de Luca, cfr. A. LAURO, *Il cardinale Giovan Battista de Luca. Diritto e riforme nello Stato della Chiesa 1676-1683*, Napoli 1991, spec. 11, 20, 265 ss.

ve ne sono anche di significanti qualificazioni neutre o decisamente positive, come ad esempio *litigator* o *wall street lawyer*)⁶.

Per contro, e prescindendo da altri possibili esempi, sembra costituire un *proprium* della nostra cultura che il processo venga percepito come negativo dei diritti e della loro possibilità di essere fatti valere. Ed è in particolare il processo civile a risultare nel contesto italiano del tutto distinto da uno strumento di realizzazione di effettiva giustizia ai fini del ristabilimento della pace sociale fra i membri della comunità. Se anche l'etica sociale condivisa nel nostro paese tende a collegare delitto a punizione e, pertanto, ad attribuire questa funzione all'accertamento della verità da realizzarsi nel processo penale – come dunque virtuale strumento per la comminazione di sanzioni nei confronti del vero colpevole –, non si riscontra un'analoga condivisione di valori etico-sociali riguardo alla funzione del processo civile.

Un dato stabilmente e diffusamente accolto nella società italiana sembra, in realtà, essere costituito dalla separazione dei valori etici connessi ai due tipi di processo, civile e penale; e, anzi, dal tendenziale disconoscimento della presenza di valori etici – intesi come criteri di buon comportamento sociale diffusamente riconosciuti – alla risoluzione di controversie giudiziali fra privati.

È da ritenersi coerente con questa impostazione, e in questo quadro sostanzialmente scontato, che in una controversia civile: a) non si faccia questione di principi etici; b) il conflitto concerna sempre, o in larghissima prevalenza, questioni economiche e non principi *tout court*; c) il conflitto giunga a configurarsi come principalmente una 'vendetta' condotta in forma istituzionale (sicché la risoluzione di una controversia avrebbe un significato largamente secondario rispetto al suo vero obiettivo e le sue concrete modalità, consistenti in buona sostanza soprattutto nel fare male all'avversario); d) da questa impostazione risulta sostanzialmente esclusa, e comunque in buona sostanza percepita come un disvalore, la compromissione del conflitto e comunque il ricorso a metodi in senso lato definibili come conciliativi.

In effetti, e non del tutto casualmente come ora si dirà, su questo versante si sconta – nonostante il recente successo di forme di giustizia 'privata' come quella arbitrale anche nel nostro ordinamento – una delle più nette differenziazioni rispetto ad altri modelli di giustizia. Si pensi, per limitarsi a due esempi di ordinamenti reciprocamente molto distanti, all'incidenza della conciliazione in ambito statunitense (ove metodologie analoghe costituiscono gran parte di un movimento di risoluzione alternativa delle controversie, *ADR Movement*, oggi molto *à la page* anche presso la nostra cultura giuridica⁷) o negli ordinamenti asiatici e in quello Giapponese in particolare (ove lo scarsissimo ricorso alla

⁶ Per tali caratterizzazioni della figura dell'avvocato nel mondo statunitense, un primo rinvio può essere effettuato a AA.VV., in A. DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, 231 ss. Nella vastissima letteratura statunitense, ad esempio, v. M.E. FRANKEL, *Partisan justice*, New York 1980, 73 ss.; D. LUBAN, *Lawyers and Justice – An Ethical Study*, Princeton 1988, 82 ss.; W.H. SIMON, *Visions of Practice in Legal Thought*, in 36 *Stan. L. Rev.* 1984, 475 ss. Inoltre, si vedano di recente gli scritti raccolti in D.L. RHODE (ed.), *Ethics in Practice – Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation*, Oxford-New York 2000 (in particolare, ivi, G.C. HAZARD, *Law Practice and the Limits of Moral Philosophy*, 75 ss.; A.T. KRONMAN, *The Law as A Profession*, 29 ss.).

⁷ Per riflessi, anche critici, nella letteratura italiana, v. E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 321 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, ivi 2000, 1283 ss.

controversia giudiziale trova essenziale giustificazione nella netta preferenza per modelli di risoluzione che evitino l'accentuazione del dato conflittuale e tendano invece a composizioni per quanto possibile armoniche delle controversie).

4. Etiche maggiormente condivise

Si può aggiungere che proprio questi ultimi esempi segnalano il forte radicamento su base etico-religiosa – e per tramite filosofica – dei due ordinamenti indicati; fornendo significativi *background* a soluzioni compromissorie tanto l'empirismo di derivazione protestante, tuttora elemento portante anche della cultura giuridica statunitense, quanto le aspirazioni concrete all'armonica composizione della pace sociale presenti ad esempio nel buddismo e nello scintoismo. E ciò in netto scarto rispetto alla permanente separazione che ha invece segnato la vicenda della formazione delle culture, giuridiche e non solo, in area europeo-continentale latina, a prevalente incidenza della religione cattolica. Circostanza questa che appare inoltre particolarmente accentuata per il nostro paese dalla sua formazione come stato unitario secondo modalità e in un periodo storico ispirato piuttosto alla salvaguardia delle libertà individuali che all'affermazione di rigorose etiche pubbliche superindividuali⁸.

È pur vero che un aspetto fondamentale dell'evoluzione della cultura giuridica italiana del XX secolo è rappresentato dalla diffusione fra gli studiosi del processo civile di un'articolata concezione pubblicistica intesa a configurare come non esclusiva 'cosa delle parti' il complesso delle attività e dei risultati collegabili allo svolgimento di una controversia civile. Malgrado ciò, ritenere diffusamente acquisita una visione del processo civile necessariamente ispirato a un'etica pubblica in quanto manifestazione del potere statale sarebbe almeno improprio⁹. Occorre, per contro, rilevare come il secolo appena trascorso non abbia visto concretamente affermarsi questo tipo di concezione del processo civile, tanto sul piano delle riforme normative – come sembrano confermare recenti tendenze ispirate a parole d'ordine come 'privatizzazione del processo' – quanto su quello della percezione diffusa.

A livello di etica maggiormente condivisa – o di visione largamente diffusa al riguardo nella nostra società – si deve in effetti registrare il permanere in questo inizio di millennio di una concezione delle funzioni del processo civile risalente nella sostanza almeno alla metà del XIX secolo. Altro invero non è che una riproduzione sintetica dell'approccio ottocentesco – del resto codificato nella codificazione napoleonica del 1806 e in quella unitaria del 1865¹⁰ – la tendenza a vedere nel processo civile esclusivamente una controversia privata, eventualmente come si è detto anche una vera e propria vendetta condotta con strumenti istituzionali, avente come risultato una mera 'risoluzione di conflitti'. Tuttavia, se entro questi confini concettuali risulta sotto vari profili implicita la scissione fra etica e processo civile, il loro superamento sembrerebbe consentire l'apertura di prospettive diverse.

⁸ Si veda, riguardo a differenti «*types of individualism*», M. TARUFFO, *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, in 11 *Duke J. Comp. & International L.* 2001, 417 ss.

⁹ Cfr. V. DENTI, *Sistemi e riforme*, cit., 13 ss.

¹⁰ Si vedano al riguardo, ad esempio, V. DENTI, *La giustizia civile*, cit., 18 ss.; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 55 ss.

5. Criticità

Tali prospettive potrebbero concernere trasformazioni rilevanti riguardo sia alla funzione attribuita nella nostra società al processo civile sia ai ruoli dei principali 'soggetti istituzionali' al suo interno.

Quest'ultimo aspetto appare non trascurabile nella prospettiva di evoluzioni future, in particolare con riferimento al ruolo dell'avvocato. Un ripensamento in chiave etica della funzione della giustizia civile che prevedesse il passaggio dalla visione del processo come – per usare una nota definizione di Damaška – mero strumento di 'risoluzione dei conflitti' a strumento di effettiva 'attuazione dei diritti' non potrebbe prescindere da un profondo mutamento anche dell'immagine e del ruolo dell'avvocato, sul piano sociale e istituzionale¹¹.

Si pensi all'immagine tradizionale e del tutto individualistica dell'avvocato, come privo di altra legittimazione se non quella della difesa degli interessi del cliente, vera e propria arma da questi 'affittata' (*hired gun* secondo una definizione statunitense del ruolo del difensore) per tutelarsi nel processo¹². Il perseguimento di tale compito attraverso stili difensivi in ogni caso strenui sembrerebbe incontestabile; essenziale qualificazione del rapporto di fiducia e del legame incontrovertibilmente strettissimo, anzi indissolubile, fra gli interessi del cliente e quelli dell'avvocato. Si tenga tuttavia anche conto di quanto frequentemente ricorra nella percezione sociale diffusa la sensazione di una iperattività processuale oggettivamente immotivata da obiettivi strategici concreti da parte di numerosi avvocati, e di come – palesi o non – tali circostanze segnalino la presenza di conflitti di interesse fra avvocati e clienti proprio riguardo all'utilizzazione dello strumento processuale¹³. Su questa base, sembrerebbe almeno legittimo prospettare – comunque, non escludere – che l'assenza di vincoli di tipo etico o istituzionale in capo all'avvocato potrebbe in società come la nostra anche funzionare come alibi per svincolare l'avvocato dall'effettivo rispetto dei reali interessi del cliente nel corso di una controversia civile.

L'accentuazione dei doveri derivanti all'avvocato dalla sua duplice – e mai formalmente negata da parte della stessa avvocatura – funzione pubblica di coamministratore di giustizia ha fornito in altre società lo strumento per configurare secondo parametri ormai in parte diversi il ruolo dell'avvocato. È probabile che questa direzione potrebbe essere utilmente imboccata anche da noi. Ciò, ovviamente, posto che si tengano presenti alcune fondamentali circostanze.

Occorre infatti dire che, dove si è realizzata, come soprattutto nel mondo statunitense, la definizione di queste aree di responsabilità etico-sociali dell'avvocato e dei conseguenti

¹¹ Si riproducono qui espressioni-tipo, ricorrenti nella traduzione italiana di M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere – Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991, trad. it. di A. GIUSSANI, F. ROTA (titolo originale *The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven-London 1986).

¹² Per analisi ormai notoriamente classiche di questo approccio e dei problemi connessi, v., ad es., G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven-London 1978, *passim*; ID., *The Future of Legal Ethics*, in 100 *Yale L. J.* 1991, 1293 ss.; L. FREEDMAN, *Law, Lawyers, and Popular Culture*, 98, ivi, 1989, 1581 ss.; M.L. SWARTZ, *The Zeal of the Civil Advocate*, in *A. B. F. Res. J.* 1983, 546 ss.

¹³ Nella letteratura giuridica statunitense, una recente analisi della possibilità di un simile – e virtualmente costante – conflitto di interessi è, ad esempio, presente in R.A. KAGAN, *Adversarial Legalism – The American Way of Law*, Cambridge 2001, 25 ss., 101-108 ss.

doveri nei confronti dell'amministrazione della giustizia ha rappresentato una riforma radicale della giustizia civile, anche a livello normativo, giungendo a trasformare la disciplina di etica professionale nella regolamentazione probabilmente più incisiva in sede di amministrazione della giustizia civile.

Non avrebbe rilievo in proposito l'obiezione di chi rilevasse l'esistenza di normative di etica professionale dell'avvocatura anche in ordinamenti europeo-continentali, come il nostro. Allo stato, e purtroppo, il raffronto fra normative come ad esempio le *Model Rules of Professional Conduct* statunitensi e le equivalenti discipline europee ('Codice deontologico forense' italiano e disciplina etico-professionale dell'avvocatura europea compresi) appare in effetti sostanzialmente improponibile, sul piano della combinazione di raffinatezza tecnica come dell'articolazione dei presupposti di ordine etico¹⁴. Ne sono dimostrazione le norme statunitensi sanzionanti a livello deontologico la mancata fondatezza della pretesa, come pure il mancato rispetto di un ben specificato principio di *candor* nello scambio di reciproche informazioni riguardo a una controversia, fra avvocati e avvocati e fra avvocati e giudici (del resto, analoghe norme deontologiche concernono anche i comportamenti processuali di questi ultimi). Soprattutto, ne sono dimostrazione gli apparati sanzionatori che corredano tali prescrizioni, nonché gli *standard* di puntuale e frequente applicazione a livello federale di misure come l'espulsione dagli ordini e l'irrogazione di sanzioni pecuniarie di entità molto rilevante; e ciò nei confronti del singolo avvocato come anche di interi studi legali¹⁵.

Queste ultime considerazioni non intendono suggerire un approccio *tout court* imitativo delle soluzioni adottate nell'ordinamento statunitense in tema di *legal ethics*. È tuttavia mia convinzione che il percorso verso un obiettivo come quello di (per ricorrere alle parole impiegate da Taruffo e Varano per sintetizzare l'aspirazione di base di un grande maestro come Vittorio Denti riguardo ai traguardi delle riforme processuali) «rendere finalmente civile la giustizia civile», coordinandola con il rispetto di regole condivise di etica sociale, debba anche da noi passare attraverso l'elaborazione di più rigorosi valori etici da applicarsi al professionista legale¹⁶.

¹⁴ Si veda, anche per gli opportuni rinvii alla normativa europea in materia, R. DANOVÌ, *Commentario del Codice deontologico forense*, Milano 2001, *passim*.

¹⁵ Per un rinvio sostanzialmente d'obbligo al riguardo cfr. G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering*, 3ª ed., Gaithersburg 2001, *passim*; T. MORGAN, R. ROTUNDA, *Professional Responsibility*, Westbury 1994, *passim*; per un esempio di recente analisi di questi problemi in un dibattito coinvolgente le modalità di insegnamento del diritto, v. ad es., i saggi del 'symposium' *Law, Knowledge, and the Academy*, in 115 *Harv. L. Rev.* 2002, 1277 ss.

¹⁶ Così, con espresso riferimento alla prospettiva di fondo della lezione di Vittorio Denti, nella 'premessa' di Taruffo e Varano ad Aa. Vv., in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino 2002, VIII-IX.

Abstract

Il tema viene affrontato mettendo a confronto le diverse sensibilità culturali sviluppatesi riguardo ai problemi del funzionamento della giustizia civile, nonché dei ruoli rispettivi dei suoi soggetti-tipo, ossia i giudici e gli avvocati. In una prospettiva diacronico-comparatistica, questa verifica sottolinea le carenze presenti nel nostro ordinamento anche in ragione di percezioni tanto diffuse quanto ormai profondamente sedimentate nella nostra società.

50. IMPOSTAZIONE IDEOLOGICA E FUNZIONALITÀ NELLA RIFORMA ITALIANA RECENTE DEL PROCESSO CIVILE*

SOMMARIO: 1. Cultura e istanze della riforma. – 2. Raffronti con i criteri di fondo di alcune riforme straniere recenti del processo civile. – 3. Brevi richiami alle soluzioni tecniche adottate. – 4. Valutazioni critiche di carattere generale sul ‘nuovo modello’. – 5. Considerazioni sparse su probabili ulteriori conseguenze delle scelte contenute nella riforma italiana.

1. Cultura e istanze della riforma

L'attività di riforma attualmente in corso sembra volersi ispirare a un intento di fattivo, rapido e incisivo riassetto del processo civile ordinario (ma non solo) tuttora grossomodo corrispondente al modello del codice del '40. Si potrebbe dire che, anzi, questa sia la ‘cifra stilistica’ dell'intervento nell'intento dei riformatori; intento dichiarato nella *presentazione dei lavori* della commissione, infatti definito come «non solo non ideologico, ma antiideologico», essendo esclusivamente ispirato a «un atteggiamento pragmatico» e derivando principalmente «da un dibattito franco sullo stato della prassi giudiziaria»¹.

Questa scelta definitoria risulta in qualche misura sorprendente. Non si comprende, invero, il perché di tale esigenza di proporsi, ovvero di proporre il progetto di riforma, come privo di un elemento tanto formativo ed essenziale per ogni normativa come appunto la sua base culturale, la sua *philosophy*, in buona sostanza la sua impostazione... ideologica. Non sembra impropria o maliziosa, ma per certi versi anzi doverosa, l'ipotesi che ciò contribuisca a segnalare una preoccupazione di fondo, del resto agevolmente accettabile in un periodo di incertezze culturali come quello attuale, frettolosamente quanto diffusamente caratterizzato dal fenomeno della «morte delle ideologie». Si tratta, in breve, dell'ipotesi che in tal modo si intenda in realtà non esplicitare scelte ideologiche invece pesantemente – e peraltro del tutto legittimamente – presenti nella attività di riforme in corso².

Anche in ragione di ciò, uno sguardo all'impostazione ideologica della riforma attuale del processo civile appare particolarmente interessante, come strumento di valutazione sia dei suoi indirizzi di fondo sia dei suoi prevedibili risultati sul piano funzionale. A questo

* Questo scritto è stato pubblicato in *Pol. dir.* 2004, 251-262. Si ringrazia il dottor Paolo Comoglio per la preziosa attività di *editing* dell'apparato bibliografico.

¹ Tra i primi commenti sul predetto progetto di legge delega si segnalano, A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione di riforme nel processo civile?*, in *Foro it.* 2002, V, 191; G.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 221; C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistemati e penombre*, in *Corr. giur.* 2002, 1541; C.M. CEA, *La bozza Vaccarella tra dubbi e perplessità*, in *Foro it.* 2003, V, 151 ss.; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sui lavori della commissione Vaccarella per la riforma del processo civile*, in *Foro it.* 2002, V, 233, nonché G. TARZIA, *Il giudizio di cassazione nelle proposte di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 201.

² In questo senso si vedano, ad esempio, A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione di riforme nel processo civile?*, cit., 191; C.M. CEA, *op. cit.*, 154.

scopo, sembra anche opportuno proporre – in sintesi inevitabilmente estrema – qualche raffronto con le linee di evoluzione di riforme del processo civile realizzate in ordinamenti «altri» e circostanti il nostro. In effetti, appaiono numerose e rilevanti le sollecitazioni ricavabili su questo versante per un'analisi critica della riforma in corso.

Si tratterà essenzialmente di procedere a giustapposizioni per così dire mirate su pochi aspetti di più evidente emersione delle opzioni culturali di fondo in recenti riforme del processo europee – quella spagnola e quella inglese – oltre a richiami – in gran parte giustificati da un ricorrente *'talk of the town'* extravagante che ha preceduto e circondato la riforma – a soluzioni presenti nel modello di processo civile federale statunitense³. Su questa linea, ci si limiterà a prendere in considerazione aspetti di possibile 'macro raffronto', come l'impostazione della fase introduttiva e di trattazione, i ruoli rispettivi di avvocati e giudici, con l'aggiunta – eventuale – di qualche residuo richiamo a soluzioni singolarmente interessanti in ambito probatorio e di strutturazione del rapporto reciproco fra gradi diversi del processo.

2. Raffronti con i criteri di fondo di alcune riforme straniere recenti del processo civile

Proprio in riferimento alla questione del 'come' modulare le attività della fase iniziale del processo si registrano nella riforma italiana opzioni evidenti sul piano dell'impostazione generale e dei valori fondanti. Del resto inevitabilmente, si potrebbe dire, dal momento che opzioni di analoga natura – per quanto, come ora si accennerà, implicanti l'adozione di prospettive di riforma profondamente diverse – sono state realizzate dai riformatori di questa fase del processo tanto per la *Ley de Enjuiciamiento Civil* 2000 spagnola quanto, e soprattutto, per le *Civil Procedure Rules* inglesi del 1999⁴. L'evidenza di tali opzioni nella riforma italiana attuale non sembra tuttavia potersi far corrispondere, o *tout court* paragonare, né al forte livello di elaborazione dell'apparato ideologico realizzato in Spagna e in Inghilterra a supporto culturale delle due riforme ora citate né allo *standard* di strutturazione approntato a questo specifico riguardo sul piano tecnico-disciplinare. Del resto

³ Si fa ovviamente riferimento all'ordinamento spagnolo – e alla *Ley de Enjuiciamiento Civil* (legge n. 1 del 7 gennaio 2000 ed entrata in vigore il giorno 8 gennaio 2001) – e a quello inglese (e specificamente alla riforma della giustizia civile del 1999 che ha segnato un cambiamento di portata epocale per la cultura giuridica inglese, con l'introduzione di un vero e proprio Codice di procedura civile, le cosiddette *CPR – Civil Procedure Rule*).

⁴ Sull'origine e sui contenuti della riforma spagnola, volendo limitarsi ai contributi apparsi su riviste italiane, si segnalano, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici: J.L. VÁZQUEZ SOTELO, *L'Avanprogetto di una nuova legge del processo civile spagnolo*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 818 ss.; R. HINOJOSA SEGOVIA, *Il nuovo Codice di procedura civile spagnolo (legge 1/2000 del 7 gennaio)*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 373 ss.; J. PICÓ I JUNOY, *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 65 ss.; V. CARNEVALE, *La riforma del processo civile in Spagna: il nuovo «recurso extraordinario por infracción procesal»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 205 ss. Quanto alla riforma inglese, si vedano, sempre con esclusivo riferimento a quanto pubblicato in Italia, J.A. JOŁOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice del pretrial nel processo civile inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1263 ss.; L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1354 ss.; C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 510 ss.

– ma si rinvia al seguito questo tipo di raffronto –, considerazioni analoghe potrebbero essere svolte con riguardo all'ordinamento statunitense⁵.

In altre parole, sembra potersi affermare che l'attuale riforma italiana si stia realizzando per così dire *in absentia*, tanto dell'elaborazione di una proposta culturale ampiamente esplicitata e funzionante come base di discussione delle trasformazioni in atto quanto della effettiva previsione di 'percorsi processuali' idonei a gestire lo spettro sotto vari profili molto diversificato delle controversie civili⁶. Su questi due piani, la lontananza dalle scelte effettuate negli ordinamenti spagnolo e inglese appare notevole, e non si risolve in una mera questione di diversità in termini di stili di legiferazione.

Ciò che manca alla riforma italiana, rispetto a questi due ordinamenti, sono intanto adeguate 'premesse esplicative' delle scelte effettuate, simili a quelle che ad esempio in Inghilterra hanno trovato negli *Interim* e *Final Report* di lord Woolf un contesto di elaborazione molto ampio e articolato⁷. L'inefficienza del modello viene qui scandagliata pervenendo alla individuazione di direttive di riforma molto chiaramente esplicitate (e fatte circolare allo scopo di suscitare ampie discussioni) attraverso l'individuazione del nucleo centrale della riforma nell'attribuzione al giudice di un incisivo potere di *case management* (ossia, di un potere di gestione non genericamente riferibile al buon funzionamento dell'ufficio ma specificamente ed esclusivamente alle attività della controversia), da esercitarsi proprio nel *preliminary stage* della controversia, ossia nel corso della nostra fase introduttiva e di trattazione⁸. Il tutto in un'ottica di minor contrapposizione *adversarial*

⁵ Sull'evoluzione della disciplina del processo civile negli Stati Uniti si veda più ampiamente quanto rilevato al § 3 *infra*, nonché, per gli opportuni riferimenti bibliografici, la nota 29. Si rimanda, inoltre, a A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 162 ss.

⁶ Sul punto si leggano, ad esempio, C.M. CEA, *op. cit.*, 151, il quale, con riferimento allo schema di legge delega, parla appunto di «autarchia culturale» proprio per segnalare la totale mancanza di riferimenti alle esperienze di altri ordinamenti; con valutazioni critiche di analogo indirizzo cfr. anche C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.*, cit., 1542. Sull'inadeguatezza del modello processuale delineato nella legge delega a fronteggiare le diversità e le peculiarità delle controversie civili, si veda, con riferimento al nuovo rito societario (già basato su tale nuovo modello), A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparatistico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137 ss.

⁷ Sulle origini e sui lavori preparatori della riforma del processo civile inglese si vedano, ad esempio – nella letteratura italiana al riguardo – L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese*, cit., 1355; C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, cit., 510 ss.; F. CORSINI, *Le proposte di «privatizzazione» dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della «discovery» anglosassone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1282; per un'analisi di particolare chiarezza da parte di uno dei massimi autori inglesi, v. ancora J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice*, cit., 1263; infine, per richiami al dibattito inglese, v. anche A. DONDI, *Questioni*, cit., 163, n. 9; per un richiamo doveroso alla più recente manualistica, v. N. ANDREWS, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford 2003, *passim*.

⁸ A questo riguardo, con riferimento alle analisi pubblicate in Italia, si rimanda specificamente ancora a L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese*, cit., 1363; C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, cit., 517; nonché, e soprattutto, a J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice*, cit., 1272 (il quale opportunamente rileva che, con le nuove CPR, «il controllo della fase pre-trial del procedimento è stato trasferito dalle parti al giudice»); al riguardo, specificamente, cfr. D. GREEN, *The New Civil Procedure Rules*, London 1999, 287 ss.

fra le parti e in favore della promozione da parte del giudice – anche attraverso l'imposizione di adeguate sanzioni – di un'intensa cooperazione in sede processuale⁹.

Il rinvio, nelle poche parole della «presentazione dei lavori» della «Commissione di Studio per la Riforma del Processo civile», a un *cabier de doléances*, di notorietà tanto 'trascedente' da non dover ulteriormente essere sondata, delle ragioni della riforma e delle relative scelte simbolizza questo tipo di carenze e di conseguente impossibilità di raffronto. Si tratta di carenze che non impediscono, tuttavia, di cogliere la natura e la direzione di tali scelte, che si potrebbero sintetizzare nell'adozione di un'impostazione già da altri catalogata come «liberistica», sul piano dell'ideologia processuale, sulla quale innestare una radicale destrutturazione dell'assetto della fase di preparazione della controversia¹⁰. Manca, infatti, un'articolazione di questa fase sul piano disciplinare nella riforma italiana, in coerenza – direi, davvero estrema – con l'idea di porre fine all'«eccessiva utilizzazione (un vero e proprio spreco) del giudice»; e ciò al punto di non prevedere – come ormai noto – la scansione delle relative attività in apposite udienze, e di «far sì che la determinazione della materia del contendere avvenga fuori dal meccanismo delle udienze attraverso la fissazione di un termine al convenuto per difendersi... con successive (ed eventuali) repliche dell'attore e successive (ed eventuali) controrepliche del convenuto»¹¹.

3. Brevi richiami alle soluzioni tecniche adottate

La penetrazione fra un simile impianto ideologico – per nulla 'occulto' o 'coperto' nonostante la sua esposizione quantomeno sintetica – e l'articolato dei «principi di delega» (art. 16, punti III, IV, V, VI, nei quali le modalità di questa «trattazione scritta fra le parti» vengono per così dire delineate) appare dunque indiscutibile¹². Rimane, in ogni caso, lo spazio del raffronto e – anche per tramite di quest'ultima constatazione – della valutazione circa la validità delle scelte effettuate in sede dell'attuale riforma.

Si tratta di scelte che vedono l'abbandono di una visione attiva e quantomeno di controllo del giudice sulla preparazione della controversia per la decisione, dalla Relazione Grandi al c.p.c. del '40 fino a oggi caratteristica dell'approccio italiano a questo genere di problemi. La forte anomalia che ciò rappresenterebbe, oltre alla rottura che in tal modo si realizzerebbe rispetto a una tradizione ormai radicata, impongono di chiedersi se analoghi indirizzi di riforma siano stati adottati altrove, come pure quali concreti vantaggi e in quali termini da ciò potrebbero derivare.

⁹ Sul punto, cfr. J.A. JOLOWICZ, *op. loc. cit.*

¹⁰ Non a caso i primi commentatori hanno evidenziato l'impostazione marcatamente liberistica della legge delega. Così, ad esempio, cfr. A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 191; C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.*, cit., 1542; C.M. CEA, *op. cit.*, 154.

¹¹ Così la relazione illustrativa dei lavori della «Commissione Vaccarella»; in proposito, cfr. specificamente A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 190; C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.*, cit., *loc. cit.*, il quale rileva come il disegno di legge delega elaborato dalla commissione Vaccarella tenda appunto ad «esorcizzare il dogma della costante presenza fisica del giudice e la trafila abitudinaria delle udienze».

¹² Sulle caratteristiche salienti della fase introduttiva configurata dal disegno di legge delega, cfr. G.F. RICCI, *Verso un nuovo processo*, cit., 218; A. PROTO PISANI, *op. loc. cit.*; C. CONSOLO, *op. loc. cit.*; C.M. CEA, *op. cit.*, 151.

Occorre subito dire che, sul piano delle analogie, il riscontro risulta tanto agevole quanto nettamente negativo. Ciò anche rispetto a riforme che non si sono *ex professo* imposte prospettive per così dire rivoluzionarie sul piano del riassetto (e al riguardo così potrebbe, in effetti, apparire la scelta di configurare come incisivamente *managerial* il nuovo ruolo del giudiziario civile inglese) nel contesto delle sue attività di preparazione, come è appunto il caso della riforma realizzata in Spagna con la LEC 2000.

Un riscontro immediato di questa 'distanza' è fornito – oltre che da una «*exposición de motivos*» quasi altrettanto ampia di quella dei due *Report* inglesi – dalla stessa struttura della nuova disciplina della fase preparatoria, o di trattazione, spagnola; che in effetti risulta fortemente articolata al suo interno, con riferimento cioè alle attività della cosiddetta *audiencia previa*. Funzionalmente grossomodo analogo alla disciplina delle attività coperte dai nostri artt. 180 e 183 c.p.c., a questo momento processuale è riservato nella nuova LEC un articolato molto specifico delle attività preparatorie (artt. 414 ss. ma in particolare 426 ss.)¹³. A questa circostanza, in sé indicativa della distanza rispetto all'impostazione della riforma italiana, occorre aggiungere qualche minimo rilievo riguardo all'altra fondamentale circostanza che l'impianto culturale della riforma spagnola risulta fondato sull'attribuzione di un ruolo certamente centrale all'avvocato rispetto allo svolgimento del processo, in una prospettiva però di intensa *colaboración* con il giudice, che mantiene e anzi incrementa il suo potere direttivo su questa fase.

In effetti, l'ideologia della LEC 2000, ispirata dunque alla realizzazione di un processo rapido e collaborativo fra i suoi 'soggetti tipici' (avvocati e giudice), risulta pienamente trasfusa in linee di intervento intese a impedire drasticamente la duplicazione delle attività processuali, attraverso la previsione sia di una *demanda* concentrata – ossia, da subito virtualmente ben strutturata – sia di sanzioni (art. 401) per la *acumulación de acciones*¹⁴. L'attribuzione di un valore prevalente alla finalità di una effettiva e rapida *aclaración del objeto* in sede di *audiencia previa* risulta del resto strettamente collegato all'attribuzione di poteri non marginali al giudice, tanto di richiedere *aclaraciones* e di acquisire (art. 426, 6) «...por conformes con la relación de los hechos argumentos de contrario» le circostanze che gli avvocati non abbiano specificato quanto di far luogo (art. 429, 1, comma 2) a «*iniciativa*

¹³ Sulle caratteristiche e sulla funzione dell'*audiencia previa* si veda specificamente, con riguardo alla letteratura pubblicata in materia in lingua italiana, J. PICÓ I JUNOY, *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, cit., spec. 76; in generale, e con riguardo alla disciplina indicata nel testo, cfr. ad es. A.M. LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Valladolid 2000, 2110 ss.; J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, S. BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil – Ley 1/2000*, 2ª ed., Valencia 2001, 445 ss.; per un ulteriore, fra i molti possibili, richiamo al testo della LEC 2000 e per il testo della indicata «*exposición de motivos*», v. inoltre J. GARBERI LLOBREGAT, *Ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona 2000, 27 ss., 161 ss.

¹⁴ Sulla decisa rivalutazione del ruolo del giudice nel nuovo processo civile spagnolo, si rinvia ancora a quanto in J. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, spec. 68 ss.; come pure – anche con riguardo alla marcata tendenza semplificatrice del nuovo rito spagnolo – a R. HINOJOSA SEGOVIA, *op. cit.*, spec. 378; al riguardo, anche per accenti critici e per una valutazione comunque molto articolata del complesso della riforma, cfr. F. RAMOS MENDEZ, *Guía para una transición ordenada a la Ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona 2000, 81 ss., 327 ss., 339 ss.; ID., *El sistema procesal español*, Barcelona 2000, *passim* (al riguardo si vedano anche la considerazioni di Dondi nella relativa recensione in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 1193, anche per ulteriori richiami bibliografici).

probatoria del tribunal» in caso di *insuficiencia* rilevata – sul versante probatorio appunto – in capo a una o a entrambe le parti¹⁵.

4. Valutazioni critiche di carattere generale sul ‘nuovo modello’

Non sembra davvero trascurabile lo scarto che anche uno sguardo di raffronto tanto sintetico consente di percepire nel raffronto fra la riforma italiana e le recenti trasformazioni di alcuni ordinamenti stranieri. È, infatti, anche tenendo conto di esso che può essere azzardata qualche considerazione in ordine agli aspetti funzionali della riforma. In altri termini, se questo assetto normativo del tutto privo di riscontri nelle riforme straniere recenti del processo civile – ed essenzialmente fondato su di un intento di ‘esaltazione del ruolo degli avvocati’, con la correlativa marginalizzazione del ruolo del giudice per tramite della drastica posticipazione del suo intervento nel processo – configuri un meccanismo adeguato alla risoluzione delle attuali controversie civili, molto variamente diversificate anche in termini di complessità. Il tutto tenendo conto che l’ideologia del progetto sembra risolversi in un’opzione fondamentalmente deregolamentatrice, operante per così dire «per sottrazione» e nel rispetto di logiche molto semplificate, per le quali non apparirebbero abusate espressioni sloganistiche del tipo «meno giudice, più avvocato» (di evidente assonanza con l’espressione «meno stato più mercato», sintesi estrema di ricette di carattere socioeconomico molto ricorrenti nell’ultimo ventennio)¹⁶.

Anche al raffronto con altre impostazioni di riforma, non è facile superare l’impressione di una sorta di *vacuum* normativo, specie con riguardo a disposizioni come quella dell’art. 16 del Disegno, in tema di «trattazione scritta fra le parti»¹⁷. Nel progetto, la disciplina della gestione fra di esse e in totale autonomia di tale attività è invero priva di riferimenti di rilievo probabilmente non infimo, come sarebbero stati sia la predeterminazione dei tempi della trattazione sia il controllo circa la messa in atto – nella sequela delle repliche e delle controrepliche – di attività abusive, di spiazzamento dell’avversario ad opera del difensore della parte ‘che ha torto’.

Dubbi suscita anche la prospettazione dell’istanza di fissazione dell’udienza come una sorta di panacea ai problemi di probabile estrema estensione dei tempi del processo e di abuso delle attività difensive. L’evoluzione di prassi di tendenziali e diffusi accordi sui tempi e sui modi dell’istanza di fissazione dell’udienza, con effetti praticamente disappli-

¹⁵ In proposito, v., ad es., ancora F. RAMOS MENDEZ, *Guia, op. cit.*, 305-306, 340-354; F.J. BARBANCHO TOVILLAS, *Estudio del proyecto de Ley de enjuiciamiento civil*, in *Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid 2000, 461 ss.

¹⁶ Sul punto si rimanda a A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 191; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sui lavori della commissione Vaccarella*, cit., 238; C.M. CEA, *op. cit.*, 152; inoltre, con particolare riferimento al nuovo rito societario, A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparatistico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137 ss.

¹⁷ Al riguardo, anche per i gravi problemi tecnici sollevati (soprattutto con riferimento ad alcune questioni preliminari quali l’integrità del contraddittorio o la regolarità della costituzione delle parti) si vedano specificamente A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 190; G.F. RICCI, *Verso un nuovo processo*, cit., 218; C.M. CEA, *op. cit.*, 151.

cativi del meccanismo previsto nell'art. 17 del Disegno, appare estremamente probabile in un futuro funzionamento 'a regime' del processo riformato¹⁸.

Fra le domande possibili sul piano della funzionalità di tale modello di processo, si pone poi quella dei suoi effetti sulla cultura della nostra professione legale, e dei riflessi sul piano delle modalità di utilizzazione di questo nuovo modello di processo da parte appunto dell'avvocatura italiana.

A questo riguardo, appare centrale la questione se possa considerarsi un 'valore in sé' – e quindi una prospettiva in assoluto auspicabile per la stessa professione – il netto incremento delle potenzialità difensive che la riforma intende realizzare nella fase preparatoria del processo, liberando l'attività dell'avvocato da ogni forma di controllo da parte del giudice e ottenendo quell'effetto di 'privatizzazione' che è stato assunto a lungo come una sorta di vessillo/*slogan* della riforma¹⁹. In altri termini, non sembra che l'immagine esterna della professione – intesa come istituzione a garanzia del funzionamento della giustizia civile in collaborazione con il giudiziario e nel rispetto di criteri di effettività del processo protetti da sanzione costituzionale – risulti realmente rafforzata da questa filosofia di riforma. Si possono, per contro, ipotizzare conseguenze negative di varia natura, come la diffusione di pratiche di difesa drasticamente partigiane o l'emersione di evidenti sperequazioni fra avvocati sul piano delle abilità tattico-strategiche, oltre – e in ulteriore conseguenza – a un forte incremento della conflittualità interna alla stessa avvocatura.

Sotto questo profilo in particolare, non sembra superfluo ribadire quanto si è già accennato altrove circa un'ulteriore implicazione di questa circostanza; e cioè che tale sperequazione rischierebbe di riprodurre, in pratica senza alcuna possibilità di bilanciamento, una correlativa sperequazione fra le parti nel processo, essendo agevole ipotizzare che sia – e sarà – la fascia meno abbiente della popolazione a utilizzare l'assistenza di avvocati meno esperti e comunque meno organizzati sul piano professionale, anche in quanto di più recente accesso all'avvocatura²⁰.

5. Considerazioni sparse su probabili ulteriori conseguenze delle scelte contenute nella riforma italiana

Poche e sparse considerazioni conclusive per una del resto molto sintetica segnalazione di altre caratteristiche della riforma manifestamente segnate dalla sua impostazione ideologica.

In via pressoché tassonomica, mette conto rilevare anzitutto come anche i ridottissimi interventi sul regime probatorio risultino caratterizzati da una stretta coerenza interna con l'idea guida di un giudice lontano dalla preparazione della causa. Costituisce, come noto,

¹⁸ Sul punto si rimanda, anche per i riferimenti al nuovo rito societario, a A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparatistico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004; sull'istanza e sul conseguente decreto di fissazione di udienza, si vedano specificamente A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 191; G.F. RICCI, *Verso un nuovo processo*, cit., 219.

¹⁹ Sul punto si vedano C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1542; C.M. CEA, *op. cit.*, 152; F. CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 462 ss.; ID., pur se precedente alla chiusura dei lavori della «commissione Vaccarella», *Per un nuovo processo civile*, in *Foro it.* 2001, 321.

²⁰ Sul punto si rinvia ancora a A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., *loc. cit.*; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sui lavori della commissione Vaccarella*, cit., 238; A. DONDI, *Questioni*, cit., 173.

un'epitome di ciò la configurazione (art. 20) di un'anomala forma di testimonianza scritta, alla cui assunzione i difensori potrebbero provvedere «anche prima dell'inizio del giudizio»²¹. Di anomalia risulta senz'altro possibile parlare, rispetto tanto all'esperienza italiana quanto a quelle straniere. Invero, non sembrano esistere effettive analogie né con la testimonianza di cui all'art. 819-ter c.p.c., né con l'istituto delle *attestations* di cui agli artt. 200-203 del *Nouveau code de procédure civile* francese²², né tanto meno con le *Depositions upon written questions* previste nelle Rules 31 e 32 delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi²³; tutte queste 'testimonianze' essendo disciplinate con un'articolazione dei ruoli rispettivi di avvocati e giudice (oltre che degli stessi soggetti chiamati a fornire le informazioni richieste) del tutto assente nella previsione di attività istruttorie «di parte» finalizzate all'assunzione di «testimonianze scritte» e di «attestazioni di fatti e situazioni» nel progetto che si considera²⁴.

In maniera nella sostanza non diversa si potrebbe anche valutare l'indirizzo della riforma rispetto alla disciplina dell'appello, davvero in netta controtendenza rispetto a qualsiasi recente riassetto della materia. Con la riforma in esame sembra inverosimile intrapreso un pericoloso abbandono della cultura dell'appello limitato; a differenza di quanto ad esempio nella *LEC* spagnola, ma ancora più marcatamente nell'ultima riforma tedesca del settore, che in effetti segnala un ulteriore avvicinamento di quel diritto processuale a parametri statunitensi di utilizzazione cauta, se non scoraggiata e del tutto eventuale, della seconda istanza²⁵. I riflessi di ciò proprio sul piano della cultura del processo diffusa – presso professione, giudiziario e pubblico degli utenti virtuali della giustizia civile – non sono al momento configurabili compiutamente. Fin d'ora, non appare tuttavia augurabile il diffondersi di percezioni sostanzialmente svalutative della funzionalità della prima istanza come *best judgement* (momento virtualmente unico nel contesto di uno svolgimento non dispersivo delle attività processuali), anche per le pesanti ricadute ipotizzabili sul versante

²¹ Sul punto, ad esempio, cfr. A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 193; per un primo inquadramento delle innovazioni in tema di istruzione probatoria contenute nella bozza di legge delega elaborata dalla «Commissione Vaccarella», G.F. RICCI, *Verso un nuovo processo*, cit., 221 ss.; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sui lavori della commissione Vaccarella*, cit., 235.

²² Sul punto, per un rinvio al testo delle norme indicate, con relativo commento, cfr. S. GUINCHARD (dir.), *Nouveau Code de Procédure Civile*, Paris 1999, 281 ss.; Y. ALHAËL-ESNAULT, *Les attestations dans le procès civil*, in *Rév. jud. ouest* 1977, 21; fra gli altri, nella manualistica, L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris 2000, 529 ss.

²³ Per analisi e commenti sulle norme citate, nella manualistica statunitense, cfr., ad es, F. JAMES, G.C. HAZARD, J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, 4^a ed., New York 2001, 294 ss.; J. FRIEDENTHAL, M. KANE, A. MILLER, *Civil Procedure*, 3^a ed., St. Paul 1999, 410 ss.; nella letteratura italiana, v., di recente, A. DONDI, *Questioni*, cit., loc. cit.

²⁴ Per un parere contrario all'introduzione di tali testimonianze scritte cfr., ad esempio, A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 193; in analogia v. anche G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni*, cit., 235.

²⁵ Sul punto si veda, con specifico riferimento alla recente riforma spagnola in materia di appello, M.R. GONZALES, *La segunda instancia en el proceso civil*, Barcelona 1998, spec. 189 ss.; E. LUCERTINI, *Aspetti della riforma dell'appello nel nuovo processo civile spagnolo*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 775 ss.; sulla *Gesetz zur Reform der Zivilprozesse*, entrata in vigore il primo gennaio 2002 (27-7-2001, IBGBL, IS 1887), cfr., in generale, H.J. MUSIELAK, W. BALL, *ZPO*, 3^a ed., München 2002, 1097 ss.

della 'cultura della difesa' diffusa presso la professione legale, quantomeno in termini di mancata concentrazione possibile di tutte le capacità difensive nella prima istanza²⁶.

Per concludere, si ritiene di dover ribadire l'impressione già espressa altrove circa un altro aspetto della riforma; quello cioè concernente una supposta analogia fra la sua impostazione della fase preparatoria o di trattazione e l'assetto da tempo caratteristico di questo momento del processo in modelli processuali di *common law*, come in particolare quello statunitense²⁷. Ciò per ribadire appunto l'inesistenza di tale analogia, oltre che sotto un profilo 'tecnico' anche sul piano dell'impostazione generale o ideologica di tale modello processuale civile (ma ormai anche, e nettamente come anche qui si è accennato, dell'altro modello-guida in quest'area della cultura giuridica, rappresentato dall'ordinamento inglese riformato dalle *CPR* del 1999)²⁸.

In particolare per la fase più propriamente trattatoria del *pre trial* – ossia, notoriamente del resto, il *discovery* – sembra, anzi, doveroso segnalare distanze estreme rispetto alle scelte del riformatore italiano attuale. L'impostazione delle *Federal Rules of Civil Procedure* – già nella versione originale, ma certamente in maniera inequivocabile dalle riforme dei primi anni '80 in poi – appare infatti segnata a questo riguardo da una visione di giudice interventore, controllore, insomma *managerial* secondo una diffusa definizione, che si contrappone nettamente alla ridefinizione-restringimento drastico dei suoi poteri realizzato con la riforma italiana. A dimostrarlo, oltre all'assetto di norme come la *Federal Rule* 26 e seguenti, sono soprattutto le opinioni diffusamente concordanti della dottrina statunitense e la direzione complessiva di un'evoluzione iniziata in pratica con l'entrata in vigore della normativa federale all'inizio degli anni '40 del secolo scorso, il tutto nel contesto di un dibattito effettivamente centrato sui problemi dell'efficace (rapido e giusto) funzionamento del processo civile²⁹.

²⁶ In tal senso cfr. ancora, ad esempio, A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 191, G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni*, cit., 237; C.M. CEA, *op. cit.*, 153.

²⁷ Sulla sostanziale incommensurabilità fra il sistema statunitense ed i principi ispiratori dello schema di legge delega di riforma del processo civile italiano si vedano C. CONSOLO, *Esercizi imminenti*, cit., 1542, C.M. CEA, *op. cit.*, 151; con riferimento alla riforma del rito societario, G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 395 ss.; al riguardo, si rinvia altresì a A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparatistico*, cit., *loc. cit.*

²⁸ Sulla nuova fase introduttiva del processo civile inglese si rimanda ai già menzionati contributi di L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese*, cit., 1363; C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, cit., 516; inoltre, soprattutto, J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice del pretrial nel processo civile inglese*, cit., 1272 ss.

²⁹ Sulle aspirazioni alla base del movimento che condusse nella prima parte del XX secolo alle riforme della disciplina del processo civile federale statunitense, si veda, ad es., R. POUND, *The Canons of Procedural Reform*, in 12 *A.B.A.J.* 1926, 541 ss.; per la *philosophy* della riforma si veda, invece, fra i molti, E.B. TOLMAN, *Historical Beginnings of Procedural Reform*, in 22 *A.B.A.J.* 1936, 783 ss.; per una ricostruzione degli eventi relativi da parte ispiratore e, per gran parte, realizzatore della riforma, si veda C.E. CLARK, *The Federal Rules of Civil Procedure 1938-1958, Two Decades of the Federal Civil Rules*, in 58 *Colum. L. Rev.* 1958, 435 ss.; per le successive evoluzioni si veda ancora C.E. CLARK, *Simplified Pleadings*, in 22 *Iowa L. Rev.* 1942, 272 ss.; J.B. WEINSTEIN, D.H. DISTLER, *Drafting Pleading Rules*, in 57 *Colum. L. Rev.* 1957, 521 ss.; J.J. FLEMING, *The Revival of Bills of Particulars Under the Federal Rules*, in 71 *Harv. L. Rev.* 1958, 1473 ss. Sul tema si rinvia anche a A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, cit., 161, 169; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa – I. Il modello statunitense*, Padova 1991, *passim*.

51. GIUSTIZIA CIVILE E PROBLEMI DEL GIUSTO PROCESSO*

Angelo Dondi e Vincenzo Ansanelli

SOMMARIO: 1. Processo civile e giusto processo. – 2. Modelli italiani di legiferazione e possibili abusi. – 3. Carenze sul piano delle prospettive di riforma del processo. – 4. Carenze nella struttura del procedimento e nel diritto delle prove.

1. Processo civile e giusto processo

Può sembrare quasi eccessiva una rivendicazione di autonomia del problema del giusto processo civile nel contesto di una indagine complessiva in materia di 'processo giusto'. Questa rivendicazione, tuttavia, non vuole significare affatto una separazione/distinzione presupposta rispetto al problema generale e con riguardo al processo civile, ma piuttosto il tentativo di fornire al tema una caratterizzazione più aderente allo specifico dei problemi concernenti appunto il processo civile. Appare pertanto necessario effettuare *in limine* una ricognizione di tali problemi che consenta una linea di indagine finalizzata a fornire possibili soluzioni per l'effettiva realizzazione di un modello processuale giusto 'anche' per la giustizia civile.

Sembra da subito il caso di ricordare che la vicenda della configurazione di una nozione di giusto processo ha avuto, in particolare per il processo civile, una evoluzione fortemente condizionata dal riferimento all'art. 24 della Costituzione, nel senso di una utilizzazione ampia, articolata e 'progressiva' del dettato di tale norma e delle garanzie da essa configurate¹. La notevole elaborazione culturale realizzata a questo proposito, mentre risulta in gran parte prodromica e già risolutiva di alcuni dei problemi poi affrontati con la riforma costituzionale dell'art. 111, non sembra tuttavia tenere ancora conto dell'incidenza in materia del problema oggi diffusamente corrispondente alla nozione di 'abuso del processo' e della connessione – possibile o doverosa – fra processo giusto e processo non abusabile².

* Questo scritto è stato pubblicato in *Pol. dir.* 2007, 111-121. Il presente lavoro, come risulta anche dall'*incipit*, costituisce una virtuale parte di un volume collettaneo intitolato E. SOMMA (ed.), *Dal giusto processo ai giusti processi*, di prossima pubblicazione.

¹ Sul punto si rinvia, per un esempio risalente, a quanto diffusamente in L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova 1970, 156 ss.; di recente, ID., *Valori etici e ideologie del «giusto processo» (modelli a confronto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 892 ss.; I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1997, 3, 230, 275 ss.; V. DENTI, *La dottrina italiana del processo civile tra Costituzione e riforma*, in *Foro it.* 1998, 169 ss.

² Con riferimento alla nozione di 'abuso del processo' si rinvia a A. DONDI, *Abuse of Procedural Rights: Regional Report from Italy and France*, in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague 1999, 109 ss.; ID., *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Diritto privato, III – L'abuso del diritto*, Padova 1998, 460 ss.;

Prescindendo, dunque, da qualsiasi sciovinismo processualciviltistico, sembra – in questa prospettiva appunto – essenziale dare conto della presenza di un fenomeno recente e di grande rilievo nel panorama del nostro ordinamento, quello delle riforme che, specie nell'ultimo quinquennio, hanno interessato l'ordinamento del processo civile. Questo fenomeno incrocia gli aspetti di 'giustizia' del processo sotto vari profili e, per altro verso, consente anche di individuare alcuni momenti nei quali l'obiettivo del giusto processo può essere messo a repentaglio o stornato da una sua adeguata soluzione.

È proprio in un contesto di stretto riferimento alla nozione di abusabilità del processo nella nozione di giusto processo civile che le riforme realizzate o proposte in Italia negli ultimi anni, appaiono quantomeno indicative. Nel loro contesto, infatti – e come si dirà qui di seguito –, sia sul piano delle ideologie di riferimento sia sul piano delle scelte tecniche effettuate, sembra configurarsi una generale e ampia apertura di spazi di possibile abuso del meccanismo processuale. E ciò, tanto con riferimento all'utilizzazione abusiva di singoli strumenti processuali quanto, e soprattutto, con riferimento alla possibile utilizzazione abusiva dello strumento-processo globalmente inteso, quale modalità istituzionale di realizzazione della tutela giurisdizionale.

È anche ad altro livello che, come si vedrà, su due piani soprattutto sembra manifestarsi (o permanere per risalente propensione ad affrontare certi problemi e a risolverli in certa direzione) questo rischio. Tali prospettive di riferimento si possono fare corrispondere sia al settore della strutturazione degli atti introduttivi sia a quello della riforma del diritto delle prove. A questo riguardo, la verifica del livello di 'giustizia' del nostro processo civile, o dei rischi di mancata realizzazione di *standard* di giusto processo in questo settore, concernerà essenzialmente il rilievo dell'assenza di interventi di riforma, nonché della mancata elaborazione di filosofie adeguate a riguardo. Un elemento essenziale che dovrà inoltre essere sottolineato in proposito consiste nella progressiva svalutazione del ruolo del giudice e, coerentemente con ciò, nella mancata attribuzione di rilievo significativo, in una prospettiva di riforma, di più articolate disposizioni disciplinari degli atti introduttivi e di più efficaci misure di reazione a comportamenti abusivi delle parti in tema di utilizzazione degli strumenti probatori; attività tutte evidentemente da sottoporre a incisivi poteri di controllo da parte appunto del giudice³.

2. Modelli italiani di legiferazione e possibili abusi

Questo elemento invero caratterizza in maniera diffusa e penetrante il più recente movimento italiano di riforma del processo civile; una circostanza che non appare 'neutra' o 'indifferente' rispetto alla prospettiva del giusto processo⁴. In effetti, la maggioranza della dottrina processualciviltistica ha reagito in questo senso alla proposta di riforma elaborata

M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, 1117 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova 2000, *passim*; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano 2004, *passim*.

³ A. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251 ss.

⁴ Come già rilevato da L.P. COMOGLIO, *Discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica del «giusto processo»*, in AA.VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, 348 ss.; Id., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, spec. 39 ss.

dalla Commissione Vaccarella. Anche se il collegamento fra le scelte effettuate in questa sede e la realizzazione nel nostro ordinamento di modalità di giusto processo civile non è emersa esplicitamente con frequenza, la critica ricorrente nei confronti della direzione tecnica e ideologica della riforma ha infatti sottolineato le discrasie prevedibilmente collegabili alla sua applicazione pratica. Si tratta di discrasie tali da rendere sostanzialmente impossibile un accesso agevole a forme di giustizia civile effettive; e ciò proprio nel senso del prevedibile raggiungimento di decisioni tanto giuste quanto realizzate in tempi ragionevoli⁵.

Lo spirito stesso della riforma, come teorizzata – per vero in maniera tanto essenziale da apparire elusiva – nel Progetto Vaccarella, appare in effetti rispondere piuttosto ad una logica di riduzione delle garanzie in questo senso che alla organizzazione di un modello processuale ispirato all'implementazione delle garanzie costituzionali sul giusto processo. La logica di fondo della riforma, ossia la realizzazione di una decisa privatizzazione della giustizia civile, viene infatti perseguita attraverso scelte di drastica riduzione dell'apparato disciplinare, al limite di una sua destrutturazione tanto estrema da comportare l'eliminazione *tout court* della fase di trattazione, come momento preparatorio tradizionalmente sottoposto al controllo del giudice.

La circostanza che ora si sottolinea viene a corrispondere, nella prospettiva della riforma Vaccarella, alla c.d. 'trattazione scritta fra le parti' (ossia fra gli avvocati), momento essenziale della fase iniziale del processo e preventivo alla 'Prima Udienza' (di istruzione e decisione), nella quale solamente la figura del giudice trova collocazione, peraltro con ruolo di fatto esclusivamente decisorio; il tutto nello spirito di un controbilanciamento dei poteri fra giudice e avvocati indirizzato a netto favore di questi ultimi⁶.

Un simile impianto appare di per sé esplicativo delle critiche formulate, in quanto tale da recuperare piuttosto logiche di 'contraddittorialità pura' di stampo ottocentesco, piuttosto che tenere conto dell'evoluzione compiuta dalla cultura del processo civile italiano nel corso del ventesimo secolo e dell'ulteriore evoluzione segnata dalla disciplina costituzionale del processo contenuta nell'art. 24 e nel 'nuovo' art. 111⁷. Il risultato che

⁵ Sul punto si rinvia a C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul codice di procedura civile: metodi asimmetrici e penombre*, in *Corr. giur.* 2002, 1541; A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.; ID., *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1232 ss.; F.P. LUISO, B. SASSANI, *Il Progetto di riforma della Commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in *www.judicium.it*; S. CHIARLONI, *Prime note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 2003, 2413.

⁶ Si veda, in particolare, A. CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 2004, 1766 ss.; A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.; ID., *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251 ss.; C.M. CEA, *La Bozza Vaccarella tra dubbi e perplessità*, in *Foro it.* 2003, 151; S. CHIARLONI, *Prime note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 2003, 2413; E. RIVA CRUGNOLA, *Le attività del giudice nel nuovo «processo societario» di cognizione di primo grado: fissazione dell'udienza, istruzione, fase decisoria*, in *www.ipsoa.it/Isonline*, § 1.

⁷ Sul punto, oltre ai riferimenti di cui alla nota 1, si rinvia a M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano 2001, *passim*.

sembra perseguire la riforma Vaccarella in sostanza colloca, in via neutra ed esclusiva, sulla capacità strategico-difensiva dell'avvocato il rischio di un risultato anche eventualmente 'ingiusto', ma percepito come ineluttabile a seguito della esplicazione nella trattazione della esplicazione delle perizie professionali dei difensori (con ciò anche ponendo un problema non secondario di sperequazione interna alla professione legale, che qui verrebbe del tutto ribaltata sulle sorti della controversia e dei clienti)⁸.

Una ulteriore considerazione al riguardo può concernere il 'risultato' dei lavori della Commissione, davvero significativo sul piano del diritto positivo. In effetti, se la riforma generale del processo non viene da subito realizzata secondo questi canoni, un settore rilevante delle controversie civili risulta ormai regolamentato stabilmente da una disciplina processuale dichiaratamente ispirata a tali soluzioni tecniche e ideologia di fondo. Oltretutto, sembra anche il caso di sottolineare che si tratta di un settore nel quale l'adozione di un modello destrutturato, come quello sopra indicato, apparirebbe il meno indicato. In effetti, il settore delle controversie 'societarie', ancorché definito in maniera tecnicamente non perfetta ed estensiva, apparirebbe per contro il terreno ideale per discipline del processo molto strutturate; e ciò proprio in ragione degli inevitabilmente molteplici aspetti di complessità caratteristici delle controversie di riferimento. Proprio in questo settore, che dovrebbe vedere nella tutela delle minoranze un obiettivo effettivamente da realizzare anche sul piano processuale, la scelta di legiferazione processuale così effettuata, sembra invece implicare una concreta dismissione di qualsiasi intento perequativo delle posizioni eventualmente squilibrate delle parti sul piano processuale. Come si dirà alla fine del paragrafo successivo, è non casualmente proprio su questo versante che si segnala uno scarto notevole rispetto alle scelte di riforma effettuate in altri ordinamenti, ove l'esigenza di adeguare la disciplina del processo all'eventuale complessità della controversia ha trovato nell'aumento dei poteri del giudice, di controllo e di eventuale coadiuvazione della parte meno favorita, la linea di intervento nettamente prevalente.

3. Carenze sul piano delle prospettive di riforma del processo

L'ulteriore e ancora più recente intervento di riforma della disciplina del processo civile che ha fatto seguito allo *sweeping change* prospettato – e in parte non trascurabile realizzato – con il 'progetto Vaccarella', sembra prestarsi a una lettura variegata proprio sotto il profilo che qui interessa⁹. La nuova normativa, tanto singolarmente e affrettatamente inserita in un 'decreto sulla competitività', mentre in apparenza non conferma questa direzione di riforma, non sembra neppure rinnegarla del tutto, se considerata nella sua struttura complessiva.

Ciò che in effetti può sorprendere nel contesto di questa risistemazione del nucleo centrale della disciplina del processo civile è la mancata continuità rispetto agli indirizzi

⁸ A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, cit., 161 ss.; ID., *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251 ss.; S. CHIARLONI, *Prime note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 2003, 2413 ss.; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sui lavori della commissione Vaccarella per la riforma del processo civile*, in *Foro it.* 2002, 233.

⁹ Sul punto si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, alle note 5 e 6.

di riforma finora considerati; e anzi il recupero del modello originario del codice, come riformato nel 1990, attraverso la reintroduzione di scansioni rigide nello svolgimento dell'attività processuale, anche attraverso il ricorso a preclusioni stringenti specie nei confronti della parte convenuta. Si tratta, inoltre, di una riforma comprensiva anche della eliminazione di disposizioni come quella concernente l'introduzione, dal 1995, di una udienza – cosiddetta di 'Prima Comparizione' – esclusivamente dedicata alla verifica della regolare costituzione del contraddittorio e al completamento dell'attività difensiva del convenuto. Scelta con la quale si realizza l'eliminazione di uno dei capisaldi del riassetamento, fortemente desiderato dall'avvocatura, di un modello inteso a mitigare decisamente le rigidità del modello 'reintrodotta' con la riforma del '90¹⁰. Oltre a ciò, appare inevitabile notare che le nuove disposizioni realizzano anche un complessivo effetto di virtuale riduzione dei tempi del processo; ciò attraverso due ulteriori scelte disciplinari, quali la sovrapposizione-accorpamento delle attività di chiarificazione dell'oggetto della controversia con le attività istruttorie, nonché la previsione di termini perentori davvero limitatissimi per lo svolgimento di tali attività.

Occorre tuttavia subito dire che questa linea di intervento non appare esaustiva del percorso adottato dal legislatore italiano in questa sua ultima riformulazione frettolosa della disciplina del processo civile. Nella nuova normativa, invero, ancorché in una collocazione apparentemente marginale – ossia nel contesto di rinnovate norme di 'attuazione' della disciplina processuale – si registra la previsione (art. 70-ter) di un meccanismo che consente in pratica alle parti di scegliere di evitare l'utilizzazione del procedimento ordinario riformato, il tutto in favore della disciplina processuale delle controversie societarie. È appena il caso di ricordare che tale disciplina – come si è rilevato in precedenza – costituisce la vera realizzazione sul piano del diritto positivo della filosofia alla base della 'riforma Vaccarella', con tutto quanto ciò comporta sul piano della mancata realizzazione dei dettami costituzionali in tema di giusto processo.

In tal modo, in pratica, si perviene a realizzare anche un ulteriore effetto, quello di suggerire all'utente del processo civile (e qui il riferimento è in prevalenza all'avvocatura quale 'utente tecnico abituale') la deroga al regime preclusivo reintrodotta nel *corpus* del processo civile ordinario riformato. Ove, in effetti, il difensore ritenesse più comodo realizzare la sua attività di difesa nel contesto di una forma procedimentale meno regolamentata e virtualmente efficiente, potrebbe ricorrere a una sorta di *opting out*, trasferendo il processo dalla sua sede 'naturale' ordinaria verso un percorso processuale diverso. Si è anche parlato a questo proposito di *forum shopping*; bisogna subito dire che, se così fosse, l'opzione sarebbe da considerarsi fortemente criticabile, anche per il modo nel quale verrebbe contestualizzata: in assenza di qualsiasi possibilità di controllo giudiziale della scelta del procedimento 'più gradito' e in netta divaricazione rispetto alla eventuale realizzazione di questa attività su iniziativa del giudice, ove si ritenesse opportuno individuare di caso in caso modalità procedimentali il più possibilmente appropriate per uno 'svolgimento giusto' della specifica controversia, come accade in altri ordinamenti e in particolare – del

¹⁰ Sul punto si rinvia, tra gli altri, a G. BALENA, *Le preclusioni del processo di primo grado – Relazione all'incontro di studio su «Il nuovo processo civile tra riforma e controriforma»*, in *Giur. it.* 1996, 225; G. COSTANTINO, *Il processo incivile del 1995 (note sull'applicazione dimezzata della riforma)*, in *Foro it.* 1995, 1115 ss.

resto notoriamente – nel nuovo modello processuale inglese delle *Civil Procedure Rules* del 1999¹¹.

È appena il caso di aggiungere che dietro questa *chance* di scelte strategiche realizzabili, in maniera del tutto incontrollata, ad opera degli avvocati è facile ipotizzare la possibile messa in atto di attività abusive del processo, un effetto chiaramente lontano e anzi configgente con la prospettiva di un giusto processo civile nel nostro ordinamento. Indirettamente connessa al tema è anche la circostanza che un regime di questo tipo verosimilmente evidenzierà sperequazioni significative in termini di capacità professionali all'interno dell'avvocatura, con effetti negativi anche sulla percezione della funzionalità del processo civile, tanto in un contesto sociale allargato quanto nella vita interna della professione legale¹². Ciò a cui in definitiva in tal modo si derogherebbe per il futuro, è in sostanza il fondamento stesso della nozione di giusto processo, ossia l'effettiva parità delle parti nel contesto dello svolgimento delle attività processuali; come sarebbe probabilmente inevitabile anche in ragione della totale assenza di un ruolo di controllo del giudice prevista nella disciplina del processo societario¹³.

4. Carenze nella struttura del procedimento e nel diritto delle prove

Esiste infine un altro aspetto del fenomeno che qui si considera, che potrebbe essere definito rilevante per ragioni di omissione. Tale aspetto concerne una duplice categoria di assenze, in quanto beninteso ci si intenda limitare alle più incisive in questa prospettiva. Manca cioè, nel riassetto normativo che ha riguardato di recente la disciplina del processo civile, in particolare un ripensamento del problema della circostanziazione in fatto della (o delle) modalità di introduzione della controversia. Per converso, risulta anche mancare – ma la circostanza appare da sempre caratterizzare un po' tutto il dibattito in materia di riforme del processo civile nonché, in fondo, la stessa cultura processualciviltistica italiana – un intenso ripensamento della funzionalità di alcuni meccanismi probatori.

¹¹ Sul punto si rinvia a N. ANDREWS, *English Civil Procedure – Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford 2003, *passim*; F. CORSINI, *Le proposte di «privatizzazione» dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della discovery anglosassone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1273; C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 423; A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1232 ss.; J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice del pretrial nel processo civile inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1263; L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 363.

¹² A. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251 ss.

¹³ A riguardo si rinvia, tra gli altri, a G. BALENA, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, in *www.judicium.it*; C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.* 2003, 1505; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 390; A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1232 ss.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.* 2003, V, 4; G. TARZIA, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 647; R. VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.* 2003, 262.

L'incidenza di questi due fenomeni sul problema del giusto processo civile emerge ove si tenga conto della circostanza che i parametri di inquadramento della nozione di giusto processo configurano nell'efficienza del meccanismo (in termini di adeguatezza dei tempi e contraddittorietà effettivamente garantita) il nucleo caratterizzante tale nozione appunto¹⁴. Talché, in positivo, si potrebbe affermare che la nozione di giusto processo si implementa con la capacità del modello processuale di far dipendere l'esito della controversia non tanto, e non solo, dall'abilità e dalla capacità differenziata delle contrapposte difese di parte nell'utilizzazione degli strumenti processuali disponibili, ma piuttosto dall'accertato ed effettivo fondamento delle domande giudiziali proposte.

Riguardo al primo genere di carenze, occorre subito aggiungere che, per vero, non si può in assoluto affermare che il panorama registri solo carenze o assenze assolute. Piuttosto, bisogna segnalare che negli ultimi tempi ci si è trovati di fronte a forme di intervento anche incisive, tuttavia indirizzate in maniera tale da confermare nel complesso l'impressione sopra segnalata. Il riferimento è, in particolare alla riforma del rito societario, attraverso la quale – come già si è detto – il 'modello Vaccarella' viene introdotto nel nostro diritto positivo. In questo ambito, la fissazione del *thema decidendum* risulta affidata esclusivamente a uno scambio di memorie tra le parti, al quale prelude la previsione di forme di atti introduttivi in sé configurati come *ex professo* non completi ma destinati a completarsi e perfezionarsi appunto nello svolgimento della 'trattazione scritta fra le parti' (ossia fra gli avvocati di parte), costituente il nucleo della prospettiva di privatizzazione del processo civile notoriamente realizzata attraverso questa riforma¹⁵.

Una situazione come questa sul piano disciplinare diventa anche più significativa nella prospettiva che qui interessa, ove si consideri quanto già detto circa la possibilità, ora introdotta tramite il nuovo art. 70 -*er* delle disposizioni di attuazione del c.p.c., di realizzare opzioni in favore di questo modello procedimentale anche ove la controversia non si configurasse al suo nascere come controversia societaria. Una possibilità di scelta del rito che palesemente aumenta le sperequazioni esistenti fra le capacità dei membri dell'avvocatura; e nel contesto della quale sono prevedibili fenomeni di utilizzazione abusiva dello strumento processuale nel suo complesso. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di optare per uno dei due riti a seconda delle preclusioni che si intendono 'far scattare' a carico delle controparti o, per converso, alla scelta strategica di sottrarsi al regime preclusivo del procedimento ordinario. Si tratta di una circostanza che, ancora una volta, rischia di aumentare le probabilità che la controversia venga risolta prevalentemente in ragione delle strategie e delle diverse capacità professionali dei difensori di parte.

Ciò che questi fenomeni confermano è, comunque, il mancato intento da parte del legislatore italiano di configurare gli atti iniziali di parte modulandoli sul tasso di difficoltà/complessità della singola controversia; in ogni caso, di giungere a prevedere forme di controllo da subito realizzabili ed efficaci sul versante della specificazione delle circostanze oggetto della pretesa.

Proprio questo intento ha, invece, segnato il percorso di riforme come soprattutto quella inglese, ma anche quelle – recenti e specificamente mirate – realizzatesi in Ger-

¹⁴ Sul punto si rinvia nuovamente a L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, cit., *passim*; L.P. COMOGLIO, *Discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica del «giusto processo»*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, 348 ss.

¹⁵ Sul punto si rinvia nuovamente ai riferimenti contenuti nelle note 5 e 6.

mania. La riforma del CPR inglese del 1999 si segnala, invero, soprattutto per l'aspetto della diversa possibile configurazione del percorso processuale sin dall'atto introduttivo, a seconda degli elementi di complessità della controversia rinvenuti dal giudice e tali da imporre immediati aggiustamenti e trasformazioni negli atti iniziali, proprio al fine di realizzare una risoluzione della controversia *just and speedy*, attraverso il suo inserimento – sempre ad opera del giudice – in uno dei tre percorsi preconfigurati come modelli trattatori differenziati sul piano processuale¹⁶. Ancora più manifesto è questo intento nella riforma tedesca del 2001, con la quale vengono espressamente riformulate le norme in tema di atti introduttivi (§ 139 ZPO), nella direzione di una specificazione da subito estremamente precisa e completa sotto il profilo degli elementi di fatto alla base della pretesa¹⁷.

Sembra, in ogni caso, imporsi a riguardo ancora un'ulteriore e conclusiva considerazione. Anche prendendo in considerazione la sola ultima riformulazione della disciplina del processo ordinario di cognizione del 2005, rimane la circostanza che il recupero – forse apparente, come si è detto – dello spirito della riforma realizzata con la legge 353 del '90 ripropone una questione di fondo rispetto alla scelta di scandire il processo secondo criteri di rigidità davvero estrema e con termini particolarmente ristretti; anzi, nella più recente riforma addirittura ristrettissimi. Come a suo tempo era stato rilevato in dottrina, in giurisprudenza e in maniera clamorosa dalla stessa avvocatura, una tale linea di intervento comportava (e comporta oggi con ulteriori aggravii) una netta sperequazione fra le parti, producendo un fenomeno di palese *favor actoris* e, per converso, privilegiando piuttosto una virtuale rapidità nello svolgimento del giudizio che non un effettivo perseguimento del risultato 'giusto' in termini appunto di giustizia sostanziale¹⁸.

Invero, l'aggravamento dello stato delle cose che l'introduzione della nuova riforma molto prevedibilmente comporterà, non appare affatto sottovalutabile. L'introduzione di un termine perentorio di soli trenta giorni dallo svolgimento della prima udienza, ossia delle attività trattatorie iniziali, appare infatti configurarsi come un meccanismo eccessivamente penalizzante la posizione del convenuto.

Mentre, pur nel contesto di una generale riduzione delle possibilità difensive per ambedue le parti, all'attore rimane la possibilità di configurare *ab initio* – in maniera comunque coerente con le proprie scelte difensive – la propria presentazione della controversia (virtualmente introducendo la stessa solo quando in possesso e del materiale probatorio e di una strutturazione ritenuta sufficiente in diritto e in fatto), il convenuto si troverà a svolgere le proprie attività trattatorio-difensive 'schiacciato' da un termine perentorio nel complesso teoricamente corrispondente a soli 90 giorni dal ricevimento dell'atto di citazione; e ciò per qualsiasi tipo di controversia, ossia indipendentemente dall'eventuale sua complessità. Un effetto ulteriormente amplificato dalla circostanza che le nuove norme configurano una non chiara commistione e sovrapposizione fra attività di precisazione del *thema decidendum* e attività di vera e propria istruzione probatoria; commistione che

¹⁶ Per quanto riguarda la riforma del modello processuale inglese si rinvia ai riferimenti contenuti nella nota 11.

¹⁷ P. GOTTWALD, *Civil Procedure in Germany After the Reform Act of 2001*, in 23 C.J.Q. 2004, 338 ss.

¹⁸ A. DONDI, *La fase introduttiva*, in M. TARUFFO (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, 2ª ed., Torino 2000, 235 ss.; F. CASTELLANO, *Attore e convenuto nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 623 ss.

corrisponde alla previsione di un unico termine sia per le attività di modificazione e precisazione delle circostanze fattuali, sia per la relativa istruttoria.

È, infine, sul versante del diritto delle prove che si registra l'altra grave carenza sopra rilevata, e concernente tanto la mancata riformulazione normativa quanto anche un adeguato ripensamento da parte di dottrina e giurisprudenza. Si intende con ciò sottolineare il *vacuum* realizzatosi, nel tempo, a questo riguardo, con riferimento in particolare a meccanismi probatori davvero essenziali per la gestione di controversie civili caratterizzate da elementi di rilevante complessità oggettiva. Il riferimento è specificamente alla disciplina dell'esibizione, rimasta del tutto immutata rispetto alla versione originaria contenuta negli artt. 210 e ss. c.p.c.¹⁹.

Per quanto del tutto comune nel contesto del nostro diritto delle prove, tale situazione appare particolarmente grave proprio sul piano del problema che qui interessa, in quanto all'implementazione di una effettiva nozione di giusto processo appare essenziale un'altrettanto effettiva funzionalità dello strumentario fornito attraverso l'esibizione. Proprio tale implementazione avrebbe dovuto, e ancora dovrebbe, essere l'obiettivo principale di una riforma della disciplina dell'esibizione, sotto il profilo della realizzazione di *standard* accettabili di effettività del relativo 'ordine' del giudice, essenzialmente attraverso la predisposizione di apparati coercitivi e sanzionatori adeguati²⁰. La realizzazione di un tale obiettivo avrebbe messo, e metterebbe, a disposizione della parte interessata uno strumento essenziale per il raggiungimento nel processo di un risultato 'giusto', in quanto corrispondente alla realtà fattuale delle posizioni in conflitto. Ovviamente, concepire un meccanismo come quello dell'esibizione quale uno strumento per l'effettivo accertamento della verità anche tramite la collaborazione indotta nei confronti delle parti, implica l'attribuzione al giudice di un ruolo attivo e comunque di incisivo controllo sul 'giusto svolgimento' (ossia tempestivo, efficiente e soprattutto non abusabile) del processo. Una circostanza che appare, allo stato delle cose, profondamente lontana dall'impostazione che oggi sembra caratterizzare la vicenda della riforma del processo civile in Italia.

¹⁹ Da ultimo B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino 2004, *passim*.

²⁰ Si veda l'ormai risalente ricognizione di A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim*.

52. CRISE RÉCENTE DE LA JUSTICE CIVILE ET ÉVOLUTION DES RÉGLEMENTATIONS PROCÉDURALES SELON DIFFÉRENTES CULTURES DU PROCÈS*

1. On pourrait concevoir le phénomène de la crise de la justice civile comme la représentation pour ainsi dire de la physiologie de la notion même de justice, et en particulier de justice civile. En effet, la notion de crise semble étroitement mêlée à celle de justice civile, c'est-à-dire à la structure fonctionnelle organisée sur le plan des lois et des institutions finalisées à garantir dans un certain lieu et temps une solution institutionnelle dans les conflits entre les parties privées. Nulle part, et pratiquement jamais dans le déroulement de l'histoire, le fonctionnement de cette structure n'a en effet été perçu comme complètement satisfaisant. Et cela pour de nombreuses raisons, parmi lesquelles l'inévitable écart temporel entre la loi et le moment de son application qui paraît fondamental, mais aussi les exigences survenues et l'influence des modalités sédimentées dans la pratique du procès d'application de la loi procédurale¹.

Quoique bon gré mal gré physiologique, cette condition de crise concernant la justice civile, présente certains phénomènes ou des situations particulières de grave malaise pouvant mettre en danger le fonctionnement même d'un système ou d'un modèle de justice. C'est de ce malaise – ou crise – que l'on voudrait essayer de s'occuper ici, après une spécification convenable, en réalisant évidemment une délimitation de camp inévitable. Étant donné qu'il s'agit de choisir sur quel genre de manifestations de crise spéciales ou particulièrement graves il convient de concentrer ici notre attention, des raisons fondamentales de simplification penchent pour l'adoption de la perspective, sans doute assez banale, des réformes récentes des codes ou des lois procédurales. On propose de se référer à ces réformes en tant que pour ainsi dire une sorte de réactif des malaises et des troubles de la justice civile, aussi bien du point de vue des transformations réalisées que du point de vue des carences manifestées.

A ce propos, on accordera une attention particulière aux occasions ratées, compte tenu qu'en effet, dans le domaine des réformes législatives, ce que l'on a 'caché' ou que l'on a même abandonné peut parfois paraître plus significatif d'une certaine philosophie du procès qu'une adhésion formelle et préliminairement déclarée. Par contre, et d'une manière positive, cela signifiera fondamentalement, se poser d'abord le problème de déterminer les directives virtuellement souhaitables de réformes actuelles possibles en matière de procédure civile².

En ligne générale, on peut affirmer que le caractère vraiment essentiel envisager dans ce domaine, continue à rester celui du rôle appartenant au juge, évidemment, sa 'modalisation' dans le contexte des réformes indiquées ci-dessus. En effet, on pourrait ajouter que les formes de cette modalisation représentent la façon essentielle dont on a récemment abordé la question des réformes en matière procédure civile, et cela abstraction faite de

* Questo scritto è stato pubblicato in *R.R.J.* 2006, 2351-2365.

¹ Cf. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven 1986, *passim*.

² Cf. V. DENTI, *La giustizia civile: lezioni introduttive*, Bologna 2004, *passim*.

toute distinction parmi différent, systèmes de droit. Et c'est en particulier, à ce propos que la séparation traditionnelle entre les systèmes de *civil law* et les systèmes de *common law*³ présente quelques difficultés.

L'adoption d'une 'perspective du juge' (mais d'autre part on obtiendrait résultat même à travers l'utilisation virtuelle d'une 'perspective de l'avocat' correspondante), afin d'envisager les problèmes des réformes procédurales, dégage effet une nombreuse série de considérations possibles quant à la tenue ou l'effectivité actuelle de la susdite séparation conceptuelle. Facile d'imaginer que cela puisse impliquer transformation – nettement encore *in progress* – des bases philosophiques d'une telle notion et distinction *common law* – *civil law*⁴. Si l'on anticipe la suite, on conteste en particulier le fait que la séparation entre ces systèmes puisse encore se fonder sur des pouvoirs du juge tout à fait différents dans la phase préparatoire du procès civil.

A ce propos, le rôle joué par les réformes récentes du procès civil, aussi bien en Europe qu'aux États-Unis, paraît fondamental. Même vis-à-vis d'un débat dans la culture juridique qui, à son tour, a sans doute avancé dans la direction d'un effacement substantiel des 'fondations techniques' justifiant la distinction traditionnelle entre *civil law* et *common law*, le phénomène représenté par les réformes de la dernière décennie du XX siècle semble fondamental à ce propos. C'est à cette période en effet – et presque simultanément – que plusieurs modèles procéduraux civils, surtout en Europe mais également ailleurs, adoptent des réformes visant à remédier à leurs crises à travers des philosophies de transformation normative pratiquement semblables.

Bien sûr, notre objectif n'est pas d'affirmer ici qu'au cours de la dernière décennie un mouvement réformateur cohérent et homogène a bouleversé les fondations des différents modèles procéduraux. Par contre, ou plutôt, c'est hasard que des réformes conçues dans des contextes culturels tout à fait différents ont poursuivi une même vision fondamentale quant à l'attribution des pouvoirs du juge et des parties (voire les avocats) dans le procès civil. On pourrait synthétiser cette vision en affirmant que le *Leitmotiv* des réformes a correspondu à l'accueil répandu d'une certaine vision de la fonction du juge dans le déroulement du procès civil et, en même temps, au refus plus ou moins net d'autres différentes visions. En bref, ce choix préliminaire a été en faveur de l'attribution au juge d'un rôle plus actif que celui des avocats ; à peu près dans la même direction que celle qui existe depuis les années 80 aux États-Unis, où l'on parle désormais habituellement de la fonction *managerial* prévalente du juge civil. Cette doctrine américaine se rapproche de la doctrine par tradition caractéristique du juge allemand⁵.

Il faut même ajouter que, malgré la similarité des résultats que l'on peut remarquer, ce choix trouve ses racines dans des changements de perspective qui ont suivi des parcours assez différents. En effet (faisant ici abstraction des débats qui, dans pratiquement la plupart des cultures du procès – de *common* comme de *civil law* – ont, surtout au cours de la première partie du siècle passé, concerné la caractérisation du procès civil comme plus ou moins 'dispositif' ou '*adversarial*'), les causes proches de l'évolution dont on parle

³ Cf. M. TARUFFO, *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, 667 ss.

⁴ Cf. G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, 234, 293.

⁵ Cf. Pour une discussion de ce genre de problèmes et une bibliographie essentielle à ce propos, p.e. A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria del processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, dans *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 163 ss.

semblent avoir été singulières et uniques pour chaque modèle procédural. Il s'agit de différences qui, d'autre part, n'effacent point la présence de profondes analogies, du point de vue de l'adoption de nouvelles exigences d'adaptation du procès civil et de leur élaboration comme des raisons essentielles des réformes.

La dernière de ces deux lignes directrices nous ramène à la notion de crise citée auparavant. C'est en effet une perception de base vaste et charpentée qui caractérise les réformes en objet. Une perception, ou mieux une sensibilité, qui concerne l'insuffisance technique du mécanisme procédural face aux nouvelles exigences de justice et, par conséquent, le malaise répandu dans l'opinion publique à cet égard. En bref, il s'agit d'un sens profond de la crise des raisons d'existence même de n'importe quel modèle de justice civile.

Cette approche reliant des exigences d'adaptation du modèle procédural aux nouvelles demandes de justice revient en effet très souvent aussi bien dans les rapports officiels expliquant les raisons et la philosophie des réformes, que dans les commentaires relatifs, comme le montre en particulier le débat sur la réforme anglaise des *Civil Procedure Rules* de 1999. L'exigence de parvenir à la création d'un *new civil justice system*, un but souhaitable au point de justifier le risque d'altérer les fondements traditionnels de la justice civile anglaise, représente à ce propos une sorte de refrain. En effet, en ce qui concerne les parties (ou plutôt les avocats) et juges, la réforme de 1999 réalise sans doute une altération significative au niveau de déplacement du *procedural control* en faveur du juge. Déjà clairement expliquée dans les deux *Woolf's Reports* qui ont précédé la discipline des nouvelles *Civil Procedure Rules*, la philosophie de ce se synthétise dans la notion de *case management* (ensemble d'activités concernant le juge, et s'exerçant sur le déroulement du procès à partir de l'introduction de l'instance jusqu'à sa définition).

Grâce à cette notion, il existe un éloignement radical de la tradition de l'*adversary system of litigation* de *common law*, à laquelle tout le modèle anglais de procédure civile appartenait jusqu'à cette réforme (quoique dans une acception se fondant sur une vision de presque totale immobilité et banalisation des caractères de la susdite tradition). L'attribution au juge d'un pouvoir-devoir de *case management* charpenté à l'intérieur du mécanisme procédural constitue en effet le passe-partout technique qui permet de renverser la vision traditionnelle du juge comme un *umpire* inévitable, arbitre en même temps muet et inactif des activités réalisées dans le procès civil pratiquement en exclusive par les avocats. C'est pourtant surtout la cohérence avec la philosophie des changements à réaliser qui a caractérisé la solution du *managerial judge* comme un instrument de réforme effective du mécanisme procédural anglais.

Afin de mieux contextualiser le pouvoir de *case management* du juge, voici quelques indications sur la nouvelle vision des fonctions attribuées à la procédure civile vis-à-vis des exigences de la réalité, c'est-à-dire sur le soi-disant *overriding objective* de la réforme. Cette expression, contenue dans les dispositions liminaires de la *Rule 1.1* (et aussi de la 3.1, en matière de *judicial management*), signale l'objectif fondamental de mettre le juge en condition «*to deal with the case justly*»⁶. C'est donc le juge (et non les parties à travers leurs avocats, et cela malgré la prévision dans la *Rule 1.3* d'un devoir général des parties «*to help the court to further the overriding objective*»), qui est le référent principal des nouvelles normes procédurales anglaises. Du reste, c'est à lui que revient le rôle de poursuivre les buts liés à la réalisation du *just disposal of the case* dont parle la loi, en assurant l'égalité des

⁶ Cf. *Civil Procedure*, vol. 1, London 2001, 45 et suiv.

parties, la réduction des frais et, en particulier, l'adaptation de la procédure au caractère du litige, à savoir à sa complexité.

Ce fait d'avoir relié les exigences de transformation procédurales au problème de la complexité – ou mieux, l'exigence mélanger l'idée d'une réforme avec celle des différents niveaux de complexité des litiges – nouveauté de la réforme réalisée avec les *CPR* anglaises, en constituant son caractère de fond au-delà de celui du *judicial management*⁷. Face aux multiples configurations de la complexité, la solution technique conçue pour atteindre l'objectif de justice proclamé par la *Rule 1.1* paraît encore plus remarquable. Conformément à sa philosophie, cette solution se base sur une activité complexe attribuée au juge, celle de choisir le parcours le plus indiqué pour disposer du litige. Évidemment très incisif, ce pouvoir s'exerce quand même à l'intérieur d'une structure normative concevant des parcours procéduraux ad hoc, ce qui explique la raison pour laquelle le législateur anglais de 1999 ait voulu l'encadrer le plus possible, plutôt que de le laisser simplement libre et tout à fait discrétionnaire.

On pourrait affirmer que l'introduction d'une idée de complexité dans la procédure civile anglaise s'est réalisée grâce à une sorte de *reductio* fictive, à travers le recours à la notion de *procedural track*, mieux à grosso modo trois *procedural tracks* (à savoir, selon la tripartition de la *Rule 26.1*: *small claims track*, *fast track*, *multi-track*)⁸. Et justement, c'est à une de ces *tracks* que le juge devra d'emblée attribuer le déroulement du litige. Tout cela – évidemment – pourvu qu'il ait évalué d'avance son niveau de complexité, conformément à la conception générale selon laquelle «*Efficient case management consists in economical and effective allocation of procedural resources*»⁹.

2.a) Quoiqu'en se réservant d'y revenir bientôt, on arrête ici la considération du nouveau modèle de procès civil anglais, puisque des exigences de comparaison des philosophies des réformes récentes nous amènent à envisager immédiatement qui représente une sorte de pendant des *Civil Procedure Rules* dans le système de *civil law*, c'est-à-dire la *LEC 2000* espagnole. Et il s'agit bien de cela si l'on considère l'ampleur de ces réformes, une ampleur qui n'a pas été égalée par les autres réformes des lois de la procédure civile qui ont eu lieu au cours de ces dernières années. Mais pour les deux – au-delà de leur caractère commun de transformations complètes de chacun des deux modèles de référence – il faut surtout ajouter que les similitudes idéologiques ne sont pas non plus négligeables.

Ces similitudes s'observent principalement dans le rôle du juge de façon d'ailleurs tout à fait prévisible. C'est ce dernier qui, de manière moins 'révolutionnaire' par rapport à la réforme anglaise, vise la réforme de 2000, c'est au fond à travers l'accroissement de ses pouvoirs de contrôle et d'initiative que passent aussi les autres transformations conçues par le législateur espagnol, sur la base d'une conception profondément renouvelée de la fonction du procès civil dans la société espagnole du troisième millénaire et des rôles respectifs de ses 'sujets typiques', à savoir le juge et les avocats. Dans le cas espagnol, en effet, on n'assiste pas à l'abandon manifeste d'une tradition aussi enracinée dans la culture juridique que celle de l'*adversary system of litigation* dans le contexte anglais, puisque des

⁷ Cf. N. ANDREWS, *English Civil Procedure – Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford 2003, 31 et suiv.

⁸ Cf. *Civil Procedure*, vol. I, London 2001, 486.

⁹ Cf. A.A.S. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, London 2003, 422.

principes comme le dispositif ne trouvent aucune négation explicite au cours du débat concernant la nouvelle *LEY*, et encore moins dans les explications officielles de sa philosophie de fond, c'est-à-dire dans la soi-disant *Exposicion de motivos* qui la précède¹⁰.

Le législateur espagnol de 2000 désire avant tout une réforme «...*pensada para los litigantes de los procesos civiles*», et finalisée à «*acortar el horizonte temporal*» du procès¹¹. C'est pour atteindre cet objectif que le changement culturel dont on a parlé s'est rendu nécessaire, bien que sa direction et son caractère aient des critiques presque farouches au sein d'une partie de la doctrine craignant une palingénésie en faveur d'un système procédural tout à fait inquisitorial¹².

Mais en réalité, un tel souci ne semble avoir sérieusement raison d'être pour la réforme espagnole, si bien que l'accroissement des pouvoirs de direction du litige au juge y soit au moins significatif. Conçu comme le véritable passe-partout fonctionnel ou technique des modifications de structure de la *LEC 2000*, cet ne vise simplement et uniquement pas au changement de rôle du juge mais contextualise ce changement dans une vision aussi bien sociale que de l'effectivité du procès, qui prévoit tout de même le rôle fondamental –d'initiative et de coopération – des avocats, pour faire face au défi de la complexité¹³.

Ce qui compte surtout, c'est que dans la *LEC 2000*, le maintien du principe dispositif (qui inclut in extenso ici aussi la notion de maîtrise des parties sur la matière litigieuse) soit *de facto* fortement atténué et entouré de quelques *caveat* idéologiques fondamentales, deux en particulier. Il faudra en effet que, d'une part, la *carga de pedir la tutela* soit réalisée par les parties (voire les avocats) con *suficiente precisión* et, de l'autre, que l'objectif de l'effectivité trouve un soutien auprès des juges, grâce aux «*facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de la tutela efectiva*»¹⁴. La modalisation des activités des parues est donc soumise au contrôle exercé par le juge, étant donné que «*el papel que se confía a las partes*» est de «*asumir con seriedad las cargas y responsabilidades*

¹⁰ A propos della permanence d'un *principio dispositivo* dans la *LEY* et son acceptation par la culture juridique espagnole, v. F. RAMOS MENDEZ, *El sistema procesal español*, Barcelona 2000, 26-27; dans le nouveau code ce maintien de la philosophie traditionnelle de la disposition des parties sur le procès civil, est affirmé sans possibilité d'erreur, v. J. GARBERI LLOBREGAT (dir.), *Ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona 2000, VI, 31.

¹¹ Ainsi dans le texte de l'*Exposicion de motivos* qui précède la *LEY*, v. J. GARBERI LLOBREGAT (dir.), *Ley de enjuiciamiento civil*, cit., I, 27; où l'on parle aussi de «...*necesidad social de una justizia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad... una respuesta judicial mas pronta, mucho mas cercana... un acercamiento de la justicia al justiciable...*» à ce propos, on souligne aussi la nécessité de «...*estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal...*».

¹² J. MONTERO AROCA, J.L. GOMEZ COLOMER, A. MONTON REDONDO, S. BARONA VILAR, *El nuovo proceso civil – Ley 1/2000*, Valencia 2001, 58 et suiv., F. RAMOS MENDES, *Guida para una transicion ordinata a LEC*, Barcelona 2000, 58-59.

¹³ Cf. encore J. GARBERI LLOBREGAT (dir.), *Ley de enjuiciamiento civil*, cit., III, 28-29, où l'on parle de la réforme comme d'une «...*metodo para cambio...*» réalisée à travers «...*regulaciones plenamente articuladas y coherentes...*» et cela «...*para tratar adecuadamente esa complejidad...*».

¹⁴ Cf. précidément ces mots dans l'*exposición de motivos* dans J. GARBERI LLOBREGAT (dir.), *Ley de enjuiciamiento civil*, cit., VI, 31.

inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de la Justicia»¹⁵.

En raison d'une telle formulation dans la *exposición de motivos*, cette obligation à respecter ces critères de seriedad représente, plutôt qu'une simple 'expression-manifeste', l'indication d'une véritable motivation idéologique de la *LEC 2000*. On peut en effet parler aussi d'un programme, impliquant dans sa réalisation selon certains critères autant les parties que le juge. C'est ce qui caractérise, aux termes d'une coopération active parmi ces sujets, la conformation du déroulement de l'instance. Puisque ici – comme on le dira ensuite – l'initiative du juge (à travers l'exercice de pouvoirs significatifs de stimulation envers les parties dans la *audiencia previa*) devra accélérer les activités préparatoires du litige, c'est-à-dire de *aclaración del objeto*.

On reparlera ultérieurement des manifestations de cette philosophie au cours de ce travail.

2.b) Il faut en effet tout de suite ajouter que la circonstance des réformes dont on a parlé, avec sa charge ou son potentiel de transformation idéologique de l'idée même du procès civil face au défi d'une modernité plus complexe, ne représente pas la totalité des choix récemment mise en œuvre par les cultures juridiques et par les législateurs. Même en étant favorable – nous n'avons pas caché ici notre pensée – envers les paramètres de fond de cette évolution, on ne peut se passer de l'existence de tendances différentes et *de facto* contraires à cela.

Le contexte italien est probablement celui où se manifeste d'une manière plus évidente un tel genre de butée, ou de réaction contraire à cette évolution. Un double événement permet en particulier de l'affirmer sans problèmes, à savoir le projet de réforme du procès civil réalisé par la soi-disant *commissione Vaccarella* (évidemment, d'après le nom du président de la commission même) et la réforme du droit sociétaire de 2004, à l'intérieur de laquelle on a prévu aussi une nouvelle procédure pour la résolution des *controversie societarie*¹⁶. Un unique événement en réalité, et surtout dans la perspective qui nous intéresse particulièrement ici; puisque du point de vue de l'idéologie de fond il s'agit d'un seul projet envisageant une sorte de réaménagement tout à fait pénétrant des piliers culturels du procès civil italien, se ramenant à la réforme du *Codice di procedura civile* de 1942 et aux débats et réformes qui ont caractérisé son application au cours de la seconde moitié du XX siècle.

La direction de ce genre de *ideological shuffle* peut très aisément assimilée à une sorte de retour manifeste à l'ancien. Cela du moment que, dans le contexte d'un projet affirmant ne vouloir qu'améliorer l'état de la justice civile en la sortant du borbier de longueurs invraisemblables et de la méfiance courante diffusée parmi le public, ces caractères essentiels du point de vue technique se rapprochent du premier code unitaire de 1865, avec des ressemblances vraiment choquantes et pourtant tout à fait indubitables.

Il y a, en bref, une conception fondamentale à l'appui d'un tel abandon manifeste des acquisitions plus avancées (et aussi largement partagées) de la culture juridique italienne

¹⁵ Cf. *supra* n. 9.

¹⁶ Cf. S. CHIARLONI (dir.), *Il nuovo processo societario – d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (artt. 2378, 2409 e 2471 c.c.)*, Bologna 2004, *passim*; A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, dans *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137 ss.

du XX siècle¹⁷. Il s'agit – d'une façon du reste tout à fait prévisible – à fait prévisible d'une certaine idée du rôle du juge dans le procès civil et, par conséquent, du rôle respectif des avocats dans le même contexte. Ce qui rend à ce point facile d'imaginer qu'une réduction décidée du rôle du juge, et une extension correspondante de celui des avocats, représentent l'objectif et le programme de base de cette réforme.

Une réforme où ce programme trouve, en effet, une justification au moins singulière, vu que la raison d'être de la réduction dont on a parlé des pouvoirs du juge est conjuguée à «l'entreprise de valoriser comme principale et essentielle sa fonction décisive»¹⁸. Mais pour comprendre la valeur de structure et en même temps l'importance technique de ces lignes directrices, il faut tout de suite ajouter quelques mots sur le pendant de tout cela, à savoir la requalification du rôle des avocats dans ce contexte. L'intention de fond est celle d'une valorisation spéciale des activités de ces sujets, par rapport à auparavant. Et vouloir valoriser la fonction des avocats signifie pour le législateur italien de 2004, leur attribuer la tâche exclusive de gérer le litige phase initiale et déroulement de l'instance y compris jusqu'au moment de la décision, le seul où, en réalité, la présence du juge est prévue¹⁹.

S'il existe donc une ligne directrice fondamentale dans cette nouvelle réforme italienne, on peut la localiser dans une logique répandue de renvoi du contact du juge avec le litige; un programme qui pourrait se synthétiser à peu près ainsi : «d'abord les avocats et après le juge». C'est aussi ce que l'on a appelé «*privatizzazione della giustizia*», en indiquant une idée de réduction draconienne de l'intervention étatique dans la gestion des affaires civiles, une sorte de *deregulation* à propos de laquelle on a justement parlé de «*liberismo processuale*» brutal²⁰. Mais surtout une perspective que l'on peut aisément imaginer lourde de problèmes d'application dans la pratique du litige.

3. Les choix idéologiques impliqués dans l'activité d'élaboration culturelle et de transformation disciplinaire semblent représenter le véritable *background* de la conformation du litige civil. En effet, on constate une tendance manifeste à reproduire justement à l'intérieur des modalités de conformation du procès – et précisément de sa formation comme litige spécifique – des idées de fond et des conceptions bien plus vastes et générales sur l'extension et les limites de la fonction étatique. On essaiera de vérifier ici – quoique très synthétiquement – les aspects concrets de cette constatation, en analysant son émergence – et quelques-unes de ses manifestations – dans le contexte d'un des 'moments' fondamentaux du procès civil.

¹⁷ Cf. pour une vision générale, V. DENTI, *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*, dans *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 469 ss.; à propos de la perception récente de cet abandon dans la réforme italienne, cf. S. CHIARLONI, *Il nuovo processo societario*, cit., 26 ss.

¹⁸ Cf. le texte de la 'relazione Vaccarella', par ex., A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione di riforme nel processo civile?*, dans *Foro it.* 2002, V, 191; A. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, dans *Pol. dir.* 2004, 251 ss.; ID., *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, dans *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 172, n. 40.

¹⁹ Cf. note 15 *supra*.

²⁰ Cf. A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione*, cit., 191; C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi assi sistematici e penombre*, dans *Corr. giur.* 2002, 1541; pour une vision par contre très proche de celle du législateur, F. CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, dans *Riv. dir. proc.* 2003, 462.

S'en tenant le plus possible aux aspects concrets, et pour choisir sur le champ un milieu particulier envers lequel diriger de préférence notre analyse, c'est donc la phase de préparation ou de 'conduite de l'instance' qui représentera ici notre référent principal. Un contexte où d'autre part la coexistence d'exigences et de principes inspireurs du procès civil ontologiquement conflictuels, correspond fondamentalement à la prévalence des rôles du juge ou des avocats – et *vice versa* – comme justement les ainsi dits principes accusatoire et inquisitoire²¹.

De manière différente, on pourrait dire que la question cruciale concernant la phase préparatoire est depuis toujours celle de ses buts – ou bien de sa fonction – l'intérieur du procès. Une constatation qui en implique forcément aussi ultérieure, c'est-à-dire que, notamment à ce sujet, il faudrait au moins tenir compte de la relativité extrême des susdits buts et fonctions, bref de ses bornes fonctionnelles. C'est, d'autre part, ce que semblent en effet confirmer les plus récentes évolutions normatives en la matière, en mettant à la fois en évidence des nouveautés de contexte tout à fait significatives et dont il faudra tenir compte.

Il s'agit d'une expression qui renvoie à l'attribution possible de fonctionnalités différentes à cette phase, en la concevant selon le cas comme ample ou limitée incisive ou insignifiante à l'égard de la définition du litige (de sa célérité et de sa qualité en termes de justice)²². C'est face à ces options que s'est périodiquement manifestée la capacité de réaction de chaque culture du procès aux exigences provenant de la société. Et on pourrait ajouter d'emblée que le niveau et la direction de cette réaction manifestent en particulier la capacité d'un modèle juridique de soutenir le défi posé par ces exigences.

La justification d'une telle réaction serait surtout souhaitable, à savoir réaction – tout en tenant compte des facteurs socio-économiques reliés au procès – voulant aboutir à des résultats d'effectivité²³. Mais on ne peut se passer du fait qu'al général une perception réelle des facteurs susdits suppose au moins l'attribution préventive d'un certain rôle au procès civil, en tant que cadre institutionnel du conflit ; un rôle définissable comme au sens large social et ultérieurement grosso modo tendant à la péréquation des inégalités parmi les parties, ou les sujets impliqués. L'évolution des phases préparatoires des procès civils semble d'ailleurs, démontrer que seule l'adoption d'une telle perspective permet d'atteindre un niveau de justification effective dans la réaction des législateurs procéduraux aux exigences provenant de la société.

Cela, évidemment, abstraction faite des nuances culturelles différenciant culture de l'autre et – par analogie – un modèle procédural de l'autre, mais aussi compte tenu d'un procès de rapprochement très répandu par rapport aux solutions ado, récemment en cours entre les systèmes de *common law* et ceux de *civil law*²⁴.

²¹ Cf. C. AMBROISE-CASTÉROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, 4^a éd., Bordeaux 2000, *passim*; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris 1999, 527 ss.

²² Cf. J.C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès (Rapport au Garde des Sceaux)*, 15 juin 2004.

²³ Cf. S. GUINCHARD, *Droit processuel, droit commun et droit comparé*, 2^a ed., Paris 2003, 459 ss.

²⁴ Cf. G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law Systems – Some Continuing Misconceptions Concerning Roles in Civil Litigation*, in 39 *Cornell Int'l L. J.* 2006, 59 ss.

A ce propos, un malentendu de fond qui demeure amplement, caractérise encore les perceptions mutuellement partagées entre ces deux systèmes de cultures juridiques. Du côté de la culture de *civil law*, il s'agit de l'idée que l'*adversary system of litigation* soit fondé sur son... *adversariness*, dans le sens simplifié à l'extrême d'une prévalence totale de la 'perspective de l'avocat' et d'une corrélatrice fonction neutre ou passive (justement *un-pireal*) du juge. Par contre, du côté de la culture de *common law* (et surtout américaine), cela signifie en substance l'attribution indistinctement à tous les modèles procéduraux du civil law system (sans exception de sorte) d'un pouvoir inquisitorial incisiv appartenant au juge, et en particulier au juge civil²⁵. D'ailleurs, et de toute évidence, le domaine spécialement concerné par ces genres de croyances est celui de la phase préparatoire du procès, ou en tout cas les activités visant à la clarification des véritables raisons du litige à travers la détermination de son noyau conflictuel²⁶.

Malgré l'effet rassurant d'une telle systématisation statique et simplificatrice, le problème semble être celui de l'effective actualité de ces conceptions de nos jours. Une question à laquelle il semble convenable de répondre est que, vis-à-vis des évolutions réalisées au niveau des réformes disciplinaires et – peut être plus important encore – des changements affectant la notion même de litige civil, la 'tenue' de la susdite juxtaposition semblerait au moins douteuse; ce qui n'empêche pas à ce propos quelques petites mises à point.

Bien que cela puisse paraître trop prévisible, on pense que la première de ces mises à point devrait concerner le modèle américain de préparation du litige et les rôles respectifs des sujets institutionnels dans ce contexte. En effet, tel qu'on le dira aussi par la suite, les caractères de structure supposés et permanents de ce modèle de justice civile ont périodiquement représenté une sorte de justification de base pour la réalisation d'inquiétants revirements dans la direction de l'affaiblissement du rôle du juge au cours de la préparation du litige. Autrement dit, l'idée de la permanence en *common law* et surtout dans le modèle nord américain de procès civil d'un juge passif, simple 'bouche de la loi' ne se mêlant absolument pas aux activités du *pretrial* et jouissant d'une extranéité lourde quant à la définition des termes du litige, peut parfois sembler 'fonctionnelle', et provoquer par son intermédiaire conceptuel et sa fascination culturelle des pulsions imitatives impérieuses (grosso modo en cohérence avec l'idée que si dans un pays plus évolué en termes économiques l'on fait comme cela...).

Indépendamment du fait que ces pulsions soient plus ou moins convenables, une question cruciale serait d'établir l'actuelle vraisemblance de cette passivité virtuellement attribuée au juge civil américain. Il s'agit d'une question à laquelle il semble assez facile de donner une réponse négative. En effet, et en particulier pour le procès civil fédéral, il y a longtemps qu'une telle caractérisation est incompatible avec la même structuration générale du litige, à savoir la forme du *pretrial*, et spécialement de son noyau représenté par le *discovery* (c'est-à-dire la phase du procès civil dans laquelle les parties – sous le contrôle du juge – parviennent à obtenir de l'adversaire les informations estimées nécessaires à leurs défenses, ou à leurs demandes respectives).

²⁵ Cf. M. TARUFFO, *Il processo civile de civil Law e di common law: aspetti fondamentali*, dans *Sui confini*, cit. 67 ss.

²⁶ Cf. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1085, *passim*.

Déjà tracé dans la version originale des *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, le programme caractérisant par contre le juge américain comme nettement impliqué dans le déroulement du procès se renforce en réalité plus clairement ensuite. Une progression s'anime surtout autour des années 70 et 80, période après laquelle on assiste à une véritable requalification du rôle du juge dans le cadre de plus vastes réflexions sur la fonction même du procès civil.

C'est tout d'abord, et cela à partir des années 70, la jurisprudence de la *Supreme Court* qui attribue au juge le pouvoir de se servir dans le procès civil fédéral amplement – même en l'absence d'une volonté spécifique d'abuser du procès de la part de l'avocat – des sanctions prévues par la *Federal Rule 37* en cas d'inobservation d'un *discovery order*²⁷. Ce sanctioning approach au fonctionnement de la procédure de *discovery* – quoique critiqué ensuite de temps en temps – indique que la fonction du juge fédéral américain, loin d'être passive et éloignée, se caractérise plutôt comme celle d'un puissant contrôleur-gérant du déroulement de l'instance. Un *trend* que, d'ailleurs, l'évolution suivante a confirmé ultérieurement spécifié²⁸.

Au cours de ces vingt dernières années, plus que l'aspect d'un activisme du côté de l'utilisation des sanctions afin de discipliner cats et rendre effective la coopération entre les parties – et en particulier leurs avocats – c'est l'importance d'un facteur comme celui de la complexité qui caractérisera l'adoption du rôle du juge des avocats dans le contexte de la phase préparatoire du procès civil américain. Quoique les premières élaborations doctrinales de la notion de *complex case* remontent déjà aux années 50, le véritable émergence d'un tel facteur autour de la fin des années 80 change assez rapidement les perspectives et les perceptions de la culture juridique américaine à ce propos, et en même temps la pousse à dépasser des métaphores enracinées mais depuis trop longtemps inactuelles²⁹.

L'objet d'un refus très répandu et résolu est en particulier la métaphore de l'utilisation de la notion d'*adversary system of litigation* comme pendant de l'attribution au juge d'une fonction simplement passive (autrement dit *umpireal*), d'un déroulement de l'instance exclusivement réalisé par les avocats selon des procédures pratiquement incontrôlables³⁰.

C'est surtout en raison de la nécessité de réaliser rapidement un contrôle effectif des bornes du litige dans les *complex cases* (à savoir *mass tort litigation*, *commercial* et *corporate cases* et bien d'autres genres de litiges), qu'aux Etats-Unis la notion de procès civil est

²⁷ Cf. A. DONDI, récemment sur ce sujet – aussi bien que sur le *discovery* en général – B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino 2004, *passim* (en particulier chapitre 2); sur l'évolution en cours, v. aussi A. DONDI, *Questioni di efficienza*, cit., 161 ss.

²⁸ Cf. W.D. BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery A Critique and Proposals for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, 1295; plus récemment et avec de nombreuses considérations à propos du *trend* de réforme qu'on souligne dans le texte, S.N. SUBRIN, *Fudge Points and Thin Ice in Discovery Reform and the Case for Selective Substance-Specific Procedure*, in 46 *Fla. L. Rev.* 1994, 27; L.S. MULLENIX, *Hope Over Experience: Mandatory Informal Discovery and the Politics of Rulemaking*, in 69 *N.C. L. Rev.* 1991, 795; T.D. ROWE, *A Square Peg in a Round Hole? The 2000 Limitation on the Scope of Federal Civil Discovery*, in 69 *Tenn. L. Rev.* 2001, 13.

²⁹ Cf. G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities Systems*, cit.

³⁰ Cf. un ouvrage fondamental à ce sujet, M.E. FRANKEL, *Partisan Justice*, New York 1980, 10, 25, 73; A.R. MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, in 69 *Minn. L. Rev.* 1984, 1.

désormais devenue synonyme de *case management*, notion qui, à son tour, implique inévitablement aussi celle d'un juge conçu essentiellement comme *managerial judge*³¹.

Sur la base de ces pouvoirs de sanction attribués au juge au cours de la procédure de *discovery*, on est donc parvenus à une philosophie du procès civil où la maîtrise du juge coïncide avec une plus vaste tâche de supervision sur le déroulement de l'instance, vis-à-vis de tâches bien plus lourdes imposées analogie aussi aux avocats. Et, en effet, justement dans le contexte des litiges complexes, le problème devient bientôt de faire en sorte que le juge puisse pour ainsi dire «*put his arms around the case*» en contrôlant le déroulement du procès dès son début.

En cohérence, les avocats, tandis que les défenses initiales sous forme de simple *notice pleading* selon la prévision originale de la *Federal Rule* 8, devront se conformer à une notion de *fact pleading* et plaider – aussi bien que répondre – en spécifiant dans les détails leurs raisons en fait et droit (d'après la *Federal Rule* 11, le contrôle du juge s'exercera même à travers l'imposition de sanctions directement envers l'avocat en cas de *groundless pleading* et d'introduction conséquente d'un *frivolous lawsuit*)³². On peut donc bien affirmer que la mise en œuvre de l'action dans le *pretrial* est dans le sens littéral du terme conduite et «soignée» pas à pas par le juge, aussi bien au niveau de *pretrial conference* (d'après la *Federal Rule* 16) qu'au niveau de *discovery*, ou mieux de *prediscovery stage* (d'après la *Federal Rule* 26 (a) (1), en matière de *discovery conference*)³³.

C'est en particulier à ce moment du litige que la réforme des *Federal Rules* de décembre 2000 a prévu une tâche ultérieure pour la partie voulant obtenir une disclosure de la part de l'adversaire d'informations, d'ailleurs strictement limitées à celles qui concernent le litige («...*that the disclosing party may use to support his position...*»), c'est-à-dire le devoir de démontrer «*good cause*» à chaque *request of disclosure*³⁴. Cela confirme la transformation définitive sous forme bien plus spécifiée du *fact pleading*³⁵ et le niveau plus important de *judicial case management* d'un juge qui doit, tout en contrôlant spécifiquement le déroulement de l'instance au cours du *discovery* (en organisant d'abord la *discovery conference* initiale et par la suite les *discovery plans* éventuellement nécessaires), évaluer aussi le bien-fondé des raisons de toutes requêtes provenant des avocats.

Cette sélection d'activités procédurales (autrement dite aussi *specific discovery*) est le véritable clou du *trend* de réforme qui s'est développée aux États-Unis en particulier dans la dernière décennie³⁶.

4. Ce *trend* impliquant la réalisation d'un effectif *case management* à travers une intervention pénétrante du juge américain dans les activités du déroulement de l'instance civile, trouve des correspondances significatives dans les disciplines procédurales de *civil law*.

³¹ Cf. J. RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, 374.

³² Cf. bien plus complet et général de ce que le titre semble impliquer, E. CAVANAGH, *Pleading Rules in Antitrust Cases: A Return to Fact Pleading?*, in 21 *Rev. of Litigation* 2002, 1 ss.

³³ Cf. ce qu'on a appelé la '*discovery revolution*', R. MARCUS, *Only Yesterday: Reflections on Rulemaking Responses to E-Discovery*, in 73 *Fordham L. Rev.* 2004, 2 ss.

³⁴ Cf. C. TOBIAS, *The 2000 Federal Civil Rules Revision*, in 38 *San Diego L. Rev.* 2001, 884.

³⁵ Cf. E. CAVANAGH, *Pleading Rules in Antitrust Cases: A Return to Fact Pleading?*, cit., 9 ss.

³⁶ Cf. à ce propos S. SUBRIN, T.O. MAIN, *The Integration of Law and Fact in an Uncharted Parallel Procedural Universe*, in 79 *Notre Dame L. Rev.* 2004, 1981 ss.

En effet, grâce à cela, un rapprochement culturel et fonctionnel entre les deux systèmes juridiques traditionnels³⁷ semble s'être réalisé. Et c'est justement surtout sur ce dernier plan que ce rapprochement se réalise, car désormais les problèmes de gestion de nouveaux genres de litiges, plus complexes sous de nombreux aspects qu'auparavant, semblent être répandus et communs à tous les modèles procéduraux.

On peut donc affirmer que le défi de la complexité a donc contribué à réduire des différences désormais plus nominales et métaphoriques que réelles entre les systèmes de *civil law* et de *common law*. Pourtant, les résultats atteints grâce à l'influence exercée par ce facteur sur de nombreuses cultures juridiques semblent bien plus considérables, aussi bien pour la *civil law* que pour la *common law*. C'est ce côté fonctionnel qui paraît ici particulièrement intéressant, à cause des analogies que – en particulier dans le domaine de la préparation du litige pour la décision – les solutions adoptées dans les réformes européennes montrent avoir avec les instruments procéduraux caractérisant l'évolution américaine récente.

Cette circonstance résulte de toute évidence quant aux *Civil Procedure Rules* anglaises de 1999, une réforme à travers laquelle on réalise peut être – dans le contexte du *common law system* – la transformation la plus profonde et la plus avancée sur la ligne d'un renforcement du rôle du juge vis-à-vis de celui des avocats dans la phase préparatoire du litige³⁸.

On peut sans doute qualifier comme intimement *managerial* le rôle du juge anglais dans les 'new rules'. Ce qui apparaît inéluctablement évident déjà au début du procès, lors de la qualification du litige à travers son insertion – laissé à la discrétion du juge – à l'intérieur d'un des trois *track* (*small claims track*, *fast track*, *multi track*), disciplinés par les *part* 26, 27, 28 29 des nouvelles *CPR* et contextes d'adaptation de la procédure aux caractères de chaque catégorie de litige, sur la base de la majeure ou mineure complexité procédurale. La discipline des susdites confirme qu'un *judicial management* situé au début du litige représenté un choix idéologique très fort et en même temps une prémisse aussi forte pour l'exercice de la part du juge d'un pouvoir de contrôle effectif et d'organisation du litige en maîtrisant la préparation pour en limiter les délais et s'adapter aux exigences de chaque catégorie de litige.

Bien sûr, dans les nouvelles *Civil Procedure Rules*, au-delà du *preliminary stage* du litige (*part* 3 des *CPR*), l'activité de *case management* revenant au juge se poursuit sans solution de continuité, à l'intérieur du *pre trial*, dans la procédure de *disclosure* et d'*inspection* aussi (expressions synonymes du *discovery*, mais à fonction intégrée, la *inspection* signifiant proprement la possibilité effective d'accéder aux documents dont on a informé auparavant l'adversaire à travers la *disclosure*³⁹). A cet égard (*part* 31 des *CPR*), on signale l'adoption d'une philosophie de 'full discovery' (ou de 'cards on the table'), à savoir de rapide et complète clarification des positions réciproques des parties, en manifeste contraste avec la situation précédente, qui avait vu la transformation de cette procédure essentiellement dans un mécanisme d'explication de tactiques abusives visant plutôt à cacher qu'à découvrir, à retarder qu'à résoudre.

C'est, tel qu'on pouvait le prévoir, la présence de gaves sanctions qui fonde cette 'new approach'. Situées au niveau d'une disposition générale comme celle de la *part* 3, en ma-

³⁷ Cf. G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsabilities*, cit.

³⁸ Cf. N. ANDREWS, *English Civil Procedure – Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford 2003, 29 ss.

³⁹ Cf. A.A.S. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, London 2003, 466.

tière de *court's management powers*⁴⁰ ces sanctions – pouvant être de nature très variée et à discrétion du juge – ont même la possibilité d'aboutir à un ordre de *striking out*, en réalisant la conclusion immédiate du litige par décision contraire à la partie n'ayant pas obtempéré à un *order of disclosure*.

Ce qui paraît significatif dans cet emplacement, c'est la confirmation que le clou de la réforme, plutôt qu'au niveau de transformation de la procédure de *disclosure-inspection*, est affirmé dans l'attribution au juge d'une *managerial* fonction répandue au déroulement de l'instance.

On retrouve bien plus d'analogies que de différences entre la «*new English approach*» et les évolutions récentes qui, spécialement dans notre continent, ont intéressé les modèles procéduraux de *civil law*. Si l'on veut, il s'agit d'une démonstration significative du rapprochement en cours entre les systèmes juridique, face aux problèmes communs qui peuvent se synthétiser dans la notion de complexité déjà utilisée (et d'ici celle de litiges complexes, pour traduire brutalement l'expression américaine de *complex case*).

Il s'agit d'une vérité sans doute, bien qu'elle soit envisagée ici d'une manière générique, du reste inévitablement à ce niveau de synthèse extrême. En effet, on a de préférence souligné (sûrement plus qu'à satiété) la diffusion d'un rôle plus fort, *managerial*, du juge afin de rendre gérables des litiges difficiles dès leur début. Par contre on n'a abordé que marginalement des problèmes complètement impliqués dans la notion de complexité procédurale; comme justement celui du début du litige et de la nécessité de défenses ayant un plus haut niveau d'élaboration (et d'une spécificité conséquente dans les faits, le droit, l'indication des pièces et des preuves) par les avocats et encore de contrôle initial per le juge⁴¹; et comme celui des par les avocats et encore de contrôle initial par le juge preuves, en particulier de leur 'complication' fréquente du côté scientifique (l'utilisation dans un litige de connaissances scientifiques pouvant le caractériser comme *complex case* pour le seul problème de leur qualité et fiabilité, c'est-à-dire pour la nécessité de détecter les éventuelles raisons de pure tactique procédurale à la base de leur utilisation).

On est bien conscient de ces absences, qui ne vont pas diminuer l'importance du «nouveau» rôle du juge civil dans la préparation du litige, sa 'centralité' vis-à-vis des réformes, et sa fonction de 'réactif' possible des caractères de fond (idéologiques ou philosophiques) des changements encore en cours en ce moment. C'est justement en l'utilisant de cette manière et par rapport au contexte indiqué que, par exemple, on peut essayer des évaluations du côté fonctionnel. Une comparaison synthétique entre les modèles que l'on a du reste très rapidement considérés et des modèles de préparation du litige comme les modèles espagnol et italien appartenant au même système de *civil law* mais aussi à un contexte culturel 'latin' commun (avec toutes les analogies que cela peut signifier du côté... anthropologique), ne sera probablement pas inutile en conclusion.

Quant au nouveau modèle espagnol de la *LEC 2000*, on peut sûrement confirmer les analogies avec les évolutions récemment réalisées aux États-Unis et Angleterre, vu que *el papel del juez* y apparaît bien fortifié et cela spécialement pour ce qui concerne la préparation du litige. Dans ce domaine, c'est-à-dire pour ce qui concerne les défenses initiales et le moment de la *audiencia previa* (art. 414 ss. de la *LEC*), le juge espagnol a en effet la pos-

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Cf. A.A.S. ZUCKERMAN, *op. cit.*, 368 ss., 395 ss., 471 ss. (en matière de failure pour ce qui concerne *disclosure* et *inspection*); J. PYKE, *A-Z of Civil Litigation*, London 2001, 365.

sibilità-devoir d'utiliser des pouvoirs de *management*. Une exemplification de cela consiste – selon la disposition de l'art. 424, 2 de la *LEC* – dans la possibilité de sanctionner avec un *sobreseimiento* immédiat (donc réalisant à peu près un *striking out*) la transgression d'une requête du juge de *aclaraciones y precisiones*, face à une *demanda defectuosa*⁴². La disposition de l'art. 426, 6, qui confère au juge le pouvoir de demander aux panes «...para que realicen las aclaraciones o precisiones necesarias...» se place aussi dans le même contexte en lui permettant de juger selon le contraire en cas de manque d'obtempération⁴³. Un *judicial management* qui, davantage, peut parvenir afin d'atteindre la *rápida aclaración del objeto* du litige jusqu'à l'exercice des pouvoirs d'instruction *ex officio*, ou de *iniciativa probatoria del tribunal* (art. 429 de la *LEC*) au cas où les preuves proposées par les parties seraient «insuficientes para el esclarecimiento de los hechos»⁴⁴.

Vis-à-vis de ce cadre de magnitude des pouvoirs du juge espagnol, il serait par contre vraiment difficile de retrouver des analogies dans l'évolution plus récente de ce genre de problèmes en Italie (comme du reste avec les transformations concernant en général la réalité des procès civil en *common law*). Et cela pour la simple raison qu'il serait concrètement impossible de trouver une discipline à cet égard. Bien que cette affirmation puisse paraître invraisemblable, elle est mot à mot confirmée par le programme et l'articulation du projet de la «*Commissione Vaccarella*» de 2003⁴⁵. En bonne substance, l'idée de fond de cette réforme est que la fonction de l'avocat doit être «*esaltata*», et que cela trouve son pendant dans la limitation de celle du juge, jusqu'ici «*troppo utilizzata*» et bien au-delà de fonction essentielle, qui doit rester surtout et presque exclusivement «*quella di giudicare*»⁴⁶. L'élimination de toute audience faisant partie d'une séquelle bien ordonnée d'audiences à travers lesquelles réaliser le déroulement de l'instance l'exception de l'instance finale de décision est le moyen à travers lequel on entend réaliser ce programme. N'ayant rien à contrôler, le juge devrait s'occuper seulement du jugement, en intervenant seulement à la fin, lors de la susdite audience de décision. Mais, enfin, quand cela? Une fois que par volonté d'une des parties, le déroulement de l'instance soit terminé. Pourvu bien sûr que ce déroulement continue à être laissé à la gestion exclusive des avocats, à travers l'échange réciproque et virtuellement itéré de leurs actes et défenses.

Les problèmes de délais d'une telle procédure ne se posent évidemment pas ici. Un tel oubli s'étend également, aux exigences d'effectivité de la justice, pour ne pas dire de sa conformité ou de son effectivité face aux problèmes que pourrait poser la gestion de litiges complexes à l'intérieur d'une telle structure procédurale.

⁴² Cf. par exemple, J. MORENO, dans A.M. LORCA NAVARRETE, *Commentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Valladolid 2000, 2142-2143.

⁴³ Cf. *op. cit. supra*, 2156; J. MONTERO AROCCA, J.L. GOMEZ COLOMER, A. MONTON REDONDO, S. BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil*, cit., 329 ss.

⁴⁴ Cf. par exemple, J. GUASP, P. ARAGONESES, *Derecho Procesal civil*, t. I, Madrid 2003, 353.

⁴⁵ Cf. A. CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, dans Aa.Vv., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. III, Milano 2005, 2581 ss.

⁴⁶ Cf. A. DONDI, *Questioni di efficienza*, cit.

53. QUALCHE (ULTERIORE) RILIEVO SU CULTURA DEL PROCESSO, COMPARAZIONE E RIFORME*

Angelo Dondi e Vincenzo Ansanelli

SOMMARIO: 1. Scelte di politica del diritto e qualità delle opzioni tecniche nel processo civile. – 2. Funzionalità in tale prospettiva dell'approccio comparatistico. – 3. Possibili ambiti di speciale rilievo in un contesto di riforme e ripensamenti culturali.

1. Scelte di politica del diritto e qualità delle opzioni tecniche nel processo civile

Si è inteso intitolare le brevi considerazioni che seguono includendo parte del titolo di un recente scritto di Michele Taruffo, del quale qui ci si propone di proseguire molto più modestamente il discorso¹. La combinazione dei tre elementi di cultura, processo e comparazione – che intende costituire qui appunto la specifica continuazione dell'articolo di Taruffo – trova giustificazione nella nostra cultura giuridica per aspetti che sono stati anche di recente messi in luce². Si tratta, per lo più, di caratteristiche assimilabili a sostanziali carenze, come anche si dirà in queste pagine; ma non solo.

Per chi scrive sembra del tutto condivisibile, specie nella prospettiva del dibattito circa la riforma – o le riforme – del processo civile, il richiamo a un doveroso ritorno o recupero delle opzioni ideologiche come presupposto e sostrato delle scelte da realizzare in sede di adeguamento/trasformazione del nostro modello processuale³. Questa istanza appare in effetti essenziale per un duplice ordine di ragioni, di prospettiva e finalità del processo nonché di carattere tecnico. E ciò per via della circostanza che la contestualizzazione delle scelte tecniche, all'interno di una prospettiva adeguatamente elaborata degli obiettivi da perseguire, costituisce il presupposto essenziale per la realizzazione di rimodulazioni tecnicamente adeguate e coerenti, pur all'interno di modelli non più meramente riproduttivi di schemi e categorie 'classiche', o moderne in senso storico⁴.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 1437-1446, e ha costituito la traccia di base per la relazione presentata da Angelo Dondi al XX Colloquio biennale dell'Associazione di diritto comparato in tema di *Nuovi temi e tecniche della comparazione giuridica*, tenuto presso la Facoltà di Scienze politiche della Università degli Studi «Carlo Bo» di Urbino, nei giorni 18, 19 e 20 giugno 2009.

¹ Il riferimento è a M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 63 ss.

² Cfr. V. ANSANELLI, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 713 ss.

³ V., nuovamente, M. TARUFFO, *op. loc. cit.*, spec. 70-71.

⁴ Come pare, in questo spirito di complessivo adeguamento culturale e disciplinare; v. A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, 4 ss., della *Presentazione*. Ma anche, ad esempio, fra i molti e in una prospettiva diacronica ormai molto allargata, V. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna 1989, 49 ss. (e, nell'ambito della rielaborazione del 2004 v. E. SILVESTRI, *Il profilo comparatistico*, in V. DENTI, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna 2004, 52 ss.);

Riguardo alle opzioni ideologiche, pare oltremodo superfluo ritornare su elaborazioni ampiamente sedimentate – nonostante qualche isolata eccezione⁵ – anche nella cultura processualcivilistica italiana. Ciò quantomeno nel senso della diffusa e ormai pressoché pacifica percezione del processo civile come strumento per perseguire obiettivi di giustizia sostanziale, nell'accezione della capacità di pervenire o almeno tendere a risultati corrispondenti a 'decisioni giuste'; fondate cioè sulla corretta applicazione della legge e su accertamenti veritieri dei fatti oggetto della controversia. Il tutto in coerenza allargata con la specificità e reciproca diversità del «contesto politico e culturale oltre che economico e perfino etico»⁶.

In sé, questo dato rappresenterebbe per così dire 'solo' un presupposto di svolgimenti culturali di riforma del tutto necessari e verosimilmente improrogabili. Tale presupposto di fondo, per diventare effettivo programma di riformulazione normativa, necessita tuttavia di una sua qualificazione forte per il tramite di richiami, collegamenti, coscienze di analoghe opzioni e realtà processuali esterne a quella italiana, dalle quali derivare – o comunque non escludere di derivare – suggestioni, in una logica di raffronto approfondito e consapevole⁷. Ed è ciò che sembra rappresentare un passaggio e, anzi, un elemento del tutto necessario per la realizzazione delle scelte di carattere tecnico alle quali si è accennato

Id., *Sistemi e riforme – Studi sulla giustizia civile*, Bologna 1999, *passim*; M. TARUFFO, *Il processo civile di 'civil law' e di 'common law' – Aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2003, 121 ss.; più di recente, v. G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int. L. J.* 2006, 59 ss.

⁵ V. G. MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 9 ss.; ID., *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato)*, *ivi* 2007, 863 ss.; ID., *L'attuale dibattito sugli «orientamenti pubblicistici» del processo civile*, in *Rass. forense* 2003, 1199 ss. Al riguardo, si vedano le considerazioni di M. TARUFFO, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 723 ss.

⁶ Cfr. nuovamente M. TARUFFO, *op. cit.*, 71 (e, in correlazione, M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere – Analisi comparatistica del processo*, trad. it. di F. ROTA, A. GIUSSANI, Bologna 1991, *passim*).

⁷ Solo a scopo esemplificativo, nell'ambito di una letteratura risalente, estesa e per certo autorevole, oltre alle indicazioni di cui alla nota n. 4, v. M. CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bologna 1969, *passim*; L.P. COMOGGIO, *Valori etici e ideologie del «giusto processo» (modelli a confronto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 892 ss.; ID., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, spec. 47, 220 ss.; con specifico riferimento a un ambito di indagine nel quale l'adozione di una prospettiva comparatistica è apparsa evidentemente cruciale per garantire il corretto funzionamento della giustizia civile, v. V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.* 1962, 9 ss.; ID., *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, *ivi* 1967, 365; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 219 ss.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, *ivi* 1996, 261 ss.; ID., *Problemi di utilizzazione delle conoscenze esperte come expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, *ivi* 2001, 1133 ss.; L.P. COMOGGIO, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Studi in onore di Federico Stella*, II, Milano 2008, 1325 ss.; sempre nell'ambito probatorio v. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, spec. 194 ss.; su altri versanti del processo civile, in cui la prospettiva comparatistica è stata per evidenti ragioni fondamentale, v. A. GIUSSANI, *Studi sulle class action*, Padova 1996, *passim*; più di recente, con riferimento invece alla strutturazione degli atti introduttivi, v. A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 259 ss.

al fine della risoluzione dei problemi concernenti il processo, precipuamente in un'ottica di riforma.

Occorre dire subito che questa costituisce una prospettiva diffusamente accolta al di fuori della nostra cultura giuridica e del nostro ordinamento. Tanto da essere ormai ricorrente il richiamo a «presupposti comparatistici» o, comunque, all'articolazione dei riferimenti al di fuori dello specifico ordinamento interessato anche in culture tradizionalmente molto autoctone o virtualmente autosufficienti, come ad esempio quella statunitense nel contesto degli ordinamenti anglosassoni⁸. Del resto, analoghe sensibilità e propensioni si sono manifestate, specie di recente, anche in culture europeo-continentali del processo diverse da quella tedesca – tradizionalmente attenta ad eventi e suggestioni esterne – come quelle francese e, soprattutto, spagnola⁹.

Per converso, non si può fare a meno di rilevare la per così dire evidente 'anomalia italiana'. Un'assoluta diversità che appare manifestarsi o, al più, in una frenesia di riforma 'casuale' (tale cioè da non apparire compiutamente elaborata sul piano ideologico e, conseguentemente, sul piano delle scelte tecnico-processuali) o, più frequentemente, in una totale assenza di trasformazioni di settori nevralgici per il funzionamento adeguato del processo civile.

⁸ Cfr., ad esempio, C. VALCKE, *Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Compatibility of Legal System*, in 52 *Am. J. Comp. L.* 2004, 713 ss.; O.G. CHASE, *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?*, in N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspectives*, Torino 2005, 163 ss. Per un ulteriore esempio di indagine comparatistica articolata ed integrante v. O.G. CHASE, H. HERSHKOFF, L. SILBERMAN, Y. TANIGUCHI, V. VARANO, A. ZUCKERMAN, *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul 2007, *passim*. Con specifico e ampio riferimento all'adozione di una prospettiva comparatistica per il superamento della *malaise* della giustizia civile v. A. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 5ª ed., Oxford 2009, all'interno del quale si veda, in una prospettiva statunitense come suggestiva anche per quanto concerne gli argomenti ai quali si farà *infra* cenno, R.L. MARCUS, *The Malaise of Superpower Litigation*, in A. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*, cit., 71 ss.

⁹ Con riferimento all'ordinamento tedesco v. P.L. MURRAY, R. STURNER, *German Civil Procedure*, Durham 2004, (*Preface*), XII ss.; P. GOTTWALD, *Civil Justice Reform – Access, Cost and Expedition*, in A. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*, cit., 207 ss.; G. WALTER, *The German Civil Procedure Reform ACT 2002: Much Ado About Nothing?*, in N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspectives*, cit., 67 ss.; con riferimento, invece, alla prospettiva francese si vedano sempre *ivi* F. FERRAND, *The Respective Role of the Judge and Parties in the Preparation of the Case in France*, 7 ss.; L. CADIET, *Complessità e riforma del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 1303 ss. (con trad. it. di D. TORQUATO); per alcuni riferimenti all'ordinamento spagnolo v., anche per ampi rimandi bibliografici, A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Processo civile spagnolo*, in *Enc. dir.* 2008, spec. 650 ss.; con specifico riferimento alle istanze che hanno portato all'emanazione della *L.E.C.* 2000 v. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento civil*, in *Rev. der. proc.* 1999, 362 ss.; R. HINOJOSA SEGOVIA, *Il nuovo codice di procedura civile spagnolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1124 ss.

2. Funzionalità in tale prospettiva dell'approccio comparatistico

Due considerazioni appaiono essenziali riguardo a questa combinatoria di caratteri, in definitiva qualificabili come preoccupanti carenze. Ed, in effetti, le più o meno recenti riforme italiane del processo civile manifestano tali elementi di carenza; appunto evidenti, come sopra indicato, soprattutto su due versanti¹⁰.

a) In linea generale, infatti, un carattere appare del tutto prevalente negli indirizzi di riforma italiani del processo civile; prevalente, ma anche caratterizzato in tale contesto da una sostanziale neutralità, se non addirittura da una sua progressiva stereotipizzazione. Si tratta della circostanza che, all'apparenza, la sola occasione e al contempo obiettivo degli interventi di riforma del processo civile italiano venga fatta consistere nell'esigenza di ridurre drasticamente i tempi del processo¹¹. Ovviamente rilevante, tale occasione obiettivo ha trovato tuttavia soluzioni notoriamente insoddisfacenti nelle riforme finora realizzate, non fosse che per la circostanza della permanenza di estreme durata, inefficienza e complicazione con riguardo al funzionamento del nostro processo civile, quantomeno al raffronto con gli altri processi europei¹².

Appare probabile e comunque non azzardato prospettare come ragione di fondo di tale fallimento la sostanziale assenza di un adeguato impianto ideologico per tali riforme. Con ciò a intendere, oltre all'ovvio obiettivo della riduzione dei tempi del processo, una sufficiente elaborazione delle finalità da perseguire, come pure, e per converso, delle prospettive da respingere e dei rischi da evitare, nella direzione di una complessiva concreta efficienza del funzionamento del meccanismo processuale¹³.

In altri termini, ciò che si intende implicare è che lo svuotamento del valore e significato, in assoluto oggettivamente innegabile, della riduzione dei tempi del processo sia essenzialmente da attribuire all'assenza di 'presupposti ideologici'.

Ulteriormente, e in stretta relazione con quanto detto, ciò che sembra costituire il secondo elemento caratterizzante – come si è detto, in negativo – lo specifico italiano riguardo alle esigenze di riforma del processo civile, è l'assenza di attenzione e di specifici interventi nell'ambito del diritto delle prove, da intendere tanto nell'accezione anglosassone di *law of evidence* quale complesso di principi generali comuni nonché di singoli

¹⁰ V. A. DONDI, *Crise récente de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du process*, in *R.R.J.* 2006, 2351 ss.; ID., *Questioni di efficienza della fase preparatoria del processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.

¹¹ V. B. SASSANI, *Il processo civile e il miraggio delle riforme: attese, illusioni, delusioni*, in *Atti dell'Incontro di Studi «Pubblico e Privato nei modelli di riforma del codice di rito»*, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, 18-19 giugno 2009, Firenze 2009; G. MONTELEONE, *A proposito di una incipiente riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 1 ss.; M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, 9 ss.; A. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella recente riforma italiana del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251 ss.; B. CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in *www.judicium.it*; V. ANSANELLI, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Brevi rilievi critici*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 907 ss.

¹² Cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, 74 ss.

¹³ Cfr. M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

meccanismi o strumenti probatori, quanto per i suoi riscontri più prettamente processuali riferibili alla gestione delle conoscenze all'interno del processo¹⁴.

Si tratta evidentemente di un ambito di rilevanza estrema, specie nella prospettiva sopra suggerita – e da chi scrive ritenuta inevitabilmente preferibile – di assegnare al processo la finalità di produrre decisioni 'giuste', nella completa esplicazione di una funzione effettivamente euristica. Ma ciò anche in quanto il terreno delle prove viene ad assumere, in questa prospettiva, una caratterizzazione del tutto privilegiata come ambito di verifica della caratterizzazione del processo secondo tali direttive, attraverso cioè l'adozione di precise scelte ideologiche 'direzionanti' specifici interventi tecnici di riforma realizzati o da realizzarsi¹⁵.

b) Forniscono un riscontro in certa misura risolutivo dell'incidenza pratica di questa assenza di opzioni ideologico-culturali i mancati interventi in settori altrove oggetto di trasformazioni significative, nel contesto di riforme generali del processo civile. È una circostanza che, del resto, solo sporadicamente è stata rilevata nel suo aspetto di carenza grave da parte della dottrina italiana¹⁶. Prescindendo dal chiedersi se essa segni anche l'attuale momento della nostra cultura del processo civile, pare soprattutto importante segnalare in che cosa consista il nucleo dello scarto esistente rispetto alle altre culture del processo.

Molto prevedibilmente, tale scarto sembra potersi sostanziare nel permanere di un sostanziale 'rifiuto comparatistico' a livello di cultura del processo percepita, diffusa e praticata attraverso le riforme; anche 'in quanto ascoltata' dal legislatore¹⁷.

Invero, ciò potrebbe apparire quasi paradossale in un momento nel quale, come di recente è stato segnalato, per così dire la comparazione 'piace', al punto di essere finalmente accettata senza soverchi scandali anche all'interno della nostra accademia processualciviltistica; per la quale, oltretutto, sembrano essere cadute prevenzioni nei confronti di culture giuridiche per lungo tempo ritenute estranee e pressoché 'barbariche', come quella statunitense¹⁸. In analogia con altre opzioni culturali, si tratta tuttavia, anche in questa circostanza, del 'come' e del 'quanto' la prospettiva comparatistica venga effettivamente praticata e utilizzata.

E qui occorre dire che i riscontri sul versante del processo sembrano, purtroppo, indicare discrasie almeno rilevanti, di carattere prospettico oltre che strettamente tecnico-processuale. Si tratta di discrasie in qualche misura risalenti e comunque riferibili – per restare all'ambito delle riforme realizzate o mancate – a un periodo ormai sufficientemente lungo e a una vicenda quasi storicizzabile. Per un verso, infatti, e in analogia con quanto accaduto con il processo penale alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, all'inizio

¹⁴ V. A. DONDI, V. ANSANELLI, *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 621 ss.; A. DONDI, V. ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Pol. dir.* 2007, 11 ss.; A. CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma della giustizia civile*, in *Corr. giur.* 2004, 1776 ss.

¹⁵ Cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, spec. 82 ss.

¹⁶ Si vedano le indicazioni alle note 10 e 14, *supra*.

¹⁷ Cfr. M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸ V., da ultimo, V. ANSANELLI, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, cit., 754 ss.

del terzo millennio anche la procedura civile aveva per così dire tentato una *soi-disant* americanizzazione¹⁹.

Un evento che si è tentato di realizzare più che altro sul piano della struttura del processo e, in particolare, della sua fase introduttiva o più genericamente preparatoria. Il riferimento è – piuttosto banalmente, lo si riconosce – alla vicenda delle riforme concernenti l'effimera normativa del già abrogato 'processo societario' nonché la del resto incompiuta riforma generale del processo preconizzata con la 'Bozza Vaccarella'²⁰. In ambedue queste riforme è stata ricorrentemente definita come *à l'américaine* la destrutturazione della fase preparatoria o di trattazione attraverso l'attribuzione agli avvocati dei più ampi spazi di gestione dell'attività di chiarificazione dell'oggetto della controversia, con la contestuale eliminazione pressoché assoluta dei poteri direttivi o organizzativi del giudice istruttore²¹.

Ora, la circostanza che una simile autodefinizione o definizione potesse essere utilizzata per descrivere tale indirizzo di riforma sembra confermare le distanze fra una generica, ma forse anche incontrollata, aspirazione e una seria verifica comparatistica dello stato delle cose nella pratica e nella cultura (leggi dibattito ed elaborazione amplissimi e risaltanti) dell'ordinamento dichiarato come modello di raffronto; ossia appunto quello statunitense, si suppone federale. Come noto, infatti, niente di più diverso da una gestione incontrollata e rimessa comunque alla sola iniziativa di parte ha caratterizzato e soprattutto caratterizza in quell'ordinamento la fase di *pre-trial* e in particolare di trattazione (*discovery*)²².

¹⁹ V. A. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella recente riforma italiana del processo civile*, cit., 251 ss.

²⁰ Scegliendo tra i molti contributi v. S. CHIARLONI, *Prime note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 2003, 2413 ss.; C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul codice di procedura civile: metodi asimmetrici e penombre*, in *Corr. giur.* 2002, 1541 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 393 ss.; A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1232 ss.; ID., *Impostazione ideologica e funzionalità nella recente riforma italiana del processo civile*, cit., 255 ss. Da ultimo, per una interessante ricostruzione delle vicende relative al 'processo societario' e, più in generale, alle riforme del processo civile susseguites nell'ultimo quinquennio, v. B. SASSANI, *Il processo civile e il miraggio delle riforme: attese, illusioni, delusioni*, in *Atti dell'Incontro di Studi «Pubblico e Privato nei modelli di riforma del codice di rito»*, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, 18-19 giugno 2009, Firenze 2009.

²¹ Si vedano le indicazioni alla nota che precede; nonché, A. CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma della giustizia civile*, in *Corr. giur.* 2004, 1776 ss.

²² Nell'ambito di una produzione scientifica almeno vasta e risalente a questo riguardo, v., ad esempio, W.D. CRAZIL, *Improving Judicial Controls Over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Sanctions*, in 6 *Am. B. Found. Res. J.* 1981, 873 ss.; J.S. KAKALIK, *Just, Speedy and Inexpensive? An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act*, Washington 1996, 17 ss.; J. RESNIK, *Changing Practice, Changing Rules: Judicial and Congressional Rulemaking on Civil Juries, Civil Justice and Civil Judging*, in 49 *Ala. L. Rev.* 1997, I, 133 ss.; ID., *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, 374 ss.; S.N. SUBRIN, *Fishing Expedition Allowed: The Historical Background of 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *Boston Coll. L. Rev.* 1998, 691 ss.; più di recente, v. J.M. LANDE, *How Much Justice Can We Afford?: Defining the*

Ma è l'idea di base di tali recenti riforme – non a caso catalogate come un notevole balzo all'indietro²³ – secondo la quale il ritorno a una tradizione di disponibilità assoluta dovesse vedere il giudice «recuperare la sua naturale funzione giudicante»²⁴, con – si ribadisce – la corrispettiva perdita di qualsiasi potere di gestione specie dello svolgimento della fase preparatoria del processo, che appare incongrua o comunque lontana dagli svolgimenti contemporanei dei principali movimenti di riforma negli altri ordinamenti del processo²⁵. È più che altro questa circostanza che denuncia carenze culturali davvero estreme e anacronismi giustificabili solo alla luce di una prospettiva del tutto asfitticamente autarchica. E che ciò possa combinarsi con la contemporanea diminuzione delle vecchie idiosincrasie verso raffronti di carattere comparatistico sembra spiegabile solo con la diffusione-accettazione di una certa accezione di comparazione, percepita come fondamentalmente esornativa; pertanto non disturbante o 'pericolosa' molto probabilmente proprio in ragione della sua sostanziale genericità e scarsa incidenza sulle *hard choices* in tema di processo e relative riforme²⁶.

3. Possibili ambiti di speciale rilievo in un contesto di riforme e ripensamenti culturali

Un tale stato di cose, e le relative conseguenti discrasie, trovano manifestazione evidente anche su di un piano più per così dire strettamente tecnico; ossia con riguardo a specifiche scelte (o assenza di scelte) disciplinari nell'ambito delle riforme (o delle mancate riforme).

Per rimanere entro i limiti – di per sé peraltro virtualmente anche amplissimi – del diritto delle prove, inteso nell'accezione ampia dei metodi di assunzione e di utilizzazione delle relative conoscenze, solo qualche cenno ad alcuni fenomeni macroscopicamente evidenti. Così, distinguendo fra i casi di intervento carente e quelli di assenza *tout court* di intervento, sembra inevitabile un richiamo alla nuova disciplina della 'testimonianza scritta' e, per converso, ai problemi ancora irrisolti in merito alla utilizzazione delle conoscenze esperte nonché all'ordine di esibizione.

Ancora una volta, raffronto comparatistico e doverosa opzione ideologica manifestano la loro importanza nella vicenda delle riforme italiane del processo civile, per lo più in ragione della loro latitanza.

In relazione appunto alla testimonianza scritta, occorre subito dire che il parametro di valutazione risulta essere proprio il complesso dei collegamenti di carattere comparatistico. Ove la configurazione della testimonianza (scritta) all'interno della riforma italiana sembra, in effetti, denunciare quanto sopra riguardo alla mancata incidenza di raffronti con esperienze straniere peraltro note, ormai a portata di mano nonché, per certo, molto

Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice, in *J. of Disp. Res.* 2006, 213 ss.

²³ M. TARUFFO, *op. loc. cit.*, spec. 75-76; nonché ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 451.

²⁴ Tale espressione si rinviene nella 'Relazione illustrativa' della c.d. Bozza Vaccarella; in proposito, a esempio, v. R. VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.* 2003, 262 ss.

²⁵ V., nuovamente, A. DONDI, *Crise récente de la justice civile et évolution des reglementations procedurales selon différentes cultures du proces*, cit., 1151 ss.

²⁶ Cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, spec. 69, 90-91.

diverse rispetto al risultato riformatore raggiunto dal legislatore italiano. E ciò essenzialmente perché, come già rilevato a suo tempo, la strutturazione ultima della testimonianza con l'inclusione di una sua eventuale forma scritta appare invero non sufficientemente articolata e sottoposta a forme di controllo effettivo da parte del giudice²⁷.

Fra la scarsa e pedissequa previsione del nostro nuovo art. 257-*bis* c.p.c. e norme corrispettive in altri modelli di processo sembra, infatti, esistere una sorta di rapporto *per reductionem*. Ciò ove si consideri la oggettiva limitatezza del dettato normativo, a fronte della corrispondente ampiezza e specificità delle discipline relative in ordinamenti come ad esempio quello statunitense e anche francese²⁸. Ma, soprattutto, ove macroscopica risulta la circostanza della previsione di un preventivo, inderogabile ed espresso accordo delle parti come condizione della sua concreta effettuazione; accordo rispetto al quale appare secondario se non pleonastico il ruolo di ulteriore valutazione pur inevitabilmente attribuito al giudice. E, ancora, rispetto al quale – in ragione delle probabili scarse *chance* di successo di tali accordi nel contesto di controversie particolarmente conflittuali – sembra altrettanto inevitabile la previsione di una sua implicita estrema limitazione già *intentione legis*, nella previsione del nostro legislatore.

Ciò a prescindere da due ulteriori e opposte considerazioni. Non può essere sottovalutata, anzitutto, la notoria propensione del giudiziario italiano – per cultura professionale radicata e in ogni caso per prassi da troppo tempo sedimentate – ad aderire a richieste congiunte delle parti. Il che porterebbe a ritenere altrettanto prevedibile che, in ipotesi di tale accordo sulla forma della testimonianza, non verrebbe dal giudice effettuato alcun ulteriore controllo selettivo al riguardo. Per converso, e inoltre, risulta almeno probabile che – a séguito dell'assoluta genericità e indeterminatezza dei criteri di selezione previsti nella nuova norma – non sia concretamente possibile pervenire all'individuazione di un nucleo progressivamente tipizzantesi di controversie rispetto alle quali tale genere di testimonianza risulti davvero opportuno e praticabile.

Una circostanza, quest'ultima, dalla quale sembra doveroso derivare una considerazione di carattere generale. In tal modo si è forse anche perduta una notevole occasione nella direzione della concreta individuazione nella pratica del processo civile italiano di una categoria di controversie sotto questo profilo catalogabili come complesse e, pertanto, necessitanti particolari configurazioni disciplinari sia sul piano probatorio sia riguardo a un particolare coinvolgimento ad opera del giudice. Del resto, il versante della complessità – che trova ora significativa accoglienza in un sintetico quanto opportuno progetto di

²⁷ V. A. DONDI, V. ANSANELLI, *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del diritto civile*, cit., 621 ss.

²⁸ Sui commenti alla l. n. 69/2009 e alla norma in questione si ritiene di poter limitare i richiami a meri rinvii con funzione esemplificativa; così, ad es., v. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile – Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino 2009, 53 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile – Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino 2009, 45 ss. Con riferimento all'ordinamento statunitense, per limitare la citazione a elaborazioni «italiane» informate di questi temi in prospettiva comparatistica v. U. BERLONI, *Affidavit come modalità alternativa di assunzione della prova testimoniale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 1267 ss.; relativamente all'ordinamento francese, per limitarsi a esempi nella manualistica, v. L. CADIET, *Droit judiciaire prive*, 5^a ed., Paris 2006, 1221 ss.; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile: droit interne et droit communautaire*, 29^a ed., Paris 2008, *passim*.

riforma del processo civile²⁹ – costituisce un possibile *leitmotiv* anche per i rilievi concernenti gli altri ‘problemi irrisolti’ più sopra indicati.

Nella prospettiva della complessità o, meglio, della mancata percezione di tale prospettiva nella direzione di un adeguamento della nostra normativa, si collocano per certo quelle che potremmo definire attenzioni ininfluenti, come pure, a maggior ragione, totali disattenzioni sul piano disciplinare.

Nel primo caso sembra rientrare appieno il nuovo assetto della consulenza tecnica d’ufficio, che appare del tutto minimalmente indirizzato alla riduzione dei tempi del procedimento mediante la compattazione in un’unica udienza delle attività precedenti il deposito della relazione peritale; con formale preventivo e generalizzato riconoscimento della facoltà dei consulenti tecnici di parte di formulare osservazioni all’elaborato peritale³⁰. Il recente intervento riformatore, quindi, sembra caratterizzarsi a riguardo principalmente per la mancata incidenza su snodi altrove considerati come fondamentali per l’utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Il riferimento è essenzialmente alla ricerca di *standard* elevati di attendibilità e affidabilità probatoria, da perseguirsi principalmente mediante l’individuazione di precisi criteri di selezione delle conoscenze scientifiche utilizzabili per la ‘corretta’ risoluzione delle controversie civili, con una verifica in tal senso rimessa attivamente al giudice. Circostanza che appare anche questa di particolare rilevanza in ragione dell’aumento esponenziale dei casi in cui – stante le profonde evoluzioni registratesi nell’ultimo quarantennio nei diversi ambiti dei saperi specialistici o comunque extra-giuridici – l’utilizzazione di ‘personale esperto’ per la chiarificazione delle circostanze di fatto oggetto delle controversie civili appare concretamente indispensabile ai fini della loro definizione tendenzialmente ‘giusta’³¹.

Attiene invece alla seconda ipotesi della totale disattenzione – del resto, come si ritiene, del tutto notoriamente – la disciplina dell’ordine di esibizione. Viene infatti confermata la mancata riformulazione normativa della disciplina dell’esibizione dei documenti – strumento davvero essenziale per la gestione di controversie civili caratterizzate appunto da notevoli elementi di complessità oggettiva –, rimasta come è noto immutata rispetto alla versione originaria contenuta negli artt. 210 ss. c.p.c. L’assenza a riguardo di un adeguato ripensamento da parte di dottrina e giurisprudenza ha probabilmente contribuito alla mancata realizzazione in sede normativa di *standard* accettabili di effettività del relativo

²⁹ V. A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit., 54-55; per i primi commenti a questo progetto di riforma della giustizia civile v. F.P. LUISO, *Pubblico e privato nei modelli di riforma del codice di rito. Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Atti dell’Incontro di Studi «Pubblico e Privato nei modelli di riforma del codice di rito»*, cit.

³⁰ V. V. ANSANELLI, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Brevi rilievi critici*, cit., 907 ss.; M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, cit., 9 ss.

³¹ V. L.P. COMOGGIO, *L’utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, cit., 1325 ss.; A. DONDI, V. ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, cit., 115; V. ANSANELLI, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Brevi rilievi critici*, cit., 907 ss.; per interessanti aperture nella dottrina francese, v., ad es., G. DALBIGNAT-DEHARO, *Verité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris 2004, spec. 384 ss.

ordine, da realizzarsi essenzialmente attraverso la predisposizione di apparati coercitivi e sanzionatori³².

In questo senso, tanto il perseguimento di decisioni giuste – in quanto corrispondenti alla realtà fattuale delle posizioni oggetto del conflitto – che le suggestioni in questo senso derivanti dallo studio di altri ordinamenti del processo avrebbero dovuto suggerire la ricerca di una collaborazione ‘indotta’ delle parti; con la contestuale attribuzione al giudice di un ruolo attivo o comunque di incisivo controllo³³. Ma, al riguardo, proprio la presenza di una diversa impostazione sanzionatoria (effettivamente sanzionatoria) rispetto alla mancata collaborazione all’esibizione in una recentissima proposta di riforma della disciplina del processo civile, mentre appare di grande rilievo, conferma – proprio per la sua eccezionalità – *l’état des choses* descritto³⁴.

Un ulteriore rilievo conclusivo circa cultura, ideologia e comparazione riguardo al processo civile. Il problema sembra essere quello di una cultura del processo, e di opzioni ideologiche relative, che non rifiutino la comparazione ‘che non piace’; ossia, quella che attraverso una verifica attenta, modesta e approfondita nel senso dell’impegno di ricerca, propone obiettivi di riforma ardui ma intesi alla realizzazione di finalità di giustizia sostanziale del processo civile. Ciò, come sembra inevitabile, attraverso un coinvolgimento fattivamente collaborativo dell’avvocatura con un giudiziario sempre più responsabilmente e incisivamente impegnato nella gestione delle attività processuali.

³² Con particolare riferimento al problema dell’efficacia dell’ordine di esibizione v., anche in una prospettiva comparata, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 118 ss.; più di recente ID., *Etica dell’avvocatura – Strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, vol. I, Napoli 2009, 550 ss.; B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino 2004, *passim*; in una prospettiva di prevalente attenzione al diritto interno v., inoltre, B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino 1991, 664 ss.

³³ V., ancora e ad esempio, A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.; ID., *Impostazione ideologica e funzionalità nella recente riforma italiana del processo civile*, cit., 255 ss.

³⁴ V. A. PROTO PISANI, *op. loc. cit.*; la disciplina presenta al riguardo evidenti analogie con quella presente nella *LEC spagnola*, cfr. A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Processo civile spagnolo*, cit., spec. 650 ss.

54. IN TEMA DI RIFORME E GARANZIE DEL PROCESSO CIVILE QUESTIONI RILEVANTI IN UNA PROSPETTIVA EUROPEA*

Angelo Dondi e Paolo Comoglio

SOMMARIO: 1. *Background* culturale e normativa – Garanzie del contraddittorio nella nozione di «giusto processo» dalla disciplina dell'articolo 6 CEDU. – 2. Implicazioni relative nelle riforme europeo-continentali di carattere parziale. – 3. Riflessi nelle riforme strutturali in Spagna e in Inghilterra. – 4. Acquisizioni – e significative carenze – nella più recente riforma italiana (legge n. 69 del 2009).

1. *Background* culturale e normativa – Garanzie del contraddittorio nella nozione di «giusto processo» dalla disciplina dell'articolo 6 CEDU

È nota la circostanza che uno degli aspetti principali dell'elaborazione realizzata dalla nostra cultura giuridica in tema «giusto processo» nella disciplina dell'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), ha intensamente coinvolto la nozione di contraddittorio¹. Si tratta, del resto, di un coinvolgimento sotto molti profili dovuto; e ciò quantomeno nella prospettiva – da tempo acquisita presso la nostra dottrina – dell'attribuzione a questa nozione di una portata culturalmente ampia e tecnicamente molto incisiva sullo svolgimento del processo².

Appare da subito opportuno chiarire che qui di seguito si intende suggerire una nozione di contraddittorio effettivamente aderente alle esigenze di funzionamento efficiente del processo e, quindi, a un'idea concretamente realizzabile anche sul piano tecnico di «giusto processo». Il tutto posta una chiarificazione altrettanto liminare riguardo all'ampiezza attribuibile alla nozione di contraddittorio, che qui sarà inteso come garanzia coinvolgente tutti i soggetti tecnici del processo e non solo le parti. Ossia, in altri termini, l'accezione qui accolta di contraddittorio sarà quantomeno trilaterale e, pertanto, necessariamente coinvolgente il giudice.

* Questo scritto è stato pubblicato in *Giusto proc. civ.* 2010, 555-576.

¹ In proposito, si rimanda a L.P. COMOGGIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni*, in *Id.*, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, 119 ss.

² Sul punto si vedano S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 137 ss.; L. LANFRANCHI, *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino 2001; N. TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano 2001, 41 ss.; A. DONDI, V. ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Pol. dir.* 2007, 111 ss.; A. GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione nei processi civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 745 ss.; L.P. COMOGGIO, voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino 1989, 3 ss.; *Id.*, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Etica e tecnica*, cit., 63 ss. e I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali del processo civile italiano*, Torino 1997.

Del resto, proprio la nostra giurisprudenza di Cassazione sembra collocarsi in tale prospettiva; come risulta almeno da alcune sue pronunce recenti, operanti in ambito penalistico ma con espliciti richiami a «presidi di contraddittorio» in sede civile, quali il caso *Drassich* del 2008³. Con tale sentenza la Corte rileva, infatti, come all'interno del modello processualcivilistico italiano siano rinvenibili disposizioni che «impongono al giudice un comportamento attivo a garanzia del rispetto del principio del contraddittorio fra le parti»; e ciò non soltanto nello svolgimento delle attività direttamente finalizzate alla formazione della prova ma anche in tutti i vari momenti del processo implicanti la determinazione del *thema decidendum*. In questo contesto di elaborazione teorico-funzionale, il riferimento esplicito è – *rationae materiae* – in tale sentenza alla disciplina dell'art. 384, comma 3, c.p.c., nella versione emendata dal legislatore del 2006, individuato quale esempio di ottemperanza e, anzi implementazione e ampliamento, dei dettami dell'art. 6 CEDU nonché di quelli dell'art. 111 Cost.

Appare da notare – in inciso ma anche con riferimento allargato a quanto qui si dirà – come tale presa di posizione collochi il problema nella giurisprudenza della Suprema corte in termini coerenti con una visione di contraddittorio effettivamente garantito; con ciò sostanzialmente superando una 'mera' accezione di 'equo processo' ex art. 6 CEDU in favore di una accezione effettivamente *fair* del processo, in quanto «realizzato costantemente, ossia anche nelle attività latamente trattatorie e non specificamente probatorie nel contraddittorio fra le parti»⁴.

Riguardo al giudice è da dire che, in questa prospettiva come pure nella intenzione di chi scrive, la sua funzione risulta del tutto 'implicata' dalla nozione di contraddittorio in un contesto di *fairness* processuale. Un coinvolgimento che, del resto, sembra confermato dalla linea delle riforme che hanno interessato di recente i processi civili europei; ove questa nozione risulta modulata in una prospettiva di considerazione dei riscontri concreti di certi assetti (o riassetti) dello strumentario processuale in termini di efficienza⁵.

Ciò, nonostante debba riconoscersi come, tuttora, le garanzie di ordine costituzionale, a livello cioè di normative 'fondamentali' tanto interne che internazionali, tendano a delimitare la definizione di tale nozione alla interrelazione 'garantita' sul piano processuale delle parti private. Una circostanza che, a chi scrive, appare francamente non più coerente con la realtà e le esigenze del processo civile; tanto da dover essere probabilmente esplicitata anche in tali sedi, come del resto diffusamente riconosciuto – ancorché con notevoli *nouances* interpretative – dalla cultura giuridica e, ricorrentemente, dalla giurisprudenza⁶.

³ Cfr. Cass. 12 novembre 2008, n. 45807, in *Foro it.* 2009, II, 65. Su tale pronuncia si rimanda a F. ZACCHE', *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Diritto penale e processo* 2009, 781-788; M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2009, 1465, e L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, *ivi*, 1474.

⁴ Cfr. V. ANSANELLI, *Violazione dell'equo processo. Rimedi processuali e ruolo del giudice nell'attuazione del contraddittorio*, in *Riv. dir. pubbl. comp. europ.* 2009, 441 ss.

⁵ Cfr. N. TROCKER, V. VARANO, *Concluding Remarks*, in *IDD., The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino 2005, 244 ss., nonché gli altri contributi contenuti nella medesima opera.

⁶ Cfr., in proposito, anche per ulteriori richiami, L.P. COMOGGIO, *Le garanzie fondamentali*, *cit.*, 71 ss.

Pertanto, la circostanza che il riscontro in termini di garanzia del contraddittorio delle correlative garanzie di 'giusto processo' costituisca il *Leitmotiv* anche di queste poche pagine risulta di fatto un corollario di questa impostazione. In effetti, come si è detto, qui si tenterà appunto di riscontrare questa nozione e le sue concrete manifestazioni/accezioni (delle quali la garanzia di un contraddittorio effettivo appare la più significativa in termini di struttura del procedimento) nel contesto delle riforme che hanno interessato il processo civile; anzi, i processi civili, in ragione dell'approccio comparatistico che si intende – pur molto sinteticamente – adottare.

Ciò con una premessa di ordine generale e, se si vuole, strutturale o... letterale. Occorre, infatti, dire subito che, nonostante quanto finora affermato, nella lettera della disciplina dell'art. 6 CEDU manca un esplicito riferimento alla nozione di contraddittorio. Ma occorre anche subito aggiungere che, come noto, nella giurisprudenza della Corte Europea è ricorrente il riferimento a tale nozione, proprio in quanto desunta e ricavata dalla previsione di tale norma⁷.

Ed è proprio in ragione di ciò che sembra di poter ulteriormente premettere due considerazioni. Intanto, da quanto sopra si desume la sostanziale 'correttezza' dell'impostazione in termini di contraddittorio (e di relative garanzie) che si assume riguardo alle riforme del processo civile in coerenza con i principi e le tutele di cui all'art. 6 CEDU. Inoltre, che qui risulta possibile attribuire un rilievo del tutto particolare a tale nozione, in termini per così dire tecnici, come un parametro di valutazione della 'giustizia' del processo, secondo criteri riferiti alle concrete tutele apprestate o da apprestare nei singoli ordinamenti europei. È in questa prospettiva che, pertanto, si terrà conto del dettato della norma al raffronto con le più recenti riforme europee del processo civile; ancorché consci della 'occasione' per così dire non processualcivile dell'art. 6 CEDU e – anche più del nostro art. 111, comma 2, Cost. – del suo originario carattere per così dire penalistico o processualpenalistico⁸.

Da quest'ultima circostanza, è invero noto come derivi alla disciplina in questione un carattere di essenzialità e di universalità apparentemente in contrasto con l'elemento più tipicamente caratterizzante i processi civili (o la nozione di processo civile) nel momento presente. Si tratta notoriamente della nozione di complessità processuale; nozione che trova nel processo civile riscontri del tutto peculiari, in ragione della maggiore evidenza, in questo contesto, delle complicazioni e conseguenti complessità assunte dalle interrelazioni economiche e, pertanto, dal loro *côté* patologico per lo più rappresentato – nelle loro ormai svariate configurazioni – dalle controversie civili⁹. E, in effetti, l'ulteriore intento

⁷ Si vedano, con particolare riferimento alla materia civile, *C. Eur. Dir. uomo*, 25 aprile 1983, caso *Monnell e Morris*, in *Foro it.* 1988, IV, 1 ss., con nota di A. PIZZORUSSO, *C. Eur. dir. uomo*, 29 maggio 1986, *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, in *Riv. dir. int.* 1987, 378, e *C. Eur. dir. uomo*, 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Gov. Italiano*, in *Guida al dir.* 2001, 35, 94, con nota di M. FINOCCHIARO. In proposito, sul ruolo della giurisprudenza (di tipo «pretorio») della Corte Europea nella «concretizzazione» delle garanzie processuali si veda L.P. COMOGGIO, *Diritti fondamentali*, cit., 122 ss., spec. 123, n. 76.

⁸ Si rimanda, ancora una volta a L.P. COMOGGIO, *Diritti fondamentali*, cit., 122 ss.

⁹ Cfr. A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137.

che qui si persegue è di ‘calare’ anche in questo contesto il *background* delle tutele garantite appunto dall’art. 6 CEDU.

2. Implicazioni relative nelle riforme europeo-continentali di carattere parziale

Nella prospettiva di un raffronto fra i singoli ordinamenti processuali europei, quello francese assume a questo riguardo un particolare rilievo all’interno dei cosiddetti sistemi di *civil law*.

In effetti, è stato rilevato come, per un verso, un ordinamento di così grande impatto culturale (ma anche, per così dire, tecnico) sulla configurazione della nostra disciplina processuale risulti del tutto carente sul piano della previsione a livello di normativa costituzionale di qualche cosa di simile al nostro articolo 111 Cost. e, correlativamente, all’art. 6 CEDU¹⁰. Ma si è altresì rilevato come, per altro verso, pur in assenza di un vero e proprio diritto sostanziale di agire, sia presente nella disciplina processuale francese una configurazione dell’azione sostanzialmente assimilabile già a una garanzia del contraddittorio tecnicamente strutturata come diritto «*pour l’auteur d’une prétention d’être entendu sur le fond de celle-ci*»¹¹. Una caratterizzazione che coglie come referente della nozione di contraddittorio la nozione di difesa in giudizio, tecnicamente configurata come rapportabile ad un contesto di ‘giusto processo’ nel quale siano compresenti parametri come quello della correttezza, della pubblicità e della virtuale brevità del giudizio¹².

Tali constatazioni hanno anche sottolineato l’effetto di riassetto delle nozioni di diritto (come diritto sostanziale) e processo (come effettive garanzie – modalità di tutela) che in tal modo – in effetti, piuttosto sorprendentemente rispetto a parametri tradizionali ritenuti fino a poco tempo fa insuperabili – si realizzerebbe all’interno di un tipico ordinamento di *civil law*; ordinamento nel quale per così dire «dominante diventa la disponibilità del rimedio... mentre l’interesse protetto ne rappresenta soltanto il *posterius*»¹³. Lungi dall’essere solo una mera manifestazione del fenomeno di avvicinamento dei sistemi processuali da tempo in corso, da simili rilievi e realtà fattuale appare in definitiva possibile derivare la considerazione che, nell’ordinamento francese, garanzia del contraddittorio e modalizzazione tecnica della difesa risultino praticamente sinonimi e, in ogni caso, si configurino come nozioni sostanzialmente sovrapponibili¹⁴.

Una tale circostanza assume speciale rilievo proprio sul versante sopra accennato – quale elemento connotante, in Francia come altrove, il processo civile nel momento attuale – della gestione di controversie complesse¹⁵. Emerge su questo versante tutta una serie di questioni sostanzialmente configurabili come necessità di adeguamento del meccanismo

¹⁰ N. TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 41 ss.

¹¹ F. FERRAND, *I diritti fondamentali e il processo civile in Francia*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino 2002, 56.

¹² L.P. COMOGGIO, *Le garanzie fondamentali*, cit., 63 ss.; ID., *Note riepilogative su azione e forme di tutela nell’ottica della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 466.

¹³ N. TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi*, cit., 42-43.

¹⁴ In proposito, si rimanda (anche per ulteriori e più specifici approfondimenti in merito al ruolo dell’avvocato) a G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, Bologna 2005, 97 ss.

¹⁵ L. CADIET, *Complessità e riforme nel processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 1303.

processuale alla 'sfida della complessità' nel rispetto e nel contesto di un'effettiva implementazione delle garanzie fondamentali di giustizia del processo. Referenti essenziali a questo riguardo appaiono il rapporto fra la nozione di contraddittorio e quella di effettiva chiarificazione dell'oggetto della controversia ai fini della decisione. Dalla dottrina francese (come anche da parte di quella italiana, ormai) il perseguimento di tale obiettivo comporta, specie in controversie catalogabili come complesse, una fattiva collaborazione fra tutti i soggetti tecnici del processo, ossia le parti rappresentate dai rispettivi avvocati e il giudice¹⁶.

Ed in effetti, le riforme e comunque le rielaborazioni della cultura giuridica francese al riguardo manifestano tale percezione e intento innovatore, specie in relazione alla riformulazione della disciplina processuale concernente fasi del processo nelle quali lo svolgimento del contraddittorio appare particolarmente arduo senza la predisposizione di discipline *ad hoc*, tanto per la trattazione quanto per la fase di istruzione probatoria. Si tratta di fasi, come noto, corrispondenti, nella cultura giuridica francese, alle denominazioni di *mise en état* e di *instruction*; e alle quali, nell'ultimo decennio in particolare (con i *décrets* del 1998, del 2004 e del 2005), sono state riservate riforme del tutto coerenti con la tutela e l'implementazione dei principi ai quali qui si intende fare riferimento¹⁷.

È in effetti su questa linea che si colloca l'idea di una collaborazione tra giudici e parti e di una riqualificazione del ruolo del giudice del tutto coerente con un'impostazione già presente nella cultura giuridica francese a seguito della riforma del 1975 (*Nouveau Code de Procédure Civile*) con riferimento al potere del giudice istruttore di far rispettare il *principe du contradictoire* sotto il profilo e del controllo della *loyauté de l'instance* (artt. 14 e 15 *NCPC*) imposta alle parti e sotto il profilo (artt. 8 e 16.1 *NCPC*) del rapporto fra giudice e parti nel momento nel quale il giudice stesso intenda rilevare circostanze emerse e non specificamente allegate dalle parti in sede *déroulement de l'instance* e di *instruction*¹⁸.

La garanzia derivante dall'art. 6 CEDU in tema di accesso effettivo a un tribunale o, comunque, a un giudice trova del resto ricorrenti conferme, sempre sul piano della strutturazione del meccanismo processuale (e delle relative attività in senso lato definibili endoprocessuali), anche negli altri modelli di processo civile 'continentali'. Per certo, un tale fenomeno risulta evidente nella cultura tedesca e sotto forma di *Justizgewährungsanspruch* e, soprattutto, di *effektiven Rechtsschutz*, nozioni sulla base delle quali risulta possibile il ricorso tanto alla Corte costituzionale Federale tanto alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per il rispetto di garanzie di correttezza generale del processo (*Garantie*

¹⁶ Si rimanda, anche per ulteriori richiami, a M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 451 ss., L.P. COMOGGIO, voce *Istruzione e trattazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ. Agg.*, II, Torino 2007, 777, V. DENTI, *Processo (processo civile – diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1991, XXIV, 1 ss. Per la dottrina francese si rimanda, anche per gli ulteriori riferimenti, a F. FERRAND, *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen*, in *Rev. int. droit. comp.* 2000, 353 ss. e L. CADIET, *La légalité procédurale en matière civile*, in *Bull. inf. C. Cass.* 2006, 21, 3-19, spec. par. 12-13.

¹⁷ Sulle riforme, in generale, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Paris 2008, 793 ss.

¹⁸ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 636-641; L. CADIET, *Droit judiciaire civile*, Paris 2006, 320-329; Id., *Code de procédure civile*, Paris 2009.

eines fairen verfahrens)¹⁹. Tale prospettiva si combina con la presenza nel modello tedesco di nozioni che modulano il principio del contraddittorio (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), informandolo a criteri di concentrazione e accelerazione dei procedimenti giurisdizionali in una linea del tutto coerente con la ragionevole durata del processo sancita dall'art. 6 CEDU²⁰. Al riguardo è stato rilevato in dottrina che, in Germania, proprio questo aspetto della *Beschleunigung* ha trovato un supporto essenziale in tale disciplina, di fatto costituendo una novità che ha caratterizzato l'elaborazione del diritto processuale civile tedesco a partire dall'ultimo trentennio del ventesimo secolo²¹.

Un riscontro particolarmente interessante sul piano dello strumentario processuale è, nell'ordinamento tedesco, quello corrispondente alla riforma degli atti introduttivi, riforma nettamente indirizzata nel senso di una loro ulteriormente specifica fattualizzazione; una circostanza connessa alla effettività del contraddittorio in combinatoria con la sua rapida realizzazione in termini di chiarificazione dell'oggetto della controversia e che trova riscontro nel combinato disposto di cui ai §§ 138 e, soprattutto, 139, nonché 253 ZPO specie alla luce delle riforme realizzate in Germania a partire dal 2001²². Con tali riforme, proprio nella prospettiva della allegazione dei fatti, la precisa circostanziazione diventa in Germania – già dalla fase introduttiva della controversia – la condizione per la loro possibile utilizzazione concreta in sede processuale; con ciò contribuendo a riformulare una nozione, del resto tradizionale e risalente nella cultura giuridica tedesca, di sostanziazione in relazione al principio di allegazione²³.

Sempre in questa prospettiva di effettività riferibile in senso ampio alla nozione di «giusto processo» ex art. 6 CEDU, nel diritto processuale civile tedesco si registrano ritocchi essenziali nel contesto delle riforme dei primi anni duemila. Ciò si realizza in particolare in una prospettiva che si potrebbe definire di implementazione della nozione di contraddittorio, nel senso della effettiva acquisizione di tutte le informazioni davvero necessarie per chiarire l'oggetto della controversia. In tale prospettiva, la nozione non appare più limitata alla garanzia per le parti *to be heard* e di poter rispondere alle istanze di controparte, ma si combina inevitabilmente con la necessità di garantire sul terreno del processo una da subito chiara impostazione della controversia in termini informativi delle circostanze di fatto alla sua base. E anche intuibile che in tale prospettiva la nozione coinvolga il ruolo del giudice altrettanto intensamente che le parti; talché contraddittorio garantito risulta da intendersi «garantito – e da garantire – a tutti i tre soggetti tecnici del processo»²⁴. Di qui un'esigenza di effettivo potenziamento dei poteri del giudice riguardo

¹⁹ P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham 2004, 65 ss., spec. 67.

²⁰ G. WALTER, *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino 2002, 108-110.

²¹ G. WALTER, *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*, cit., 109.

²² R. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 539-543, e F. STEIN, M. JONAS, *Commentar zur Zivilprozessordnung*, § 138, § 139, Tübingen, 2004, 216-237, 237-276.

²³ Per tutti, per quanto risalente, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino 1980, 44 ss., 56 ss. Nella dottrina tedesca, W. BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen 1982, 48 ss.

²⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari 2009, *passim*.

a varie attività di «informazione» all'interno del processo; dal controllo degli atti introduttivi, come si è detto, ad altre fondamentali attività; oltretutto sempre più essenziali allo svolgimento di controversie civili in un momento come questo, diffusamente definibile come «della complessità»²⁵.

Non appare pertanto casuale che significative trasformazioni di recente siano state introdotte in Germania con riguardo alle attività di esibizione di documenti (*Vorlegungsanordnung*, ex § 142 ZPO)²⁶. La norma viene, anzitutto, estesa ai terzi; ad essi cioè il giudice può *ex officio* ordinare l'esibizione di documenti ai quali la parte abbia fatto riferimento. Ed è noto poi come la mancata ottemperanza a tale ordine comporti sanzioni effettive, e di frequente e comune applicazione²⁷. La circostanza è facilmente catalogabile, sul piano di un rapido raffronto comparatistico, come un ulteriore esempio di avvicinamento dell'ordinamento processuale civile tedesco a quello statunitense, con riguardo al procedimento federale di *discovery* (di cui agli artt. 26 e 37 delle *Federal Rules of Civil Procedure*)²⁸. Un fenomeno da tempo in corso e frequentemente segnalato in dottrina; che registra un *trend* a diffusione mondiale anche sotto il profilo della specificazione estrema – in sede di preventiva allegazione – dei possibili documenti o oggetti di *discovery*. In effetti, sia per il *Vorlegung* sia per il *discovery*, la *policy* di fondo è, oggi, quella della specificazione e non della genericità delle possibili richieste e dei relativi ordini da parte del giudice²⁹.

3. Riflessi nelle riforme strutturali in Spagna e in Inghilterra

a) Sotto il profilo dell'applicazione di un'ottica appunto comparatistica all'influenza di nozioni sopranazionali di 'giusto processo' sulle riforme del processo civile anche più interessante appare il percorso evolutivo recentemente intrapreso dalla cultura giuridica spagnola. In effetti, l'impatto di tale influenza sulla riforma complessiva del processo civile attuata in Spagna con la *Ley de Enjuiciamiento Civil 2000* risulta per certi versi sorprendente³⁰.

Giustificata per così dire dal punto di partenza di tale riforma, questa sorpresa non può che trasformarsi in piacevole constatazione dei progressi realizzati in Spagna nella direzione

²⁵ A. DONDI, *Complessità e adeguatezza*, cit., 137.

²⁶ A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 101.

²⁷ A. DONDI, *Effettività*, cit., 101 ss.; B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino 1991, 682 ss., e Id., *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in AA.VV., *Le prove nel processo civile (Atti del XXV convegno nazionale)*, Cagliari, 7-8 ottobre 2005), Milano 2007.

²⁸ Di recente, ad es., cfr. G. WALTER, *Procedural reform in Germany*, in N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms*, cit., 74. Si vedano anche P.L. MURRAY, R. STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham 2004.

²⁹ A. DONDI, *Complessità e adeguatezza*, cit., 137.

³⁰ Per una storia della riforma si vedano F. RAMOS MENDEZ, *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona 2000, 34 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil: criterios inspiradores e innovaciones principales*, in *Tribunales de Justicia* 2000, n. 2, 127 ss.; F. CORDON MORENO (dir.), *Ley Enjuiciamiento Civil*, 13ª ed., Madrid 2008; I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform*, in N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms*, cit., 39-42. Si veda anche A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Processo civile spagnolo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2009, 650.

ne dell'implementazione della nozione di contraddittorio effettivo e allargato al giudice, anche e proprio alla luce della nozione 'europea' di 'giusto processo'³¹. Appaiono cruciali a caratterizzare la riforma spagnola nella prospettiva che qui interessa due elementi strettamente collegati, oltre a uno di carattere per così dire 'strutturale' come la presenza di una norma quale l'art. 24,1 nella *Constitución* del 1978³².

Il primo di tali elementi è rappresentato dalla elaborazione alla quale il progetto di riforma è stato sottoposto in termini culturali. La *Ley de enjuiciamiento civil* del 2000 è infatti permeata da una *philosophy* complessiva, oltretutto chiaramente espressa nella cosiddetta *Exposición de motivos*, attraverso l'indicazione delle idee-guida della *policy* adottata, e in particolare la necessaria effettiva funzionalità del processo «*al interés de los justiciables*»³³. Un programma che – nelle idee programmatiche del legislatore spagnolo – comporta l'adozione di tutta una serie di soluzioni tecniche di grande rilievo innovatore, al fine di strutturare una normativa del processo nel contesto della quale non siano consentite certe attività e, per converso, sia promossa una certa gestione della controversia.

Di qui la *policy* nella quale si concreta il secondo elemento caratterizzante la *LEC* 2000. Una *policy* a sua volta duplice e richiamantesi, per un verso, a un criterio ispiratore di fondo quale quello di *seriedad*, da riferire a tutti i 'soggetti tecnici' del processo ma in particolare agli avvocati nonché, per altro verso, alla configurazione e oggettiva percezione del procedimento come poco costoso e rapido, tanto per le parti quanto per lo stesso sistema³⁴. Questi obbiettivi di fondo ispirano nettamente le scelte più propriamente tecniche effettuate dal legislatore spagnolo della *LEC* 2000, specie con riferimento ad alcuni snodi cruciali del processo civile; e, in particolare, i tre momenti delle *alegaciones iniciales* – *pleitos* (o *demanda e contestación*), della trattazione nella cosiddetta *audiencia previa*, della acquisizione della prove (ossia, della *práctica de la prueba*).

Di tali momenti, già in quello dell'introduzione della controversia la *philosophy* sopra accennata ha modo di manifestarsi attraverso la espressa previsione di modalità 'serie' di redazione dei relativi atti; così attraverso la adozione di uno standard di *claridad e orden* a questo riguardo, tanto per la parte attrice che per quella convenuta (art. 399, comma 3, e 405 *LEC*). Si tratta di una forma dell'atto espressamente prevista al fine «...*de facilitar admisión o negación por el demandado al contestar*», che caratterizza come doverosamente chiara e specifica l'allegazione dei fatti già negli atti introduttivi, con uno scarto notevole rispetto all'assetto della nostra disciplina. Uno scarto ulteriormente scandito e dalla san-

³¹ Díez PICAZO GIMÉNEZ, *The Principal Innovations*, cit., 39-42.

³² In tema, nella prospettiva della «*efectividad*», Díez PICAZO GIMÉNEZ, *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad ambito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva: Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a la resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en derecho)*, in 10 *Cuadernos de derecho publico* 2000, 13 ss. (e altri saggi nello stesso n. di questa Rivista, spec. 113 ss., 133 ss.); J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Sabadell 2008, 11 ss., 34 ss., 83 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Ley española 1/2000 de enjuiciamiento civil. Orientación para una justicia civil más eficaz*, in A. DE LA OLIVA SANTOS, G. PALOMO VÉLEZ (coord.), *Proceso civil hacia una nueva justicia civil*, Santiago 2007, 13 ss.

³³ Si veda, in proposito, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil: criterios inspiradores e innovazione principales*, in *Tribunales de Justicia* 2000, 2, 127 ss., nonché A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Proceso civile spagnolo*, cit., 650.

³⁴ Cfr., in particolare, Díez PICAZO GIMÉNEZ, *The Principal Innovations*, cit., 39 ss.

zione nella forma della *admisión tácita* delle pretese contestate attraverso *respuestas evasivas* da parte del convenuto (art. 405, comma, 2 *LEC*) e dalla previsione espressa del divieto di modificazione delle domande (art. 412 *LEC*, in virtù del quale «...las partes no podrán alterarlo posteriormente»); disposizioni già di per sé indicative di un'attribuzione agli atti introduttivi di una reale esaustività delle richieste e delle allegazioni formulate³⁵.

Del resto, il collegamento fra una doverosa chiarificazione virtualmente esaustiva già negli atti introduttivi e l'oggetto della trattazione appare esplicitato anche con riferimento alle attività da svolgersi in sede di *audiencia previa* (artt. 414 e seguenti *LEC*)³⁶. Nell'ottica del contrasto di attività non coerenti con il criterio di *seriedad* sopra enunciato e di valori quali la rapidità e la minore dispendiosità del processo, la disciplina dell'interazione fra avvocatura e giudiziario in questa sede risulta emblematica. Per un verso il controllo del giudice in questa sede si rivolge, infatti, alle attività già svolte, ossia ai *pleitos*, al fine di impedire che a fondamento della controversia si collochino attività fondamentalmente abusive quali *acumulación de acciones e demandados imaginativos*³⁷. Per altro verso, è chiara la finalità di momento deflativo e risolutivo della controversia attribuita a questa fase attraverso al conferimento al giudice di ampi poteri discrezionali all'interno dei quali risulta centrale – oltre alla fissazione *de los hechos controvertidos* in una attività distretta comunicazione fra *las partes* o *su defensores* con *el tribunal* (art. 428 *LEC*) – quello di cui all'art. 415 *LEC*, ossia che si pervenga a transazione o conciliazione della controversia attraverso l'attività del giudice di «*exhortar a las partes [...]* o a *sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio*»³⁸.

In una analisi, oltre che sintetica inevitabilmente lacunosa, non sembra tuttavia poter mancare poi un richiamo a quanto la garanzia del contraddittorio venga precipuamente implementate norme di carattere probatorio, ove il ruolo attivo del giudice appare manifesto, così in norme di carattere generale come in istituti tipici del diritto delle prove. Fra le prime è inevitabile segnalare la norma manifesto della *LEC* 2000 in tema di ammissione della prova e di possibile sollecitazione da parte del giudice, *ex officio*, a integrare «*las pruebas propuesta por las partes [que] pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos*» (art. 429, c. 2, *LEC*)³⁹. Fra esse, non riferita ma coerente con l'aumento dei poteri del giudice in questo contesto, risulta anche la previsione, nell'art. 288 *LEC*, di sanzioni pecuniarie per le parti in caso di mancata «*ejecución de la prueba en el tempo previsto*»; norma emblematica dell'effettivo perseguimento di un obiettivo di

³⁵ Si vedano A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Proceso civile spagnolo*, cit., 652.

³⁶ Per quanto riguarda l'audiencia previa, si rimanda a A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Proceso civile spagnolo*, cit., 654, nonché ai vari contributi consultabili in A. DE LA OLIVA SANTOS (coord.), *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 2005.

³⁷ Si rimanda, sul punto, a J. DAMIÁN MORENO, in A.M. LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Valladolid 2000, 2088 ss. e A. DE LA OLIVA SANTOS, *Introducción*, in *El tratamiento*, cit., 26.

³⁸ Sul punto si veda J. BANACLOCHE PALAO, *Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio*, in *El tratamiento*, cit., 337 ss.

³⁹ Sul punto si vedano X. ABEL LLUCH, J. PICÓ I JUNOY, *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Barcelona 2003, 41 ss., nonché, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Proceso civile spagnolo*, cit., 656.

fattiva e rapida collaborazione nello svolgimento delle attività del processo. Quanto alle seconde, è solo il caso di ricordare la disciplina in tema di *exhibición* (artt. 328-329 e seguenti *LEC*), che – con una manifesta sperequazione rispetto alla corrispondente normativa italiana – configura un’effettiva sanzione processuale nei confronti della parte inottemperante, con l’attribuzione di conseguenze probatorie alla «*negativa a la exhibición*»⁴⁰.

b) Per ragioni in parte diverse e in parte analoghe alle considerazioni che precedono, il modello inglese risultante dalla riforma che ha portato all’adozione delle *Civil Procedure Rules* del 1999 segna una svolta davvero epocale nell’evoluzione del processo civile. E, si direbbe, *at large*; non solo, quindi, del processo civile di *common law*, posto che ancora una tale definizione disgiuntiva e distintiva sia giustificata in assoluto e soprattutto dopo appunto l’*enactment* delle *CPR*⁴¹.

In effetti, la trasformazione realizzata sulla linea tracciata dai *Woolf Reports* perviene a riconfigurare in maniera molto profonda la struttura del processo civile inglese, al punto di un effettivo abbandono del tradizionale modello dell’*adversary system of litigation* di *common law*, in ragione del mutamento radicale e del ruolo del giudice e della riconfigurazione strutturale di alcune sue attività tipiche all’interno della fase di *pretrial*⁴². Ma, prima e forse più ancora, rileva la circostanza che, anche in questo caso, tali trasformazioni risultino fondate sulla adozione di una *philosophy* complessiva molto peculiare della funzione del processo e di alcuni parametri di fondo irrinunciabili a questo riguardo, e riferibili tutti al c.d. *overriding objective* della riforma, non a caso enunciato nella prima norma della nuova disciplina (*part. 1.1. CPR*)⁴³.

Tale prospettiva, si sostanzia, nella riforma inglese, nell’idea che la disciplina processuale debba essere concepita in modo tale da consentire al giudice «*to deal with the case justly*»; un obiettivo che implica intrinsecamente in questo contesto una collaborazione

⁴⁰ In proposito si rimanda a A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Processo civile spagnolo*, cit., 659, e J. PICÓ I JUNOY, in *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., II, 1873 ss.

⁴¹ L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L’esperienza inglese e italiana*, Padova 2009; A. DONDI, *Crise récente de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès*, in *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2006, 2351; N. ANDREWS, *The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency. Reflections on the Recommendations of Lord Woolf Report*, in A.A.S. ZUCKERMAN, R. CRANSTON (eds.), *Reform of Civil Procedure. Essays on Access to Justice*, Oxford 1996; J.A. JOLOWICKZ, *The Woolf Report and the Adversary System*, in *C.J.Q.* 1996, 198 ss. Sulla complessa evoluzione dei rapporti tra *common law* e *civil law* in materia processuale si vedano anche M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, 345, Id., voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VI, Torino 1990, 324, nonché, meno recentemente, M. CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione ‘civil law’-‘common law’ (appunti storico-comparativi)*, in *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 194.

⁴² A.A.S. ZUCKERMAN, *Court control and party compliance – The quest for effective litigation management*, in N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms*, cit., 143 ss., 150 ss.

⁴³ In proposito, sugli obiettivi della riforma inglese si vedano N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford 2003, 336 (il quale definisce proprio la *Part I* come una sorta di «*resonant preamble*» al nuovo codice), Id., *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control – ‘Going, Going, Gone’*, in *C.J.Q.* 2000, 19, J.A. JOLOWIZ, *Il nuovo ruolo del giudice del pretrial nel processo civile inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1263, L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, ivi 2000, 1353, e C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, *ibidem*, 511.

strettissima tra parti e giudice, proprio al fine «*to help the court to further the overriding objective*» e realizzare obiettivi di giustizia attraverso un rapido «*just disposal of the case*»⁴⁴. Ed è in questo contesto che si inserisce e trova adeguata giustificazione ideologica sia la trasformazione della fase introduttiva sia la modulazione della trattazione che, in sé, rappresenta la novità più evidente delle *Rules*.

Non è casuale che la norma essenziale e veramente liminare nelle *CPR* sia costituita dalla configurazione di poteri di *management* spettanti al giudice. Tali poteri vengono definiti all'interno di una serie di norme, a partire dalla *part* 3.1; norme che ne prevedono una dettagliatissima elencazione, congiunta all'individuazione degli strumenti sanzionatori (*in primis* nella forma di *striking out*) in caso di mancata ottemperanza⁴⁵.

Quanto alla fase introduttiva, la riforma inglese realizza una modificazione non ancora attuata nel modello di raffronto costante in *common law*, ossia l'ordinamento statunitense federale⁴⁶. Ciò essenzialmente in ragione del fatto che nel nuovo ordinamento inglese, a differenza che negli Stati Uniti, è del tutto abbandonato il tradizionale modello di atto introduttivo come *notice pleading*, in favore di un atto introduttivo a intensa e specifica circostanziazione delle allegazioni di fatto (è, del resto, non casuale che alla definizione di *pleading* sia oggi sostituita quella di *statements of case*; cfr. *part* 16)⁴⁷.

La norma appare interessante in ragione del fatto che essa fornisce un modello unitario di formalizzazione della pretesa e della risposta all'interno di un modello di processo nel quale si prevedono varie forme di atto introduttivo, modulabili in base alle caratteristiche specifiche della singola controversia (*Claim Form*; *part* 7 *CPR* e relativa *Practice Direction*), ma ispirate ad una tendenziale semplificazione estrema delle forme⁴⁸. Ciò che, invece, la *part* 16 *CPR* realizza è la previsione di specifici requisiti contenutistici, particolarmente rilevanti ai fini della garanzia del contraddittorio, ove riferiti tanto alla precisione e alla concisione dello *statements della nature of the claim* [*part* 16.2, par. (2), lett. (a) *CPR*], quanto specificamente ai *contents of particulars of claim* [*part* 16.4 *CPR*] e, in particolare, alla allegazione ancorché sintetica dei fatti a fondamento della pretesa; una circostanza in sé indicativa del superamento della nozione di *notice pleading*, in quanto tale escludente qualsiasi requisito di fattualizzazione all'interno degli atti introduttivi in *common law*.

Solo un cenno all'elemento che si è detto più notoriamente caratteristico delle *CPR* del 1999, ossia alla allocazione in tre percorsi di trattazione differenti (*track*) delle controversie inglesi a seconda delle loro specifiche caratteristiche e relativa complessità. La scelta del percorso, occorre subito dire; spetta al giudice; in ciò, del tutto coerentemente con quanto detto sopra circa la riallocazione dei poteri fra parti e giudice all'interno del

⁴⁴ In proposito si veda J.A. JOLOWIZ, *Il nuovo ruolo del giudice*, cit., 1263.

⁴⁵ N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, cit., 338 ss.

⁴⁶ A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529; E.D. CAVENAGH, *Twombly: The Demise of Notice Pleading, the Triumph of Milton Handler, and the Uncertain Future of Private Antitrust Enforcement*, in 28 *Rev. Lit.* 2008, 1 ss., Per la più recente mini riforma concernente gli *antitrust cases*, si veda G.P. MILLER, *Pleading After Tellabs*, in *NYU Law and Economics Research Paper*, No. 08-16, 2008.

⁴⁷ F. FERRAND, *Le principe contradictoire*, cit., 359. In merito ai mutamenti terminologici contenuti nelle *CPR* inglesi si vedano J.A. JOLOWIZ, *Il nuovo ruolo del giudice*, cit., 1263 e L. PASSANANTE, *La riforma*, cit., 1353 ss.

⁴⁸ L. PASSANANTE, *Processo civile inglese*, in *Enc dir., Annali*, III, Milano 2010, 960 ss.

processo civile inglese riformato. A questo fine, va detto che un elemento di un effettivo contraddittorio, rispettoso dei più generali principi di 'giustizia' del processo, coerenti con i criteri di cui all'articolo 6 CEDU, è rappresentato dalla previsione contenuta nelle *part 26.3 e 26.5 CPR* in tema *Allocation Questionnaire* e *Allocation*. Tali norme rendono manifesto, da un lato, che è al giudice che spetta l'assegnazione in questione (*allocation*) ai singoli *track* (*small claims track*, *fast-track* e *multi-track*, modulati in una progressione corrispondente grosso modo alla minore o maggiore articolazione di attività processuali necessaria per lo svolgimento della singola controversia), dall'altro, che, correlativamente al giudice, spetta l'onere preventivo di attivarsi onde acquisire appunto (mediante gli *Allocation Questionnaire*) le informazioni utili per così dire a provocare il contraddittorio riguardo alla scelta del *track*⁴⁹.

Un'ultima segnalazione merita, nella stessa prospettiva dell'implementazione di un contraddittorio effettivo fra giudice e parti, la *practice direction 26B CPR*, recentemente introdotta in forma di novella e concernente, nello *small claims track*, la sollecitazione di forme di risoluzione alternative alla decisione da parte del giudice nei confronti delle parti nella forma di un *referral to mediation* contestualmente alla richiesta di *Allocation Questionnaire*. Si tratta, per dirla all'americana, di una sorta di *court annexed mediation* o *ADR*, che, pur avendo fatto sorgere qualche problema di compatibilità con la garanzia all'accesso giurisdizionale di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, sembra potersi catalogare come un esempio interessante di articolazione del contraddittorio fra parti e giudice avente per oggetto la modalità della risoluzione o della decisione della controversia⁵⁰.

4. Acquisizioni – e significative carenze – nella più recente riforma italiana (legge n. 69 del 2009)

Non sembra possibile evitare accenti critici ove da un sintetico – oltre che molto lacunoso – sguardo esterno si passi allo stato delle cose italiano. Bisogna infatti riconoscere che, nel nostro ordinamento del processo civile, la prospettiva delle riforme alla luce di un pur variegato rispetto/implementazione di criteri di 'giusto processo' di derivazione europea non abbia trovato che risposte decisamente modeste, se non palesemente inadeguate. Ciò da molto tempo, ma da circa un decennio con una caratterizzazione del tutto peculiare e a vari livelli negativa⁵¹.

Pur non essendo questa la sede per un'analisi approfonditamente circostanziata della vicenda recente delle riforme in materia di processo civile, un minimo *excursus* a questo riguardo appare opportuno. Può, infatti, contribuire a chiarire le ragioni della valutazione sopra formulata circa questa vicenda e a giustificare la suggestione di alcune soluzioni per il futuro. Di qui la necessità di un riferimento in qualche misura risalente, come quello alle riforme o ai tentativi di riforma realizzati all'inizio di questo decennio con la norma-

⁴⁹ L. PASSANANTE, *Processo civile inglese*, cit., par. 2.

⁵⁰ L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti*, cit., 254 ss.

⁵¹ M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 451, e A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane riforma)*, *ivi* 2003, 161.

tiva in tema di 'processo societario' e l'elaborazione di un progetto di riforma complessiva del processo civile con la cosiddetta «Bozza Vaccarella»⁵².

Tali riforme, in effetti, considerate complessivamente, hanno rappresentato per così dire quello che non a caso è stato denominato come un notevolissimo balzo indietro nella prospettiva e in generale delle riforme processuali e proprio di quella nozione di contraddittorio garantito, alla quale il presente scritto intende rifarsi. Ciò per una ragione essenziale, di carattere per così dire ideologico, anche se appare qui impropria tale definizione, non foss'altro che per la totale esplicazione ed elaborazione di apposite *philosophies* del processo a «presentazione» di tali riforme. Nonostante l'esplicitazione di direttive ideologiche a questo riguardo, occorre invero dire che, tanto la riforma di diritto societario, tanto quella proposta per l'intero processo civile si sono collocate su di un versante di riforma essenzialmente caratterizzato da un *penchant* vetero-liberale, nel contesto del quale la compressione dei poteri del giudice ha reso oggettivamente improponibile qualsiasi implementazione di una nozione effettiva di contraddittorio fra parti e giudice, al fine della più rapida definizione delle controversie civili in termini di giustizia sostanziale.

Pertanto, sembra di poter dire che l'esperienza riferibile a tali riforme o progetti di riforma abbia in qualche misura frenato il processo verso un'elaborazione anche nel nostro ordinamento di tali concezioni 'implementanti' la nozione di contraddittorio; evoluzione che, del resto, avrebbe comunque presupposto un'intensa e approfondita valutazione ed un diffuso dibattito intorno alle scelte da adottare. Evoluzione che invece di questo aspetto è mancata, manca e, verosimilmente, mancherà nel nostro ordinamento. Si dice ciò avendo presente anche i successivi passaggi di una pur intensa stagione di riforme; anzi, forse, la più intensa registratasi in questo contesto in Italia.

Non sembra, invero, che nelle tre più recenti 'novelle' (quelle cioè corrispondenti alle novelle del 2006 e del 2009) si manifestino scelte disciplinari segnatamente ispirate al potenziamento in sede di processo civile di criteri di garanzia effettiva di un contraddittorio esteso, tanto nel senso del fattivo coinvolgimento di giudice e parti quanto nella sua modulazione con riguardo ai vari momenti del processo implicanti la determinazione del *thema decidendum*⁵³. Anzi, se si considera come, ad esempio, in tali riforme il tentativo di conciliazione di cui al nuovo 185 c.p.c. abbia subito una riduzione delle sue effettive potenzialità deflative attraverso il suo condizionamento alla richiesta (attraverso improbabili accordi *in limine litis*...) congiunta delle parti, si potrebbe addirittura parlare a questo proposito di un arretramento del nostro legislatore proprio su questo terreno⁵⁴.

⁵² In proposito si vedano A. DONDI, *Complessità e adeguatezza*, cit., 137; ID., *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, 251; S. CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova giust. civ.* 2004, II, 498; A. CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, in *Giur. it* 2004, 1766; C.M. CEA, *La bozza Vaccarella tra dubbi e perplessità*, in *Foro it.* 2003, V, 151, nonché A. DIDONE, *Appunti sul progetto di riforma del processo civile e sul nuovo rito societario*, in *La magistratura* 2004, 23.

⁵³ Si veda, al riguardo, A. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in *Foro it.* 2006, V, 384.

⁵⁴ Cfr. C. CAVALLINI, *Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 739.

Ciò posto, e nello spirito delle considerazioni già svolte riguardo al *côté* in senso lato culturale della situazione italiana e alla sua... povertà, qualche considerazione si impone riguardo alle novità introdotte nella disciplina del processo civile con la legge n. 69 del 2009⁵⁵. E, a questo riguardo appunto, ciò che risulta doverosamente da segnalare è: la nuova disciplina dell'art. 101 c.p.c. in tema di contraddittorio (con relativa nullità 'per terza via'); la sua combinazione con quella dell'art. 702 c.p.c. nn. *ter* e *quater*, nonché le disposizioni in tema di 'c.t.u.' e di 'testimonianza scritta', rispettivamente *ex* 191, 195 e 257-*bis*; per non dimenticare l'introduzione del 'calendario del processo' all'art. 81-*bis* disp. att.⁵⁶.

Si tratta di disposizioni di oggettivo interesse, e non solo – ma, forse, proprio in quanto – indice della tendenza giustamente denunciata in dottrina ad affrontare solo con interventi 'a costo zero' i problemi della giustizia civile; tendenza ormai tipica del nostro approccio riformatore⁵⁷.

Nel merito di ciò che qui interessa, le norme sopra segnalate sembrano, in effetti, cogliere alcune delle suggestioni provenienti dai rilievi della dottrina e dalle esperienze di riforma straniere. In particolare, esse sembrano manifestare per così dire esigenze comuni agli interventi realizzati altrove, segnalando tuttavia contemporaneamente ben minore organizzazione e approfondimento.

Così è per la disciplina dell'assegnazione alle parti, da parte del giudice e a pena di nullità, «di un termine... per il deposito... di memorie contenenti osservazioni» sulla questione rilevata d'ufficio che si intenda porre a fondamento della decisione⁵⁸. La norma, che in analogia con l'art. 183, comma 4, e l'art. 384, comma 3, cataloga come violazione del contraddittorio decisioni implicite e 'terze vie', appare chiaramente derivata da quella francese dell'art. 16 *NCPC*, rispetto alla quale manca, tuttavia, di una sanzione diretta nei confronti del giudice in caso di sua mancata osservanza⁵⁹.

⁵⁵ Sulla novella del 2009 si vedano A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.* 2009, V, 221 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino 2009; M. BOVE, A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata 2009; B. SASSANI, R. TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, su *www.judicium.it*; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 749 ss.; A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *www.judicium.it*, nonché, con riferimento all'evoluzione che ha portato alla recente riforma, C. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 1189 ss.

⁵⁶ Con specifico riferimento alla testimonianza scritta, oltre alle annotazioni contenute nei primi commenti generali alla riforma, già citati nelle precedenti note, si rimanda a P. COMOGLIO, P. DELLA VEDOVA, A. LOMBARDI, F. MOSCATELLI, *La nuova prova testimoniale*, Roma 2009; G. PALMIERI, M. ANGELONE, *La testimonianza scritta nel processo civile*, in *www.judicium.it* sul calendario del processo, invece, si vedano G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 786 ss.; B. SASSANI, R. TISCINI, *Prime osservazioni*, cit., par. 27; A. BRIGUGLIO, *Le novità*, cit., par. 5.

⁵⁷ Cfr. A. PROTO PISANI, *La riforma*, cit., 221 ss., nonché, del medesimo, autore, con riferimento alle precedenti riforme, *I modelli*, cit., 384. Analogamente, si veda G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 751 ss.

⁵⁸ Si veda G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 771 ss.

⁵⁹ A questo proposito, si veda anche A. PROTO PISANI, *La riforma*, cit., 224, il quale (giustamente) rileva come sarebbe stato preferibile imporre al giudice di provocare il contraddittorio sulle

In senso opposto, tuttavia, possono essere lette altre norme contenute nella recente novella e, in particolare, quelle in tema di procedimento sommario e di calendario del processo. Le prime, in tema di quel procedimento sommario che in effetti appare tecnicamente proprio definire 'atipico', specie se raffrontate con la recente disciplina del processo civile inglese (in cui la scelta tra i tre *track* utilizzabili avviene solo nel corso del processo e a seguito di un effettivo contraddittorio tra le parti); non paiono rispettose del principio del contraddittorio.

Ciò per una duplice ragione: da un lato, viene lasciata all'attore la scelta del procedimento da utilizzare (ordinario o sommario); dall'altro, anche ove previsto il potere di convertire il rito qualora la controversia richieda una cognizione non sommaria, tale scelta viene lasciata – *ex art. 702-ter*, commi 3-4 c.p.c. – esclusivamente al giudice, senza la necessità di un effettivo coinvolgimento delle parti. Una carenza di contraddittorio che risulta decisamente evidente soprattutto se si considera l'assoluto non coinvolgimento in tali scelte del convenuto, per certo il soggetto maggiormente penalizzato nel rito sommario, incorrendo nelle stringenti decadenze di cui all'art. 702-*bis*, commi 4 e 5 c.p.c., decadenze che permangono anche in caso di mutamento di rito.

Altrettanto poco propizia alla realizzazione di un contraddittorio effettivo fra parti e giudice appare la disciplina in tema di calendario del processo. E ciò anche tralasciando la discutibile collocazione di tale norma, relegata fra le disposizioni di attuazione. Una circostanza da rilevare a questo riguardo è, infatti, come essa, pur prevedendo la necessità di un coinvolgimento delle parti nella predisposizione del calendario («sentite le parti», come nella lettera dell'art. 81-*bis*, disp. att., c.p.c.), non colleghi alcuna sanzione al mancato rispetto di tale previsione da parte del giudice⁶⁰.

A questo proposito occorrerebbe anche aggiungere una notazione di carattere generale circa il modello di legiferazione adottato, che appare a tutti gli effetti per così dire 'destrutturato'. Sotto il profilo del contenuto e dell'articolazione interna, la disciplina sembra infatti del tutto carente di una specifica (ma, invero, anche di una qualsiasi) previsione delle attività alle quali riferire la programmazione o il calendario in questione e il relativo *scheduling* della trattazione. Il tutto, con una apparente analogia con l'assetto francese del *calendrier de la mise en état* di cui all'art. 764 *alinéa* 3, 4, 5 *NCPC* (salvo, ovviamente, le sanzioni previste in caso di mancato rispetto dei tempi stabiliti da parte degli avvocati)⁶¹. Ma con una differenza manifesta rispetto a quanto in altre corrispondenti discipline straniere; si pensi all'articolazione della disciplina concernente analoghe attività nelle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi – nella *Rule* 26 (f), in tema di *discovery conference* – o la specificità delle previsioni in materia di *case management conference* nella normativa delle *Civil Procedure Rules* inglesi⁶².

questioni rilevabili d'ufficio sin dalla prima udienza.

⁶⁰ Lapidario (ma condivisibile) è il giudizio espresso al riguardo da A. PROTO PISANI, *La riforma*, cit., 225 (il quale parla di «mera illusione»). In proposito si veda anche G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 786.

⁶¹ Sulla normativa francese si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, a L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris 2008, 567.

⁶² In proposito, con riferimento al processo federale statunitense, si leggano E.D. ELLIOT, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in 53 *Univ. Chi. L. Rev.* 1986, 306, e R.F. PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to*

La carenza di effettivi presidi al contraddittorio sembra del resto costituire una sorta di cifra distintiva della novella 2009, che la connota invero anche in materia probatoria. Come è del tutto evidente con riferimento alla cosiddetta 'testimonianza scritta' che, per espressa disposizione normativa – l'art. 257-*bis* c.p.c. – verrebbe assunta in totale assenza di contraddittorio⁶³.

Meno palese, ma non per questo meno significativa nel senso sopra indicato, è del resto la carenza insita nel nuovo art. 191 c.p.c. Tale norma, infatti, prevede che sia il giudice, nella stessa ordinanza ammissiva della consulenza, a determinare i quesiti da sottoporre al consulente tecnico; in assenza, pertanto, di qualsiasi contraddittorio fra le parti⁶⁴.

Anche solo da questi pochi e non esaustivi esempi, sembrano notevoli e palesi le distanze rispetto alle riforme realizzate altrove in Europa (ma ovviamente anche altrove, come negli Stati Uniti dimostra la serietà del dibattito in corso in dottrina e giurisprudenza in tema di riformulazione della disciplina federale degli atti introduttivi nel segno della maggiore specificità delle allegazioni fattuali in questo contesto⁶⁵). Distanze che confermano carenze strutturali molto rilevanti nel nostro modello di giustizia civile e, in quanto tali, all'apparenza difficilmente superabili sulla linea di un recupero anche del nostro ordinamento rispetto a tali riforme 'virtuose'. Di qui, per converso, la necessità di incrementare gli sforzi nel segno della riallocazione combinata dei poteri di giudice e parti come un valore da perseguire senza infingimenti e riserve culturali di sorta, nonché in una prospettiva di *fairness*, equità e 'giustizia' del processo civile.

Deposition, in 69 *Cal. L. Rev.* 1981, 770; per quanto riguarda l'ordinamento inglese, invece, si vedano N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, cit., 2003, 334 ss. (il quale, del resto, rileva come proprio il *case management* rappresenti «a corner-stone of Lord Woolf's procedural reform»), e J.A. JOLOWICZ, *Il nuovo ruolo del giudice*, cit., 1266.

⁶³ In proposito, si vedano G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 781 ss.; A. PROTO PISANI, *La riforma*, cit., 222 e P. COMOGGIO, in *La nuova prova testimoniale*, cit., 84 ss.

⁶⁴ G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 780 ss. (il quale sottolinea comunque la possibilità che il quesito ammesso dal giudice possa essere successivamente integrato o modificato).

⁶⁵ A. DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, cit., 259, e SMITH, *The Twombly Revolution*, in 36 *Pep. Law. Rev.* 2009.

55. QUALCHE CONSIDERAZIONE COMPARATA IN TEMA DI EDUCAZIONE GIURIDICA ISTITUZIONALE*

SOMMARIO: 1. Differenze strutturali in materia di *legal upbringing*. – 2. Finalità e modulazione dell'insegnamento del diritto (approccio aspecifico v. approccio professionale). – 3. Prospettiva qualitativa dell'insegnamento nella *law school* statunitense. – 4. Rilievo degli insegnamenti processualistici e possibili riconfigurazioni dei modelli di educazione giuridica.

1. Differenze strutturali in materia di *legal upbringing*

Si ritorna qui su di un argomento già considerato da chi scrive ma che, per varie ragioni, sembra del tutto meritevole di qualche ulteriore approfondimento ed estensione¹.

Finora sostanzialmente marginalizzata, quella della formazione istituzionale dell'avvocato è venuta costituendo, specie nell'ultimo ventennio, un'area di cruciale rilievo nel dibattito concernente l'applicazione pratica della cultura giuridica². Ragioni di trasformazione e di estensione del panorama di tale dibattito si pongono ovviamente alla base del maggior rilievo assunto dalla questione dei modi di tale formazione³. Ma altrettanto se non più rilevante sembra essere l'esigenza di una riconfigurazione del ruolo dell'avvocato, per adeguarlo alle sfide del momento presente; sfide per lo più omologate in definizioni implicanti la nozione di complessità⁴.

In tale contesto di maggiore articolazione e incertezza riguardo anche alle attività tipicamente svolte dall'avvocato – oggi invero non più tanto agevolmente tipizzabili e delimitabili – il momento della formazione istituzionale assume un rilievo speciale. Anche a livello di percezione diffusa, il momento della formazione istituzionale viene ormai visto – a differenza di quanto sostanzialmente nell'ultimo cinquantennio – come un aspetto ineliminabile della trasformazione del ruolo dell'avvocato⁵. E nonostante quanto si dirà qui di seguito, è interessante notare come la manifestazione di questo fenomeno non sia oggi ormai più limitata al mondo anglosassone, tradizionalmente aerea di attenzione privilegiata ai problemi della giustizia nella prospettiva dell'avvocato.

Del resto molto prevedibilmente, nei precedenti interventi su questo argomento si è indicata come principale linea differenziante fra i diversi modelli di *legal upbringing* l'as-

* Questo scritto è stato pubblicato in *Pol. dir.* 2013, 105-125.

¹ Cfr. A. DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction – The us and Italian models compared*, in *ZZP Int.* 2010, 77-88.

² Cfr., ad es., G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, 54 ss.

³ Cfr. A. SARAT, B. GARTH, R.A. KAGAN (eds.), *Looking Back at Law's Century*, Ithaca 2002, *passim*.

⁴ Così, ad es., M. TARUFFO, *La complessità della complessità processuale*, in A. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 179 ss.; A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, ivi, 4-17.

⁵ Così, di recente, v., A.B. SPENCER, *The Law School Critique in Historical Perspective*, in 69 *Wash. & Lee L. Rev.* 2012, 1949 ss.; fra i molti studi risalenti v., ad. es., C.A. WRIGHT, *The University Law Schools*, in 2 *J. Legal Educ.* 1950, 409 ss.

sunzione o non di una prospettiva mirata all'effettivo esercizio della professione legale⁶. In effetti, la contrapposizione fra un 'approccio professionale' (o professionalizzante) e un 'approccio non professionale' (o non professionalizzante) si può dire costituisca tuttora uno dei principali parametri di qualificazione dei modelli di formazione istituzionale del giurista sul piano culturale, ideologico e funzionale⁷. Altro è che ne rappresenti in assoluto una condizione indispensabile di qualità dei risultati, in termini di effettiva e adeguata qualificazione del futuro avvocato. È proprio questo assunto che si intende qui ulteriormente verificare attraverso un complessivo *updating* e l'estensione del raffronto comparatistico.

Un primo profilo di considerazione in questa prospettiva sarà costituito dalla verifica della tenuta della distinzione sopraindicata sul piano della permanenza dei modelli di formazione istituzionale professionalizzante o non professionalizzante nei modelli ordinali loro caratteristici. Un secondo profilo coinciderà con il tentativo – che si prevede molto eventuale e davvero *tentative* – di qualificare l'efficienza relativa dei modelli di *legal upbringing*. Valutazione anche fondata – scontate le difficoltà derivanti dal carattere 'orizzontale' o 'liquido', comunque indefinitamente allargato ed estensibile di tali richiami nel momento presente – sulla percezione esterna di tale efficienza; e quindi implicante l'accoglimento diffuso del modello di formazione istituzionale dell'avvocatura presso le comunità sociali e professionali di riferimento⁸.

2. Finalità e modulazione dell'insegnamento del diritto (approccio aspecifico v. approccio professionale)

Qualche riferimento a considerazioni già svolte in precedenza può risultare a questo punto di una certa utilità. Come indice tanto di una propensione di ordine essenzialmente culturale quanto di un obbiettivo concreto da perseguire e realizzare effettivamente merita in particolare una riconsiderazione la contrapposizione/giustapposizione fra i due modelli 'tipo' di formazione giuridica istituzionale. Gli elementi distintivi del binomio *unspecific* e/o *profession oriented* dovranno in ogni caso essere integrati da quello dell'efficienza relativa percepita; ossia della presenza, all'interno delle singole culture di fermento, di un consenso diffuso o, piuttosto, di un'altrettanta più o meno diffusa valutazione critica, rispetto al tipo formazione istituzionale del giurista⁹.

⁶ A. DONDI, *Legal Upbringing*, cit., 78-80; R. MACCRATE, *Yesterday, Today and Tomorrow: Building the Continuum of Legal Education and Professional Development*, in 10 *Clinical L. Rev.* 2004, 805 ss.; R. ROBERTSON, *Update on Law School and Careers: Where Will All These Graduates Work*, in 45 *Tenn. B. J.* 2009, 29 ss.; e i saggi riuniti nel *symposium* in tema di «*leadership in legal education*» in 40 *Tol. L. Rev.* 2009, 43 ss.

⁷ Per quanto risalente, si veda in questa prospettiva, A.H. CAMPBELL, *Comparison of Educational Methods and Institutions*, in 4 *J. Legal Educ.* 1952, 31-33; e, più di recente, D. VAN ZANDTT, *Foundational Competencies*, in 61 *Rutgers L. Rev.* 2009, 127 ss.

⁸ Per una citazione d'obbligo a riguardo v. L.M. FRIEDMAN, *Horizontal Society*, New Haven 1999, *passim*.

⁹ Cfr. D. VAN ZANDTT, *op. loc. cit.*; W.M. SULLIVAN, A. COLBY, J. WELCH WEGNER, L. BOND, L.S. SHULMAN, *Educating Lawyers: Preparation for the Profession of Law*, San Francisco 2007, 191-192; E. CHERMERINSKY, *The Ideal Law School for the 21st Century*, in 1 *U. C. Irvine L. Rev.* 2011, 3 ss.; per una risalente valutazione critica circa l'effettiva possibilità di un'efficienza pratica anche

Una verifica di questo genere sconta un significativo scarto, anche solo in termini di attenzione risultante dai generi letterari usualmente presenti nella produzione scientifica, a favore di quelle *at large* di derivazione anglosassone. Lo dimostra la ricorrenza di studi in materia nelle più qualificate riviste giuridiche; circostanza che ha ormai da tempo creato un vero e proprio ambito di indagine – generalmente definito come *legal education* – stabilmente riconosciuto come tipico¹⁰. Un ambito al quale viene oltretutto sempre più frequentemente riconosciuta una notevole dignità scientifica, commisurata all'impatto sociale della materia¹¹.

Un'altra circostanza appare inoltre particolarmente significativa a questo riguardo. Nell'ambito delle culture giuridiche tradizionalmente catalogata come di *common law*, si può affermare che questa materia è generalmente considerata parte integrante della più vasta area degli studi processualistici. E ciò anche in ragione del fatto che sono in grande prevalenza gli studiosi del processo a occuparsi dei problemi di qualificazione istituzionale dell'avvocatura (nonché, poste le caratteristiche istituzionali di tale contesto, in definitiva anche del giudiziario). Invero, la rilevanza degli insegnamenti di diritto processuale in tali culture rappresenta notoriamente un essenziale carattere distintivo dell'insegnamento del diritto, oltre che uno dei principali elementi fondanti la sua configurazione come modello *profession oriented*¹².

I riscontri al riguardo sono del resto inequivocabili proprio con riferimento all'ordinamento per molti versi più importante, e pressoché epitomico, all'interno di questa cultura. Come noto infatti, la «nascita della moderna *law school*» statunitense intorno all'ultimo ventennio del XIX e il primo decennio del XX secolo comporta un'organizzazione dell'insegnamento implicante come essenziale la prospettiva del processo¹³. Attribuibile o non (come pare più corretto sul piano storiografico) esclusivamente all'elaborazione di Christopher Columbus Langdell, il cosiddetto *case method* per certo configura l'assunzione di un approccio allo studio del diritto macroscopicamente centrato sulla formalizzazione di una particolare metodologia dell'insegnamento, nell'ambito della quale il dato giurisprudenziale costituisce un elemento comunque ineliminabile pur all'interno di una con-

dell'educazione giuridica più *profession oriented*, v. A.J. HARNO, *Legal Education in the United States*, San Francisco 1953, 137; con riguardo a una visione allargata in merito alla formazione progressiva delle professioni legali nei vari contesti culturali di riferimento, ma svolta in una prospettiva culturale di derivazione anglosassone, v. inoltre, L. KARPIK, *Technical and Political Knowledge: The Relationship of Lawyers and Other Legal Professions to the Market and the State*, in R. TORSTENDAHL, M. BURRAGE (eds.), *The Formation of Professions – Knowledge, State and Strategy*, London 1990, 186 ss.

¹⁰ Cfr. L. KALMAN, *Professing Law – Elite Law School Professors in the Twentieth Century*, in A. SARAT, B. GARTH, R.A. KAGAN (eds.), *Looking Back at Law's Century*, cit., 337 ss.

¹¹ Così, ad es., anche in ragione della figura di studioso di tale interrelazione tipica dell'autore, v., per quanto risalente, R.A. POSNER, *The Present Situation in Legal Scholarship*, in 90 *Yale L. J.* 1981, 1113 ss.

¹² Fra i rari esempi nella letteratura giuridica italiana, cfr. M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università (Studi – Polemiche – Raffronti)*, Milano 1974, *passim*; ID., *Studio del diritto e riforma dell'Università italiana (Alcune osservazioni di politica comparata)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1973, 1506 ss.

¹³ A. CHASE, *The Birth of the Modern Law School*, in 23 *Am. J. Legal Hist.* 1979, 329 ss.

cezione di stampo fondamentalmente positivistico – ma più propriamente caratterizzabile come intellettualistico – del diritto come *science*¹⁴.

Occorre notare che è appunto sul permanere di tale approccio implicante uno strettissimo collegamento con la realtà giurisprudenziale che si fonda un consenso sostanzialmente mai incrinato nella cultura giuridica statunitense. Anche le più note e sferzanti critiche al modello elaborato da Langdell, e risalenti in particolare a uno dei principali esponenti del *legal realism* come Jerome Frank, non sembrano invero concernere questo aspetto di costante contatto dell'insegnamento con la pratica processuale¹⁵. Nella prospettiva del diritto «*as a social science*» tipica del *legal realism* è, anzi, propriamente questo l'unico elemento degno di ulteriore sviluppo ed elaborazione nell'assetto – intorno agli anni '30 del XX secolo ormai stabilmente omologato al cosiddetto modello harvardiano – dell'insegnamento giuridico nella *law school* statunitense¹⁶.

Dagli anni centrali del XX secolo fino a oggi, sembra di poter dire che queste due tendenze intellettualistica e più o meno radicalmente empirica sono sostanzialmente convissute, a poco a poco pervenendo ad una sorta di reciproca integrazione. La prospettiva degli insegnamenti a impostazione *clinical* e di quelli seminariali si è infatti inserita stabilmente nel *cursus* delle *law school* statunitensi almeno a partire dai primi anni '50 del XX secolo. E ciò quantomeno come manifestazione di una tendenza sempre più diffusa a migliorare la preparazione fornita, se non esplicitamente di un qualche «*disenchantment with the case method*»¹⁷. Invero, per quanto ricorrente, quest'ultimo tipo di attitudine è fondamentalmente rimasto molto elitario e marginale; comunque senza concreta inci-

¹⁴ A. CHASE, *op. cit.*, 330-331; A.B. SPENCER, *op. cit.*, 1974-1975; R. STEVENS, *Law School – Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Union 1983, 53-54 ss.

¹⁵ G.E. WHITE, *Tort Law in America – An Intellectual History*, Oxford-New York 1985, 110-112; M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law – The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York 1992, 178.

¹⁶ Sull'elaborazione di una concezione propriamente «realistica» di diritto come «*social science*», v. ad es., G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven 1977, 81 ss., 87-89 ss.; sempre, fra i molti, in tema di *American legal realism* e di incidenza sulla strutturazione dell'insegnamento giuridico, v. M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law – The Crisis of the Legal Orthodoxy 1870-1960*, Oxford 1995, spec. 187 ss., 199 ss. Nella letteratura italiana in materia, per due rinvii d'obbligo, v., soprattutto, G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, 65 ss., 127 ss. (sull'attitudine del *legal realism* al rigetto della concettualizzazione tipica della scienza giuridica in favore della sua trasformazione – specie nella prospettiva più estrema di Frank – in una scienza eminentemente empirica); G. BOGNETTI, *Il pensiero giuridico nord americano del XX secolo – I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Milano 1958, *passim*. Per quanto invece specificamente attiene alle proposte di riconfigurazione dell'insegnamento da parte di Jerome Frank, v. J. FRANK, *Why Not a Clinical Lawyer School?*, in 81 *U. Pa. L. Rev.* 1933, 907 ss.

¹⁷ Così, espressamente, R. STEVENS, *Law School – Legal Education in America*, cit., 211; per un'analisi molto approfondita delle modalità di accoglimento del metodo delle *law clinics* all'interno del *cursus* della *law school* e della sua interrelazione con le critiche susseguitesi dagli anni '30 del XX secolo a tale riguardo, v. S. WIZNER, *The Law School Clinic: Legal Education in the Interests of Justice*, in 70 *Fordham L. Rev.* 2002, spec. 1932 ss. (con specifico riferimento alle suggestioni derivate in proposito dalle critiche di matrice realistica).

denza sulla configurazione molto tipizzata dell'insegnamento del diritto all'interno di un'istituzione come appunto la *law school*¹⁸.

Occorre dire che, negli Stati Uniti, questa circostanza del permanere nel tempo di un accoglimento sostanzialmente stabile nei confronti del modello langdelliano di insegnamento del diritto trova giustificazioni di ordine antropologico-culturale molto ampie e manifeste. È del resto alquanto risalente la segnalazione del suo *entrenchment* nelle radici fondanti la cultura sociale di tale paese¹⁹. Un dato di tale rilievo da potersi, per converso, affermare che la *law school*, e il suo complessivo approccio alla formazione di una professione-cardine quale quella legale, costituisca una manifestazione tipica di quello che è stato definito *American way of life*²⁰.

Ed è significativo che – a distanza di oltre un secolo dalla sua adozione, diffusione e definitivo accoglimento – il nucleo costitutivo di tale metodo rappresenti tutt'oggi uno dei cruciali caratteri della *speciality* statunitense nel campo del diritto, e forse non solo²¹. Anche più significativo è il permanere di questa circostanza a fronte dell'avvicinamento realizzatosi nell'ultimo cinquantennio fra i modelli di giustizia civile; un fenomeno che rende ormai del tutto obsoleta la tradizionale distinzione fra ordinamenti di *civil* e di *common law*²². Il tutto a segnalare come particolarmente rilevante questa specialità e, soprattutto, a caricarla di una valenza qualitativa non trascurabile al raffronto con altri modelli di formazione istituzionale del giurista, o più propriamente dei membri della professione legale e del giudiziario.

Quest'ultimo elemento costituisce – come già sottolineato in precedenza – il principale nucleo di interesse e la più stimolante occasione di raffronto comparato del modello

¹⁸ Come esempio di atteggiamento fortemente critico nei confronti dell'impostazione tradizionale e dei suoi valori ideologici, v. D. KENNEDY, *How the Law School Fails: A Polemic*, in 1 *Yale Review of Legal and Social Action* 1970, 71 ss.; ID., *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, in 32 *J. Legal Educ.* 1982, 591 ss., anche in traduzione italiana come *Insegnamento del diritto e riproduzione della gerarchia*, in A. DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1994, 129 ss.

¹⁹ Per una citazione d'obbligo, v. G. GILMORE, *op. cit.*, 43 ss.; si vedano inoltre: A. CHASE, *op. cit.*, 345 ss.; e inoltre, K.L. HALL, *The Magic Mirror*, New York 1989, 288-293; B.G. GARTH, J. MARTIN, *Law School and the Construction of Competence*, in 43 *J. Legal Educ.* 1993, 469 ss.; per un interessante *insight* sulla nascita e l'evoluzione del modello langdelliano di insegnamento fino alla sua configurazione ulteriore come modello di «*clinical legal education*» v., inoltre, quanto in J.H. LANGBEIN, R. LETTOW LERNER; B.P. SMITH (eds.), *History of the Common Law – The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Boston 2009, 962 ss., 992 ss.

²⁰ Per un saggio notorio in tema, ancora valido oggi nonostante la sua datazione, v. O.M. BARNES, H.E. RUEDI, *The American Way of Life: An Introduction to the Study of Contemporary Society*, Hoboken 1953, *passim*; nonché PUTNAM, *Bowling Alone, The Collapse and Revival of American Society*, London 2001, 145 ss.; R.A. KAGAN, B. GARTH, A. SARAT, *Facilitating and Domesticating Change – Democracy Capitalism and Law's Double Role in the Twentieth Century*, in A. SARAT, B. GARTH, R.A. KAGAN (eds.), *Looking Back at Law's Century*, cit., 1 ss.

²¹ Specialmente, in tema di «*American exceptionalism*», v. O. CHASE, *Law, Culture and Rituals. Disputing Systems in Cross Cultural Contest*, New York 2005, spec. cap. IV; più in generale in tema di «*exception culturelle américaine*», v., ad es., MARTEL, *De la culture en Amérique*, Paris 2006, 454 ss., 515 ss.

²² G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L. J.* 2006, 59 ss.

statunitense di *legal upbringing*²³. In altri termini, è proprio sul terreno della qualità della formazione fornita che quello della *law school* si impone come un assoluto *unicum* fra i modelli di formazione istituzionale. Ciò in ragione di alcuni caratteri costitutivi propri, e assenti – in tutto o in parte, ma comunque sostanzialmente assenti – nelle soluzioni adottate negli altri ordinamenti.

Di qui una constatazione qui in parte già formulata. Mentre l'avvicinamento fra modelli da tempo in corso rende ormai obsoleta la tradizionale bipartizione fra sistemi giuridici di *civil* e *common law*, con riguardo alla preparazione istituzionale dei futuri membri della professione legale permane tutt'oggi una fondamentale distinzione fra il modello statunitense e virtualmente tutti gli altri modelli.

3. Prospettiva qualitativa dell'insegnamento nella *law school* statunitense

Nella *law school* questa singolarità sembra in effetti doversi principalmente collegare al profilo della qualità dell'insegnamento e della complessiva articolazione del suo funzionamento. Cruciale nella prospettiva di un raffronto comparato, questo elemento emerge a vari livelli e in vari momenti dell'evoluzione storica di questo modello. Esso costituisce in ogni caso una prospettiva prevalente; anche solo sotto il profilo dell'assunzione di un atteggiamento problematico riguardo all'insegnamento del diritto, oltre che come ambito oggettivo soprattutto come problema di relativa metodologia²⁴.

In fondo, la stessa origine del *case method* langdelliano coincide con l'assunzione di tale atteggiamento come una questione irrinunciabile²⁵. Ed è nel contesto della strutturazione di tale metodologia come «*analytical training device*» – al contempo *scientific* e *inductive*, oltre che riferito nella sostanza esclusivamente a «*what happens in a classroom*» – che viene modulato un essenziale intento di qualificazione e, soprattutto, di selezione degli studenti (oltre che, correlativamente, della stessa *faculty* intesa come *corpus* dei *law professor*)²⁶. Si potrebbe di conseguenza affermare che in definitiva l'aspirazione a un alto livello qualitativo del 'prodotto' fornito pervada l'attività formativa della *law school* come condizione pressoché essenziale del suo funzionamento secondo criteri di costante stimolazione e interazione fra studenti e professori²⁷.

Si tratta di un'attenzione alla qualità del tutto immanente a questa istituzione; e dalla quale derivano vari fenomeni di grande interesse. Di qui anzitutto, nonostante notevoli fluttuazioni nel corso del tempo, una costante prospettiva di attenzione/collegamento con lo sbocco professionale tipico rappresentato dall'avvocatura. Un collegamento esplicito e, tuttavia, nient'affatto riduttivo. Da tale collegamento la funzione della *law school*, la sua importanza sul piano non solo della formazione ma anche dell'elaborazione del diritto e

²³ Così, ad es., A.DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing*, cit., 83 ss.

²⁴ Cfr. R. STEVENS, *op. cit.*, 54 ss.

²⁵ Cfr., ad es., P.N. SAVOY, *Toward a New Politics of Legal Education*, in *Yale L. J.* 79 1970, 444 ss.; D.F. CAVERS, *Legal Education in the United States*, Cambridge 1960, 8 ss., 17 ss.

²⁶ Cfr., ad es., J.B. TAYLOR, *Law School Stress and the «Déformation Professionnelle»*, in 27 *J. Legal Educ.* 1976, 251 ss.; G.F. HESS, *Heads and Hearts: The Teaching and Learning Environment in Law School*, in 52 *J. Legal Educ.* 2002, 75 ss.

²⁷ Così, v., ad es., G. GILMORE, *op. cit.*, 57.

di concezioni intorno al diritto, risulta in effetti valorizzata in maniera del tutto imparagonabile a quella di analoghe istituzioni in altri ordinamenti.

A fondamento di ciò sembra possibile indicare una ragione in particolare, a sua volta coinvolgente la categoria della qualità. E ciò, in buona sostanza, consiste nella intensa competizione interna che caratterizza l'evoluzione della *law school* americana nel corso del XX secolo, con la conseguente creazione di gerarchie qualitative solo apparentemente assestate ma in realtà costantemente in via di ridefinizione. Una dinamica quasi di contrapposizione e, in ogni caso, nello spirito di una competizione allargata fra *law school* che, anche all'esterno, costituisce un carattere percepito come tipico di queste istituzioni²⁸.

Si tratta, del resto, di una linea di evoluzione dell'insegnamento giuridico negli Stati Uniti già *in nuce* presente nella originaria concezione langdelliana del diritto «*as a science*» e nell'attribuzione al *case method* della funzione di un «*analytical training device*»; inteso esplicitamente come avente una precipua funzione selettiva e finalizzato alla creazione tanto di *élite students* quanto, forse soprattutto, di *élite professors*²⁹.

Un'aspirazione elitaria e un intento qualitativo non rintracciabili, con analoghe dimensioni e caratteristiche, in nessun altro ordinamento. In nessun altro contesto sociale e giuridico si assiste invero a un fenomeno di coerenza interna tanto stringente e paragonabile al rapporto di reciproca condivisione e diffusa giustificazione di valori come quelli tendenzialmente accolti nel corso del XX secolo da *law school*, avvocatura e società statunitense³⁰.

È quanto illustra la complessa e circolare dinamica di una società a forte ricambio sociale della propria classe dirigente. Ed è in questa prospettiva, che risultano del tutto essenziali istituzioni a garanzia di una selezione secondo *standard* qualitativi manifesti. Per un'istituzione come la *law school* ciò vale in maniera del tutto particolare, posto che tali *standard* verranno in seguito sottoposti a costante verifica in una sede professionale a sua volta del tutto particolare come quella dell'avvocatura statunitense³¹.

²⁸ Cfr. L. KALMAN, *op. cit.*, 340 ss.

²⁹ È dalla vicenda biografica di Langdell che emerge in effetti nettamente questo intento e la sua collocazione all'interno di un contesto particolarmente propizio alla creazione di tale modello elitario di *professorship* in ambito giuridico. Così, ad es., cfr. B.A. KIMBALL, *The Inception of Modern Professional Education – C.C. Langdell, 1826 – 1906*, Chapel Hill 2009, 313 ss.; per altri richiami e per l'estensione dei riferimenti ad altri intellettuali – come ad es. Charles Eliot – ai quali pure per certo si deve l'elaborazione di questa visione selettiva ed elitaria della *law school* statunitense, v. inoltre, in una letteratura peraltro estesissima, ancora A. CHASE, *The Birth of the Modern Law School*, cit., 345 ss.

³⁰ Per indicazioni di carattere generale, v., ad es., L. FRIEDMAN, H. SCHEIBER (eds.), *Legal Culture and the Legal Profession*, New York 1996, *passim*; T. HALLIDAY, L. KARPIK (eds.), *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism: Europe and North America from the Eighteenth to the Twentieth Century*, Oxford-New York 1998, 269 ss.; sempre di carattere generale ma segnatamente indirizzato all'analisi della centralità del ruolo della professione legale negli Stati Uniti, v. inoltre M.A. GLENDON, *A Nation Under Lawyers – How the Crises in Legal Profession is Transforming American Society*, Cambridge 1996, 20 ss., 36 ss. A segnalare tale contiguità e sostanziale coerenza culturale allargata, in due studi ormai molto risalenti ma di fondamentale rilievo, v., ad es., E.W. PATTERSON, *The Case Method in American Legal Education: Its Origins and Objectives*, in *J. Legal Educ.* 4, 1951, 4 ss.; A.J. HARNO, *Legal Education in the United States*, cit., 53 ss.

³¹ Cfr., ad es., C. WOODVARD, *The Limits of Historical Realism: An Historical Perspective*, in *54 Va. L. Rev.* 1968, 698 ss.; per una relazione fra formazione istituzionale, ingresso ed esercizio pratico

Nel corso di tutto il XX secolo questa sorta di simbiosi accompagna la vicenda dell'evoluzione dell'insegnamento istituzionale del diritto nella *law school* americana, contribuendo decisamente a caratterizzare questo come un aspetto non secondario della società statunitense. Costituisce del resto un segnale della rilevanza di questo fenomeno anche la diffusione mediatica della quale godono in questo periodo di tempo tanto il modello di avvocatura statunitense quanto il relativo *legal upbringing*. E, per converso, pare ipotizzabile che, proprio in ragione di un tanto radicato *entrenchment* nei valori dominanti di questa società dominante, le trasformazioni odierne, variegata e davvero epocali, siano destinate a riflettersi anche su di un'istituzione come la *law school* statunitense.

La tenuta del modello da essa rappresentato e dei suoi valori di qualificazione selettiva può, infatti, dirsi sostanzialmente assoluta fino agli ultimi due decenni del Novecento. Con riguardo al nucleo elitario di questo genere di istituzione, quest'ambito temporale sembra infatti incontestabilmente delimitare un'assoluta efficienza della *law school* come meccanismo di promozione professionale e sociale. In altri termini, la *law school* come contesto nel quale la stretta interazione fra corpo docente di *élite* e corpo studentesco di *élite* riesce a produrre – oltretutto nell'arco di un solo triennio – una selezione qualitativa estrema e davvero corrispondente alle esigenze di una professione legale a sua volta stratificatasi secondo complesse gerarchie, esterne e interne alla struttura di un'altra tipica istituzione statunitense come la *law firm*³².

È chiaro poi che una corretta analisi delle ragioni di tanta efficienza non possa prescindere dalla considerazione del diverso livello di preparazione culturale dell'utenza studentesca di una *law school*, rispetto a quella di qualsiasi altra istituzione corrispondente. Insieme alla motivazione espressamente professionale di tale utenza, il carattere *post graduate* del corso di studi presso una *law school* costituisce invero un elemento differenziante di assoluta incidenza sul livello di efficienza relativa del modello statunitense di preparazione professionale all'avvocatura. Essenzialmente in quanto altrove già considerati, e nonostante il loro oggettivo rilievo, si tratta tuttavia di aspetti che si ritiene qui di tralasciare³³.

Anche per il loro particolare interesse comparatistico, verranno qui di seguito considerati altri aspetti di tale modello, concernenti il suo funzionamento soprattutto nella prospettiva del ruolo svolto dalla docenza.

della professione legale negli Stati Uniti, v. J. EAGAR, *The Right Tool for the Job: The Effective Use of Pedagogical Methods in Legal Education*, in 32 *Gonz. L. Rev.* 1996, 389 ss., spec. 396 ss.; più di recente, v. anche B.R. HENDERSON, *Asking the Last Question: What is the Purpose of the Law School?*, in 53 *J. Legal Educ.* 2003, spec. 50 ss.

³² Il riferimento d'obbligo riguardo alla 'nozione' di *law firm* e al suo riferimento alla cultura socio-economica della società statunitense è ancora E.O. SMIGEL, *The Wall Street Lawyer, Professional Organization Man?*, Bloomington 1969, *passim*; anche, fra i molti, L.M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven 2004, 457 ss., 505 ss.; anche v. M.A. GLENDON, *A Nation Under Lawyers*, cit., 20 ss. Per un esempio di studio molto documentato riguardo all'interazione fra modello statunitense di insegnamento del diritto e pratica dell'avvocatura, nel contesto di un'accurata documentazione anche delle diffuse critiche a tale modello, cfr., ad es., S. STURM, L. GUINIER, *The Law School Matrix: Reforming Legal Education in a Culture of Competition and Conformity*, in 60 *Vand. L. Rev.* 2007, 524 ss., 539 ss. (v. anche nn. 1, 4, 6); sul retaggio della lezione langdelliana, v., ad es., R.L. WEAVER, *Langdell's Legacy: Living With the Case Method*, in 36 *Vill. L. Rev.* 1991, spec. 521 ss.

³³ Si rinvia a A. DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing*, cit., *loc. cit.*

4. Rilievo degli insegnamenti processualistici e possibili riconfigurazioni dei modelli di educazione giuridica.

Si è detto che la ragione di fondo per considerare il modello della *law school* statunitense e raffrontarlo con altre forme di *legal upbringing* consiste nel suo essere essenzialmente una modalità di insegnamento. Di qui la centralità assoluta dei ruoli di docente e discente, impliciti in tale attività. E di qui anche l'assunzione di una prospettiva centrata ancora più particolarmente sul ruolo svolto dal *law professor* all'interno della *law school*, dall'oggetto del suo insegnamento alla specifica configurazione del suo comportamento professionale nell'esercizio dell'attività di docenza³⁴.

Si tratta di una prospettiva che si combina alla stessa nascita di tale istituzione, o meglio alla sua rinascita e rifondazione con la riforma langdelliana realizzata alla fine del XIX secolo³⁵. In questo quadro, l'interazione selettiva fra professori e studenti, che come si è detto costituisce il nucleo fondante di tale riforma, trova realizzazione attraverso l'adozione tanto di una specifica metodologia di insegnamento quanto di una certa concezione del diritto, come ambito sì conoscibile-analizzabile scientificamente ma sulla base di inevitabili riscontri nella pratica giudiziale. Anche per la finalità eminentemente professionale perseguita, un diritto 'scientifico' ma (*case law* come presupposto necessario del *case method*) empiricamente configurato come inscindibile dall'evento processuale³⁶.

Tale duplice radicamento professionale e metodologico, nella realtà giudiziale come *actual case* e nell'attività processuale come suo risultato in forma di *judicial decision*, è alla base di un ulteriore carattere della metodologia e, soprattutto, dell'organizzazione dell'insegnamento nella *law school* statunitense. In questo contesto, nella sua essenza profonda e più o meno direttamente, l'insegnamento è di carattere processuale. Al punto che – come anche da numerosi riscontri letterari – l'immagine epitomica del *law professor* tende a coincidere con quella del professore di *procedural law*, e in particolare di *civil procedure*³⁷.

Su questo versante occorre dire che si registra una differenziazione davvero cruciale rispetto alla struttura degli altri modelli di insegnamento del diritto o delle altre istituzioni universitarie o para-universitarie di formazione dell'avvocatura. Anche a prescindere dal dato strettamente metodologico e dalla virtuale estensione del *case method* a tutte le materie di insegnamento (quindi dall'adozione diffusa di una pervasiva prospettiva giudiziale e processualistica), nella *law school* il rilievo degli insegnamenti processualistici tende invero a essere di gran lunga prevalente e, salvo recenti e sporadiche critiche, sostanzialmente incontestato³⁸. Di ciò è in sé indicativa la circostanza che, a differenza di quanto per lo più accade praticamente in tutti gli altri modelli di formazione giuridica istituzionale, qui il

³⁴ Sull'interazione fra *corpus studentesco* e *professorship*, e relativa caratterizzazione nel trascorrere del tempo di quest'ultima, v., ad es., L. KALMAN, *op. cit.*, 369 ss.; riguardo all'incidenza della metodologia di insegnamento sulla configurazione del ruolo professorale nella *law school* statunitense, v., ad es., C.G. HAWKINS-LEÓN, *The Socratic Method-Problem Method Dichotomy: The Debate Over Teaching Method Continues*, in *BYU Educ. & L. J.* 1998, 1 ss.

³⁵ Cfr., ad es., B.A. KIMBALL, *op. cit.*, 267 ss.

³⁶ Cfr., per uno sguardo esterno, M. DAMAŠKA, *A Continental Lawyer in An American Law School: Trials and Tribulations of Adjustment*, in 70 *Fordham L. Rev.* 1968, spec. 1371.

³⁷ Per un richiamo dei più tradizionali in letteratura, v. S. TUROW, *One L*, New York 1977, *passim*.

³⁸ Cfr. A.B. SPENCER, *op. cit.*, 1949 ss.

contatto con tali insegnamenti risulta già decisamente collocato nel primo anno di corso e non posticipato agli anni successivi³⁹.

Del resto, pur nella indubbia durezza del suo impatto, anche la gestione della lezione attraverso il metodo socratico dell'interrogazione degli studenti da parte del professore conferma questa 'impostazione processualistica'⁴⁰. L'occasione delle domande sono infatti casi giudiziali, per lo più decisioni della Corte suprema federale delle quali gli studenti hanno avuto modo di studiare in precedenza il percorso processuale; percorso riguardo al quale nella *class* dovranno esprimere valutazioni critiche tendenzialmente acute e originali. Di qui la necessità di fornire da subito – a una *audience* studentesca, tuttavia, di età maggiore, più preparata culturalmente e decisamente più motivata al perseguimento di una carriera professionale rispetto alle altre nel mondo – nozioni di diritto processuale che nei due anni successivi verranno poi sviluppate nella direzione di una specializzazione molto variegata⁴¹. Anche in ragione dell'articolazione degli insegnamenti in materia lungo l'intero triennio del corso di studi, il ruolo della *professorship* processualistica risulta di assoluto rilievo e del tutto caratterizzante il percorso formativo di ogni singola *law school*; quando non uno dei principali elementi che, nella percezione esterna, concorrono a determinarne il livello qualitativo rispetto alle altre *law school*⁴². Del resto ormai da tempo, oltre che dall'estensione dell'area degli insegnamenti processualistici, questa diffusa attribuzione di rilievo appare confermata anche dalla loro percezione e configurazione come insegnamenti non esclusivamente tecnici. Una tendenza pienamente esemplificata, almeno a partire dalla seconda metà degli anni '70 del XX secolo, dall'attribuzione in larga prevalenza a professori di *civil procedure* degli insegnamenti di *legal ethics*⁴³.

Nel merito, l'area degli insegnamenti processualistici – e in particolare processualcivili – nell'ultimo ventennio si è andata ampliando. Per rispondere alle nuove esigenze

³⁹ Significativo che, già nell'introduzione di un famoso saggio in tema di trasformazione della procedura civile statunitense alla luce dell'influenza della giurisdizione di *equity* e della sua tendenza a fornire strumenti tecnico processuali ulteriori a quelli presenti *at law*, Stephen Subrin sottolinei appunto questa immediatezza di impatto come caratteristica dell'intero sistema educativo, cfr. S.N. SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, 909 ss.

⁴⁰ Per qualche esempio, fra i molti nella cultura dei primi anni '70 del Novecento, di critica al *Socratic teaching* come un metodo di insegnamento accusato di avere addirittura aspetti di oppressione psicologica, quando non di strisciante sadismo, cfr., ad es., D. KENNEDY, *How the Law School Fails: A Polemic*, in *Yale Rev. L. & Soc. Action* 1970, 71 ss.; A.A. STONE, *Legal Education in the Couch*, in 85 *Harv. L. Rev.* 1971, 392; sul punto, in seguito, v. anche R.K. STROPUS, *Mend It, and Extend It: The Fate of Traditional Law School Methodology in the 21st Century*, in 27 *Loy. U. Chi. L. J.* 1995, spec. 458 ss.

⁴¹ Come esempio di analisi di questa 'propensione processualistica' nell'insegnamento anche negli anni successive al primo, v., in una letteratura molto vasta, S.N. SUBRIN, *Teaching Civil Procedure While You Watch it Disintegrate*, in 59 *Brook. L. Rev.* 1994, 1155 ss.

⁴² Così, ad es., cfr. L. KALMAN, *Elite Law School Professors*, cit., 358 ss.

⁴³ In una letteratura estremamente estesa cfr., ad es., R.G. PEARCE, *Teaching Ethics Seriously: Legal Ethics As the Most Important Subject in Law School*, in 29 *Loyola U. Chi. L. J.* 1998, 719 ss.; C.J. MENKEL-MEADOW, *Can a Law Teacher Avoid Teaching Legal Ethics?*, in 41 *J. Legal Educ.* 1991, spec. 6 ss.; per riscontri nella manualistica, v. ad es. G.C. HAZARD, S. KONIAK, R. CRAMTON, G. COHEN, *The Law and Ethics of Lawyering*, St. Paul 2005, 1015 ss.

di tutela occasionate dai più complessi contesti economico-giuridici della post-modernità i corsi sono stati ulteriormente suddivisi in una direzione di specialità durante i tre anni. E così anche per i seminari e soprattutto le *clinic di litigation* concernenti per lo più l'articolazione strategica delle attività di difesa in controversie complesse⁴⁴. Talché si può in sintesi affermare che – al di là delle successive scelte dello studente e delle relative occasioni nell'effettivo esercizio dell'avvocatura – la funzionalità della *law school* americana si misura in pratica proprio su questa prospettiva di preparazione all'esercizio dell'attività professionale di futuri avvocati la cui *vocation* virtuale è, alla base, quella di *litigator* nel contesto del concreto svolgimento di una controversia civile⁴⁵.

Questa circostanza appare oggettivamente apprezzabile specie in prospettiva comparata, e alla luce di un parametro di serietà nella selezione effettuata all'interno di tali istituzioni. E appare non casuale che proprio questa caratteristica di una preparazione mediamente molto elevata sul piano qualitativo nella sostanza non venga messa in effettiva discussione anche a fronte degli attuali problemi di tenuta del modello statunitense di educazione giuridica istituzionale, in effetti evidenziati da parte della dottrina specie nell'ultimo decennio⁴⁶. In un quadro di pressoché assoluta corrispondenza e funzionalità fra le esigenze della professione (specialmente di quella articolata nel modello della grande *law firm*) e l'efficienza selettiva della *law school*, è del resto intuibile l'effetto devastante di una crisi economica epocale come quella attuale in termini di volatilità della clientela abituale e di conseguente mantenimento delle gravose strutture imprenditoriali per converso tipiche della *law firm* statunitense⁴⁷.

Presente congiuntura economica a parte – e conseguente riduzione sia delle iscrizioni presso le *law school* sia della capacità ricettiva delle *law firm* –, permane in ogni caso la necessità di constatare la permanenza un cruciale *gap* qualitativo e di prospettiva professionale a favore del modello della *law school*. Il tutto, ovviamente, posto che l'intento di quella che qui si è definita 'educazione giuridica istituzionale' sia effettivamente quello di preparare all'esercizio della professione tipica di riferimento, ossia *ex professo* dell'avvocatura. È, infatti, sull'assunzione di questa prospettiva che si profila un essenziale scarto di fondo; mentre essa viene per certo assunta dalla *law school* statunitense, ciò non sembra

⁴⁴ Cfr., ad es., S. WIZNER, *The Law School Clinic*, cit., loc. cit.; L.G. HOLLAND, *Invading the Ivory Tower: The History of Clinical Education at Yale Law School*, in 49 *J. Legal Educ.* 1999, 504 ss.; S. WIZNER, J. AIKEN, *Teaching and Doing: The Role of Law School Clinics in Enhancing Access to Justice*, in 79 *Fordham L. Rev.* 2005, spec. 999 ss.

⁴⁵ Cfr., ad es., S. WIZNER, J. AIKEN, *Teaching and Doing: The Role of Law School Clinics in Enhancing Access to Justice*, in 73 *Fordham L. Rev.* 2005, 997 ss.

⁴⁶ Per una critica molto aspra e tipica della posizione culturale di questo autore, cfr., ad es., D. KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System: A Critical Edition*, New York 2004, *passim*.

⁴⁷ Ancora, per una panoramica di questa sempre più diffusa percezione in concomitanza dei fenomeni economico-sociali di cui nel testo, v. A.B. SPENCER, *The Law School Critique*, cit., 2015 ss.; ma già in larga precedenza, v. P.C. KISSAM, *The Decline of Law School Professionalism*, in 134 *U. Pa. L. Rev.* 1986, spec. 258 ss.; più di recente in chiara chiave critica, v., inoltre, L.S. KRIEGER, *Institutional Denial About the Dark Side of Law School, and Fresh Empirical Guidance for Constructively Breaking the Silence*, in 52 *J. Legal Educ.* 2002, 115 ss.; M.E. SOLIMINE, *Status Seeking and the Allure and Limits of Law School Rankings*, in 81 *Ind. L. J.* 2006, spec. 301 ss.

verificarsi con riguardo agli altri modelli di formazione formalmente corrispettivi per così dire *around the world*.

Il richiamo principale è, intuibilmente ma anche inevitabilmente, al modello della facoltà di giurisprudenza europeo-continentale. Un modello caratterizzato anzitutto dalla sua configurazione – per usare un'espressione e una categoria peraltro prettamente statunitense – come corso di studi *undergraduate*. Anche in ragione di questa sua collocazione a ridosso di corsi di studi di base e non universitari, è connaturata al modello della facoltà di giurisprudenza una sua caratterizzazione istituzionale; ossia, di un insegnamento virtualmente onnicomprensivo e, soprattutto, precipuamente preparatorio, istituzionale. E ciò implica la collocazione in una prospettiva virtualmente ulteriore della vera e propria educazione professionale.

Connesso a questa circostanza è inoltre, in tale contesto, un approccio sostanzialmente diverso tanto della *audience* studentesca quanto dei professori; e ciò tanto in termini di aspettative di apprendimento quanto di doverosa organizzazione dell'impegno didattico. E quest'aspetto propriamente attinente all'insegnamento si riverbera nella mancata percezione di quella del metodo dell'insegnamento come appunto una questione di fondo. Il che accade nonostante la crucialità di tale questione, posto che – sotto questo profilo in totale analogia con la *law school* statunitense – la facoltà di giurisprudenza europea rappresenta il modello istituzionale di insegnamento del diritto per i futuri membri della professione legale, del giudiziario e del notariato⁴⁸.

Appare già in sé significativo che non si registri, nella prospettiva di una migliore preparazione degli studenti, una diffusa e seria messa in discussione del modello della tipica lezione 'a conferenza'. Con tale circostanza risulta del resto del tutto coerente che stenti sempre più a trovare concreto sostegno – dopo un breve periodo di entusiasmi intorno alla prima metà degli anni '70 del XX secolo – l'idea stessa di una stretta interazione fra *audience* studentesca e professore. Una tale impostazione del resto contrasterebbe nettamente con la *policy* di fondo prevalente in molti ordinamenti, ed essenzialmente fondata sull'estensione *tout court* numerica della base studentesca. Talché si può dire che, senza significative reazioni contrarie, il sostanziale abbandono a livello generale di una prospettiva di preparazione universitaria seria e selettiva si sia pressoché automaticamente esteso anche agli insegnamenti presso le facoltà di giurisprudenza⁴⁹. Costituisce del resto a tutti gli effetti un preoccupante indice emblematico di questo stato di cose il permanere tutt'oggi della tradizione della cosiddetta 'frequenza non obbligatoria' consentita agli studenti in alcuni ordinamenti di studi universitari di giurisprudenza, come ad esempio in quello italiano.

Pur con qualche anche significativa differenziazione fra i singoli ordinamenti all'interno del contesto europeo-continentale, sembra – ribadendo quanto già sostenuto in altra sede – di poter affermare che in generale permane alla facoltà di giurisprudenza europea il retaggio, risalente almeno alla metà del XIX secolo, della sua percezione piuttosto come

⁴⁸ Quanto alla sostanziale differenza di approccio segnalata, nel contesto di una comparazione a vasto raggio – risalente ma ancora valida nella sostanza – fra l'insegnamento giuridico statunitense e i modelli europeo-continentali, v. ancora M. DAMAŠKA, *A Continental Lawyer in An American Law School*, cit., 1365 ss., 1369 ss.

⁴⁹ Cfr. G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa – Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna 2008, *passim*.

una scuola di rango universitario di generica formazione della classe dirigente che come una vera 'scuola di diritto' finalizzata alla preparazione alle professioni di avvocato e di giudice⁵⁰. Una circostanza difficilmente conciliabile con la presenza, proprio in questo contesto, di insegnamenti professionali o 'professionalizzanti' come *ex professo* quelli processualistici, con le relative esigenze metodologiche. E, invero, il *modus* di tale presenza costituisce in sé un indice – forse il principale – dello scarto qualitativo-funzionale esistente fra la *law school* statunitense e la facoltà di giurisprudenza europea, come i due modelli prevalenti di insegnamento del diritto.

Sul piano propriamente funzionale, può forse bastare questo rilievo: risulta inevitabilmente mancare all'insegnamento impartito secondo il modello 'a conferenza' di una materia come, ad esempio, il diritto processuale civile l'aspetto per così dire strategico tipico di un approccio professionale al diritto. Per quanto eccellente e coinvolgente il docente, non potrà infatti che essere scarsa – se non assente – la contiguità con l'aspetto della scelta del tipo di tutela e della sua modalizzazione in un contesto processuale concreto. Di conseguenza, anche il profilo della sollecitazione e dello sviluppo nel discente di un atteggiamento critico e valutativo, nella prospettiva di un'attività da svolgere con seria coscienza professionale, non potranno che risultare molto limitati; in ogni caso, non costituiranno manifestamente gli elementi integranti di tale insegnamento⁵¹.

E ciò anche a prescindere da due aspetti, che qui si ribadiscono in quanto da ritenersi del tutto cruciali per quanto già rilevati *en passant*; come la qualità del corpo studentesco, in grande maggioranza alla sua prima esperienza universitaria e solo eccezionalmente in possesso di una *vocation* realmente fondata, e l'attitudine diffusa specie nelle culture latine di consentire una frequenza non obbligatoria alle lezioni delle facoltà di giurisprudenza⁵².

Di qui anche una sorta di effetto circolare sull'attitudine degli stessi docenti, in certo senso 'giustificati' a desistere o ad adeguarsi; in ogni caso, ad assumere un approccio strettamente istituzionale all'insegnamento anche delle materie di maggiore implicazione professionale, come appunto quelle processualistiche. Un'attitudine, del resto, in larga misura indotta dalla stessa organizzazione degli studi prevalente all'interno della facoltà di giurisprudenza di modello europeo⁵³. Se non esplicitamente marginalizzato, come in realtà in alcuni casi accade *ex professo*, nel *cursus* tradizionale lo studio del processo è infatti tendenzialmente posticipato, per lo più agli ultimi due anni dell'ormai tradizionale quinquennio.

⁵⁰ Per richiami a questa filosofia dell'insegnamento del diritto e a questo stato di cose in una più ampia contestualizzazione con riguardo alla realtà attuale dell'insegnamento del diritto nella facoltà di giurisprudenza italiana, v. ancora A. DONDI, *Legal Upbringing*, cit., loc. cit.

⁵¹ Cfr., ancora, e per quanto risale, M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università*, cit.; Id., *Studio del diritto e riforma dell'Università italiana*, cit., loc. cit.

⁵² Ancora, v., ad es., A. DONDI, *Legal Upbringing*, cit., loc. cit.; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, cit., 54 ss.

⁵³ Per un raro caso di considerazione di questi problemi in una letteratura scientifica nella quale è scarsa l'emersione della questione qui segnalata, v. S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 543 ss.; più in generale sull'insegnamento del processo nella facoltà di giurisprudenza italiana, v. AA.VV., *L'insegnamento delle materie processualciviltistiche nelle facoltà di giurisprudenza riformate e nelle scuole forensi*, *Atti dell'incontro di studio*, Bologna, 1 giugno 2002, Milano 2003, *passim*.

L'effetto principale del mantenimento di un simile approccio è del trasferimento di una percezione del diritto come 'composto' di alcune nozioni basilari, essenzialmente di carattere storico, filosofico e soprattutto sostanziale; e ciò nonostante l'ormai evidentissimo fenomeno di avvicinamento e quasi omologazione fra i tradizionali sistemi di *civil* e *common law*⁵⁴. Ma non secondario per quanto qui interessa è un effetto ulteriore. Esso consiste nella – a tutti gli effetti corretta – diffusione della percezione della facoltà di giurisprudenza come sostanzialmente altro da un'istituzione effettivamente preposta alla preparazione professionale di futuri giudici e avvocati.

Il radicamento e la sostanziale veridicità di questa percezione trovano del resto un significativo riscontro nella fioritura di corsi di preparazione alle professioni legali successivi al *cursus* della facoltà. Interessante notare che tali corsi risultano spesso – in Italia istituzionalmente – organizzati dalle stesse facoltà di giurisprudenza. E anche più interessante che, lungi dal configurarsi come opportune imitazioni del serissimo modello del *Referendariat* tedesco, pure all'interno di tali 'scuole professionali' si tenda a riprodurre – pur con qualche inevitabile concessione – la marginalizzazione degli insegnamenti processualistici di cui si è detto. Il profilo del *training* per una futura attività di *litigation* è infatti anche qui sostanzialmente trascurato, prevalendo su tutto l'intento di fornire agli studenti (che vogliano e possano partecipare a tali corsi, piuttosto onerosi sul piano economico) una qualche preparazione per il superamento degli esami e dei concorsi rispettivamente per l'ammissione all'avvocatura e al giudiziario⁵⁵.

Il carattere esplicitamente critico di queste osservazioni implica per così dire una *pars construens*, che rischia tuttavia quasi inevitabilmente di configurarsi come molto radicale, oltre che risultare sostanzialmente velleitaria. Non volendo ciononostante sfuggire a tale compito, sembra anzitutto essenziale immaginare due presupposti di riforma, entrambi di carattere strutturale. Si tratta, in breve, di prevedere un accesso selezionato alla facoltà di giurisprudenza e sostanzialmente di invertirne la scansione del *cursus*.

Sia ben chiaro, la selezione – realizzata attraverso *test* attitudinali molto seri e appunto selettivi – non intenderebbe per nulla limitare le *chance* di accesso, e in qualche misura configurarsi come antidemocratica. Anzi, all'opposto. Essa tenderebbe a superare una sostanziale antidemocraticità dell'accesso effettivo alla professione legale; in realtà pesantemente condizionato in molti paesi – in assenza di selezioni 'oggettive' nel contesto dell'insegnamento istituzionale – da connessioni famigliari e sociali di varia natura. Che ciò sia, specie nelle culture latine ma non solo, è del resto dimostrato dal tuttora molto scarso ricambio sociale all'interno della professione legale⁵⁶.

⁵⁴ Cfr., ad es., M. TARUFFO, *Il processo civile di 'civil law' e di 'common law': aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, 345 ss.; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law*, cit., 59 ss.

⁵⁵ Con riguardo all'Italia simili problemi sono adombrati in R. CAPONI, *Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 127 ss. Con riferimento al modello tedesco di insegnamento del diritto, interessante la segnalazione della sua alterità metodologica rispetto a quello statunitense del *case method*, proprio attraverso la sottolineatura del «*conference method*» in un saggio di grande rilievo proprio per la comparazione e la valutazione di efficienza dei modelli di giustizia di *common* e *civil law*, così, cfr. J.H. LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in 52 *U. Chi. L. Rev.* 1985, 831.

⁵⁶ Cfr., ad es., A. DONDI, *Legal Upbringing*, cit., 77 ss.

L'inversione di approccio nel *cursus* comporterebbe, invece, la previsione di un biennio introduttivo e di un triennio di 'scuola professionale di giurisprudenza'; percorsi separati in maniera del tutto rigorosa da esami attitudinali di accesso a quella che si potrebbe ben configurare come una *law school* a tutti gli effetti. Entrambi di carattere universitario, i due corsi di studio potrebbero caratterizzarsi per due diverse metodologie di insegnamento e, anche, per la maggiore o minore presenza di insegnamenti dichiaratamente professionalizzanti. In ogni caso, l'esigenza di fornire criteri selettivi seri per l'accesso alla 'scuola professionale' imporrebbe, già nel corso biennale, la presenza di insegnamenti di diritto processuale.

P.S. Rispetto a quanto precede, costituisce in effetti una sorta di *post scriptum* quest'ultima considerazione, di carattere per così dire semantico e del tutto riferita alla più recente realtà italiana. Il riferimento qui è alla tendenza, recentissima, a superare la stessa nozione di 'facoltà' in favore di quella di 'dipartimento'. Una tendenza, pare, indirizzata a fornire insegnamenti allargati e appunto tendenzialmente ampi; e che ha comportato l'accorpamento in un'unica istituzione – in genere definita 'dipartimento di giurisprudenza' – di virtualmente tutti gli insegnamenti giuridici⁵⁷. Tale istituzione, proprio in ragione di questa sua onnicomprensività e genericità di approccio, risulta *ex professo* priva di qualsiasi indirizzo professionalizzante.

Come si può intuire, questo nuovo *Italian approach* è esattamente l'opposto di quanto qui sopra suggerito, e – a parere di chi scrive – addirittura peggiorativo rispetto alla tradizionale impostazione 'a facoltà' dell'insegnamento del diritto di tipo europeo-continentale. Il problema di fondo di fornire un'effettiva preparazione in prospettiva professionale – ossia riferita alle tre basilari professioni di riferimento – viene infatti sostanzialmente omesso; e in qualche misura ne viene anche istituzionalizzata l'omissione per il futuro. Con ciò anche allontanando indefinitamente la questione della configurazione di *standard* selettivi seri, pubblici ed effettivamente democratici per futuri avvocati, giudici e notai.

⁵⁷ Il riferimento normativo pretto è alla l. 240/2010, cosiddetta Riforma Gelmini dell'Università.

56. CONSIDERAZIONI MINIME IN TEMA DI METODOLOGIE DELLE RIFORME PROCESSUALI*

SOMMARIO: 1. Riforma del processo come problema culturale – Questioni attuali e prospettive comuni. – 2. Percorsi normativi e obiettivi di trasformazione concreta. – 3. Aspetti semantico-linguistici delle riforme del processo e loro rilievo in una prospettiva di efficienza.

1. Riforma del processo come problema culturale – Questioni attuali e prospettive comuni

Costituisce un'opinione al contempo comune e probabilmente veritiera che la nozione stessa di processo civile includa quella di riforma. Ciò è quanto apparirebbe convalidare l'elaborazione realizzata dalla migliore dottrina del secolo scorso, quantomeno ove si tenga presente la tendenza a identificare specificamente nella 'prospettiva delle riforme' l'elemento imprescindibile di una corretta metodologia di analisi dei problemi del processo civile, in quanto tale percepita come adeguata e moderna¹.

Anche nel momento attuale pare inevitabile riconoscere l'esistenza di un serissimo problema di riforme processuali. Come pure che, per converso, la diffusa complessità e la generale incertezza che appunto caratterizzano il presente tendano a ridurre l'*appeal* – in termini di concrete possibilità di realizzazione – di prospettive di riforma configurantesi come trasformazioni strutturali della realtà del processo civile².

* Questo scritto è stato pubblicato in AA.Vv., *Derecho, Justicia, Universidad – Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos* 2016, 1115-1126. Esiste una ragione del tutto speciale perché queste inadeguate e sparse constatazioni vengano a far parte di questo *Homenaje*. Tale ragione concerne la strettissima relazione esistente fra la figura intellettuale di Andrés de la Oliva Santos e una riforma del processo civile a tutti gli effetti fondamentale quale quella spagnola del 2000. Per quanto non sufficientemente evidenziato nelle pagine che seguono, è una simile circostanza che giustifica gran parte di questo lavoro. L'autore intende ringraziare il dott. Paolo Comoglio, ricercatore presso l'Università di Genova, per il prezioso apporto nell'*editing* di questo apparato bibliografico.

¹ Per limitarsi su questo versante a due soli esempi, tuttavia doverosi quanto fondamentali e risalenti, si rinvia alla lezione di Autori come Vittorio Denti e Mauro Capelletti; così, fra i molti possibili riferimenti, M. CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 200 ss. e V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 66 ss.; ID., *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, *ivi* 1965, 55 ss.; ID., *Diritto comparato e scienza del processo*, *ivi* 1979, 334 ss. (riguardo in particolare a questa prospettiva del collegamento virtualmente necessario in Vittorio Denti e la 'scuola di Pavia' delle riforme allo studio del processo civile e al conseguentemente doveroso adattamento a tale prospettiva delle relative metodologie di indagine, specie tramite il raffronto comparato, di recente A. DONDI, *Taruffo comparatista – Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 485 ss., spec. 501 ss.).

² Sui problemi attinenti alla cosiddetta 'complessità processuale', per limitarsi a un riferimento, A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in ID. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 3 ss.

Questa constatazione sembra poter fungere da criterio al contempo di delimitazione e di caratterizzazione delle osservazioni che seguiranno. In questa prospettiva, infatti, il problema delle riforme processuali assume un rilievo del tutto cruciale, come elemento costitutivo di una nozione di processo civile progressivamente adattabile alle concrete necessità, e, in ragione di ciò, a sua volta in condizione di trasformare la realtà nella sua incipiente mutevolezza. È parimenti in questa prospettiva che per altro verso pare giustificarsi – o risultare di un qualche interesse al fine della configurazione di una nozione di ‘buona normativa del processo’ – la verifica di quali siano le possibili modulazioni nella realtà attuale di tale circostanza³.

In ragione delle sue varie e ampie implicazioni, ben s'intende quanto una tale prospettiva possa apparire ambiziosa, oltre che – limiti dell'autore a parte – non effettivamente esauribile in queste poche pagine. E del resto è altrettanto chiaro, come già segnalato, quanto in tale prospettiva il problema delle riforme processuali appaia inscindibilmente condizionato da profonde implicazioni di carattere culturale. Il che, fra l'altro, imporrà fin d'ora anche di tenere conto del carattere al contempo vasto e incerto di tali implicazioni.

In effetti, l'incertezza riguardo al significato stesso di ‘buona normativa’ e comunque la sua intrinseca disputabilità concerne questioni fondamentali come: cosa si debba ritenere effettivamente utile per una data società, poste le sue più diffuse esigenze di base, la sua etica sociale condivisa e le differenziazioni economiche esistenti al suo interno. Per altro verso, è questa incertezza connessa o collegabile anche ai diversi livelli di percezione di tutto ciò rinvenibili nell'ambito di un determinato *corpus* sociale.

Ma di più, a definire nel concreto il contesto di base di manifestazioni delle esigenze sopra indicate quello che nel complesso rappresenta il *background* vero e inevitabile di qualsiasi riforma nell'ambito del processo occorre aggiungere come fondamentale un altro elemento, quello del tempo. Talché un altro genere di incertezza inevitabilmente connesso all'idea stessa di riforma normativa, e in particolare del processo, è da collegare alla sua durata nel tempo. E ciò non solo o non tanto con riguardo appunto alla sua neutrale permanenza nel tempo (nel senso di norma *tout court* in vigore) quanto soprattutto – e per molti versi anche drammaticamente – al livello di effettiva adeguatezza delle relative norme rispetto ai numerosi e vari cambiamenti verificabili, nell'accezione estesa di più sopra, sul piano culturale⁴.

Dalla metà del secolo ventesimo, e specialmente nel corso degli ultimi trent'anni, si è senza dubbio verificata una trasformazione impressionante con riguardo a tale accezione di cultura. Una trasformazione profondamente segnata da sconvolgenti evoluzioni tec-

³ In generale, M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1047 ss. Per una manifestazione di questo approccio per così dire *in action* all'interno di un'elaborazione normativa intesa appunto come efficiente e adattabile pur con riferimento a un particolare tipo di controversie, M. TARUFFO, *A Project of Rules for Transnational Litigation*, in F. FERRARI (ed.), *The Unification of International Commercial Law*, Bade-Bade 1998, 189; ID., *Drafting Rules for Transnational Litigation*, in *ZZP Int.* 1997, 449 ss. Al riguardo A. GIUSSANI, *Michele Taruffo e le riforme del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 519 ss.

⁴ Intorno a questo incrocio di problemi, N. TROCKER, V. VARANO (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino 2005; R.L. MARCUS, *Reforms Through Rulemaking?*, in 80 *Wash. U. L. Q.* 2002, 901 ss., spec. n. 44; S. BURBANK, L. SILBERMAN, *Civil Procedure Reform in Comparative Context: The United States of America*, in 45 *Am. J. Comp. L.* 1997, spec. 677 ss.

nologiche e ideologiche nonché dal grado e dall'estensione della loro percezione diffusa, all'interno e al di fuori del dibattito fra i tecnici del diritto. Si ritiene che tenere conto di ciò costituisca un dovere, soprattutto per il legislatore, oltre che *at large* per il giurista. Invero, con riguardo al tema delle riforme processuali, oggi specialmente questa interazione fra incertezza e tempi di effettiva durata spesso si manifesta tanto nell'indirizzo generale di una normativa – per così dire la sua *philosophy* – che nelle singole opzioni di merito di volta in volta effettuate (e più ancora quanto non effettuate)⁵.

2. Percorsi normativi e obbiettivi di trasformazione concreta

Con riferimento a un contesto tanto vasto e incerto appare quasi ovvio che uno sguardo sui modi dei percorsi normativi si configuri come implicitamente problematico; e ciò, si ripete, quantomeno in ragione del caratterizzarsi delle trasformazioni contemporanee come tanto eccezionali per disparità e innovazione da risultare probabilmente prive di reali paragoni nella storia. A prescindere dalle difficoltà a ciò connesse, a caratterizzare tale attenzione sembra comunque dover anzitutto essere l'individuazione delle istanze alla base delle riforme nonché dei loro concreti obbiettivi. Una prospettiva questa rispetto alla quale si ritiene si possano per ora limitare a due le questioni di fondo; questioni in qualche misura speculari, come nel rapporto fra domanda e offerta. Ciò a intendere: per un verso, quale l'atteggiamento rispetto al processo civile della società attuale ormai tradizionalmente catalogata come post-moderna, 'deideologizzata' e progressivamente ineguale, quantunque sempre più estesamente informatizzata e, per altro verso, come e quanto il processo civile 'risponde' riuscendo a conformarsi alle istanze provenienti da questa società.

Qui è essenzialmente in quest'ultima prospettiva che si tenterà di esaminare tali questioni, ovviamente nucleo di numerosi problemi concernenti il processo sotto il profilo della diffusa aspirazione alla sua concreta efficienza. Il livello di adeguamento del processo – come normazione e complesso di concezioni relative – alle istanze della realtà attuale costituisce invero una prospettiva di analisi a sua volta inclusiva di varie possibili declinazioni, che qui verranno tuttavia limitate a due. La prima di tali declinazioni, indubbiamente anche la più variegata e complessa, concerne i modi nei quali le riforme del processo hanno inteso incidere sulla realtà contemporanea individuando e incrociando i suoi problemi più pressanti. La seconda si può invece fare grossomodo corrispondere agli *standard* qualitativi di concreta utilizzabilità ed effettiva utilizzazione delle riforme nella pratica del processo.

Posto come inevitabile il *caveat* dell'assenza di esaustività delle considerazioni che seguiranno, non fosse che per la loro limitatissima estensione, una constatazione di base sembra comunque imporsi. Con riferimento alla loro coerenza virtuale rispetto alle necessità di una data società in un determinato momento storico, qualcosa di affatto speciale concerne le riforme processuali sul piano propriamente applicativo. In effetti, più e a

⁵ Così, ad esempio, per una profonda coscienza di questo genere di problemi con riferimento all'ambito spagnolo e al relativo processo di riforma, A. DE LA OLIVA SANTOS, *La Ley Española 1/2000 de enjuiciamiento civil. Orientacion para una justicia civil mas eficaz*, in A. DE LA OLIVA SANTOS, D. PALOMO VÉLEZ (coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago de Chile 2007, 13 ss.

differenza di altre tali riforme sono tenute incidere su di una realtà e formalmente limitata e da sempre prestrutturata, quale appunto quella corrispondente al processo. È questa una circostanza che appare oggi particolarmente vera per il processo civile, oltre che per la già accennata tendenza alla sua complicazione anche per la sua incipiente caratterizzazione come terreno incerto e in qualche misura *flou* (connotazione ambivalente che non a caso trova riscontro in definizioni come quella ricorrente nella dottrina statunitense di «*vani-shing trials*»)⁶.

Questa circostanza e le relative esigenze trovano diversi tipi di configurazione. Si tratta di modi che segnalano una sorta di separazione o distinzione fra due prospettive sintetizzabili come, da un lato, la tendenza a riformare quest'area mediante interventi normativi settoriali e, dall'altro la tendenza alla realizzazione di riforme generali del processo civile. È chiaro che, così come configurata, questa prospettiva realizza una semplificazione drastica; quantomeno nel senso che non pare in assoluto da escludere che attraverso 'piccole riforme' settoriali si possa pervenire, con il passaggio del tempo e causa delle trasformazioni ideologiche e culturali occasionate da piccole riforme, a riforme più vaste o generali.

Del resto, non pare per converso neppure da escludere che proprio questo genere di riforme a portata limitata possa produrre, per ragioni varie e anche estranee dalla stessa intenzione del legislatore, effetti ampi e di carattere strutturale su di un dato modello di processo civile. Ciò che qui preme evidenziare è essenzialmente una sorta di giustapposizione a livello di modelli di legiferazione fra nuove codificazioni implicanti la trasformazione delle singole norme del processo civile all'interno della forma codicistica e, appunto per contro, la tendenza a realizzare tali trasformazioni attraverso leggi caratterizzabili come sostanzialmente speciali⁷.

Si potrebbe definire quest'ultima come la tendenza più prossima alla destabilizzazione culturale odierna e ai suoi effetti in termini di estesa rottura di gran parte delle convinzioni preesistenti. Appare in altri termini particolarmente coerente con la cultura del momento l'attitudine a percepire come molto limitate e settoriali le possibilità di intervento con riguardo alle riforme del processo civile. È del resto sempre in questo contesto che sembra per converso giustificarsi, quasi come conseguenza di un diffuso e indotto minimalismo e di una virtuale impossibilità di includere-inquadrare la realtà all'interno di un'unica normativa generale, anche lo sfavore per trasformazioni complessive come quelle rappresentate da nuove codificazioni⁸.

a) Con riferimento al panorama europeo, la prima delle prospettive indicate è esemplificata, per quanto in maniera del tutto disparata, dai modelli di processo civile italiano e tedesco. A fronte di una presenza anche molto ampia di riforme settoriali, in entrambi questi due ordinamenti si registra, infatti, la mancanza *ex professo* di nuove codificazioni. Come si è accennato, si tratta peraltro di riforme reciprocamente molto differenti in termini di qualità intrinseca e di specifici obiettivi perseguiti. Occorre invero subito

⁶ Per esempio, S. BURBANK, S.N. SUBRIN, *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial*, in 46 *Harv. C. R. – C. L. L. Rev.* 2011, 339 ss.; J.H. LANGBEIN, *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, in 122 *Yale L. J.* 2012, 522 ss., spec. 553 ss.

⁷ A. DONDI, *Problemi ricorrenti e impostazione metodologica*, in A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione*, Milano 2015, 13 ss.

⁸ A. GARAPON, *La Raison du moindre Etat. Le néolibéralisme et la justice*, Paris 2010, *passim*.

segnalare che anche di recente l'elaborazione realizzata a questo riguardo dalla cultura giuridica tedesca manifesta in maniera 'propria' – ossia, articolata nell'ambito di un ampio dibattito dottrinale ed extradottrinale – l'assunzione di *philosophies* di intervento normativo che risultano sostanzialmente estranee al dibattito nella contemporanea cultura giuridica italiana⁹.

A tale proposito appare emblematica l'attenzione nei confronti delle modalità di configurazione degli atti introduttivi del processo; e ciò specialmente con riguardo alla specificità nell'allegazione delle circostanze fattuali. Invero, non è solo – come è, in effetti – che gli *standard* tedesco e italiano siano profondamente differenti, ma che nell'approccio tedesco si manifesta una profonda coscienza della crucialità di questo problema per lo svolgimento dell'intero processo secondo criteri di basilica efficienza; coscienza che, pur con notevoli eccezioni, continua a mancare o a essere sostanzialmente marginale in Italia¹⁰.

Proprio su questo versante, del resto, a importanti rimodulazioni della disciplina della ZPO tedesca intese a imporre più specifiche allegazioni non corrisponde alcuno specifico intervento di analoga portata e direzione nella riformulazione recente della disciplina italiana del processo civile¹¹. In particolare manca in Italia, al raffronto fra i due ordinamenti, quell'attenzione che la cultura tedesca manifesta per questo problema in un'accezione ampia di chiarificazione dell'oggetto del conflitto. Un'attenzione che si è manifestata con le riforme risalenti all'anno 2002, specie attraverso una riformulazione incisiva di norme come il § 139 ZPO. Come noto, qui l'attribuzione al giudice, nella prospettiva di un'effettiva *materielle Prozessleitung*, di incisivi poteri di controllo sugli atti introduttivi impone alle parti e ai loro avvocati, in combinato con la disposizione del § 138 ZPO in tema di dovere di verità e completezza, attività di controllo molto serie già in sede di redazione degli atti introduttivi¹².

In questo quantomeno sintetico sguardo panoramico non può poi essere dimenticato che un'analoga prospettiva di intervento settoriale si riscontra anche nell'ordinamento francese. Tale indirizzo risulta qui peraltro inserito all'interno dell'impostazione del tutto tipica di questo ordinamento riguardo alla caratterizzazione come *décret* della legiferazione sul processo. Una circostanza questa che non ha tuttavia impedito di pervenire a trasformazioni profonde dell'assetto del processo civile; e ciò anche sulla base di un'elaborazione teorica molto intensamente collegata alle riforme, a partire dal periodo immediatamente successivo alla riformulazione realizzata con il *Nouveau code de procédure civile* del 1975 fino a oggi¹³.

⁹ R. CAPONI, *Modelli europei del processo di cognizione: l'esempio tedesco*, in *Questione giustizia* 2006, 163 ss.

¹⁰ A. DONDI, *Crise récente de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès*, in *R. R. J.* 2006, 2351 ss.

¹¹ In una prospettiva comparatistica non direttamente concernente un raffronto bilaterale fra Germania e Italia, A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 434 ss.

¹² R. CAPONI, *Aspetti fondamentali del processo civile tedesco (in margine alla traduzione in lingua italiana della ZPO)*, in *Giusto proc. civ.* 2011, 71 ss.

¹³ J. PERROT, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 238 ss.; L. CADIET, *D'un code à l'autre: de fondations en refondation*, in L. CADIET, G. CANIVET (dir.), 1806

In analogia con quanto nell'ordinamento tedesco, anche nell'ordinamento francese si riscontrano originali tentativi di rispondere all'esigenza di un processo civile più efficace, tanto sotto il profilo della sua durata che dei suoi risultati in termini di giustizia¹⁴. In Francia è in particolare la prospettiva della necessaria riduzione dei tempi della giustizia civile che occasiona la seria presa d'atto della necessità di procedere alla differenziazione delle controversie in vari tipi o categorie.

Di qui la ricorrente affermazione della necessità di adattare a ciò l'assetto disciplinare, attraverso la previsione di appositi *parcours* in sede processuale¹⁵. E il riferimento di ciò, a seguito di un intenso dibattito in sede dottrinale, ai rispettivi gradi di complessità di gestione processuale troverà chiaro riflesso nelle soluzioni concretamente adottate sul piano normativo¹⁶. In ambito francese appare invero del tutto meritevole di segnalazione l'individuazione specifica di tali percorsi, anche per la loro delimitazione a tre, in sorprendente affinità con quanto in altra prospettiva si è verificato in Inghilterra¹⁷.

Nonostante la loro settorialità, le riforme del processo sembrano segnalare in entrambi questi ordinamenti una reattività molto elevata e una notevole adattabilità del modello processuale alle trasformazioni economiche e sociali verificatesi in particolare nell'ultimo trentennio. Questo dato attenua in parte l'attribuzione di un'intrinseca prevalenza qualitativa, sulla base della distinzione sopra suggerita, al modello di intervento normativo generale rispetto al modello settoriale. Invero, modelli di riforme come quelle tedesche e francesi costituiscono per così dire esempi commendevoli della tendenza a riforme settoriali del processo civile. Tuttavia, come si dirà per l'ordinamento italiano, all'interno di tale tendenza si collocano anche esempi di significativo scadimento e inefficacia.

Per converso, e malgrado questo *caveat*, i due più significativi casi di riforme generali del processo civile in area europeo-continentale sembrano confermare il maggiore impatto innovativo di trasformazioni complessive della disciplina processuale, configurantesi cioè come nuove codificazioni. La maggiore efficacia innovativa di questo *trend* evolutivo è in effetti riscontrabile tanto nella riforma inglese delle CPR 1999 che in quella della LEC spagnola del 2000. E ciò essenzialmente in quanto entrambe tali riforme appaiono caratterizzate da profonde quanto complessive rimodulazioni dei rispettivi assetti

-1976 – *De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris 2006, spec. 11 ss.; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., 821 ss.

¹⁴ L. CADIET, *D'un code à l'autre: de fondations en refondation*, cit., 13 ss.

¹⁵ L. CADIET, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008 (suppl. al n. 3), 23 ss.; D. TORQUATO, *Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo – Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2010, 1240 ss.

¹⁶ L. CADIET, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in A. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 116 ss.

¹⁷ S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris 2002, 413, spec. 415 ss.; ID., *Analyse économique et temps du procès*, in D. COHEN (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris 2010, 249 ss. In precedenza, sui problemi della gestione dei tempi fra le molte pubblicazioni di questo autore in materia, J.M. COULON, *Les solutions relatives à l'office du juge*, in J.M. COULON, M.A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les temps dans la procédure*, Paris 1996, spec. 62-63.

normativi di riferimento; e ciò sia sotto il profilo ideologico-culturale sia sotto l'aspetto tecnico-strutturale¹⁸.

Posta l'ormai vastissima collaborazione al riguardo, qui è solo il caso di rammentare come a caratterizzare tali nuove codificazioni o ricodificazioni sia anzitutto una serissima, per quanto reciprocamente molto diversa, elaborazione delle rispettive *philosophies*. Come noto, ciò risulta particolarmente evidente per la disciplina inglese, che a due riprese vede esplicitati i propri obiettivi negli ormai famosi *Woolf Report*¹⁹. Già qui, infatti, sono chiaramente indicati e resi pubblici gli intenti di semplificazione del meccanismo processuale, di modulazione del percorso attraverso la configurazione di *track* idonee alla trattazione di controversie di diversa complessità e, per certi versi soprattutto, di riduzione drastica dei costi che saranno alla base delle soluzioni tecniche concretamente adottate. Si tratta di un'impostazione che stabilizza intorno ad alcuni essenziali valori-guida la disciplina del processo civile inglese, e di tale rilievo da trovare conferma anche in successivi interventi di riforma, e in particolare quello corrispondente all'implementazione del principio di *proportionality* realizzato nel 2014. Con questa riforma della riforma si intende, infatti, chiaramente incrementare la caratterizzazione del processo come modalità rigorosamente controllata e – nello spirito di una generale semplificazione e riduzione dei costi – da realizzarsi attraverso il suo relativo adeguamento/*proportionalization* alle necessità del singolo caso²⁰.

Per quanto risultante in soluzioni tecniche non del tutto confrontabili con quelle inglesi, anche l'impostazione della riforma spagnola del 2000 si caratterizza per la presenza di un indirizzo o *philosophy* chiaramente elaborato, come accade attraverso la *exposición de motivos* che appunto precede la disciplina propriamente detta della *Ley de enjuiciamiento civil* del 2000. Anche qui l'esigenza di riformulare la disciplina del processo per renderlo utile soprattutto *para los justiciables* è collegata alla previsione di soluzioni tecniche intese a smaltire l'attività giurisdizionale nel più breve tempo possibile e con la massima riduzione dei costi economici²¹. È anche su questa base che appare interessante notare come al fine del raggiungimento dei loro obiettivi di fondo entrambe queste codificazioni sembrino soprattutto implicare una vera mutazione del ruolo del giudice. E ciò nel senso

¹⁸ A questo riguardo con riferimento alla riforma spagnola nel contesto di una generale presa di coscienza di una strutturazione anche ideologica delle riforme, si rinvia a I. DIES-PICAZO GERNÉNEZ, *Civil Justice in Spain: Present and Future, Access, Costs, and Duration*, in A. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford 1999, 385 ss.

¹⁹ Nella vasta produzione scientifica al riguardo, per una delle prime analisi dello spirito innovatore di tali elaborazioni, J.A. JOLOWICZ, *The Woolf Report and the Adversary System*, in *C.J.Q.* 1996, 198. In seguito, per due citazioni doverose, N. ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party-Contro I 'Going, Going, Gone'*, in *C.J.Q.* 2000, 19 ss.; A. ZUCKERMAN, R. CRANSTON (eds.), *Reform of Civil Procedure. Essays on 'Access to Justice'*, Oxford 1995, 97 ss.

²⁰ J. SORABJI, *English Civil Justice After the Woolf and Jackson Reforms*, Cambridge 2014, *passim*. Specificamente in materia, nella letteratura giuridica italiana, P. COMOGGIO, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo 'update' delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 145 ss.

²¹ Al riguardo, ad esempio, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998*, in *Rev. der. proc.* 1999, 362 ss.; A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, voce *Processo civile spagnolo*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano 2008, spec. 650 ss.

che, specie all'interno di queste modalità di intervento normativo a carattere generale, la riformabilità del processo risulta strettamente collegata a un intervento incisivo e diretto del giudice sullo svolgimento della sua fase preparatoria.

In questa chiave che si spiega nella disciplina spagnola la configurazione di una *audiencia previa* caratterizzata da un doveroso contatto fra avvocati di parte e giudice al fine di una fattiva collaborazione. È in questa fase immediatamente successiva a quella dei *pleitos* iniziali che, in effetti, al giudice vengono conferiti poteri di controllo sugli atti di parte e di iniziativa istruttoria ufficiosa; il tutto con chiari obiettivi di effettività e di riduzione dei tempi della chiarificazione dell'oggetto della controversia²².

Con riguardo alla riforma inglese è quasi superfluo rammentare in questa sede come il giudice sia chiamato a svolgere una funzione a tutti gli effetti manageriale già in un momento addirittura precedente del processo; funzione corrispondente ad attività come il cosiddetto *pre-action control* e, soprattutto, l'*allocation questionnaire*. Entrambe collocate nella fase immediatamente successiva alla introduzione del processo attraverso le cosiddette *form of action*, tali attività risultano invero indirizzate a realizzare nel minor tempo una formulazione progressivamente precisa (ovvero chiaramente individuante le circostanze fattuali alla base della controversia) delle prese di posizione iniziali delle parti. Nell'ordinamento inglese, l'attività di *allocation* in realtà comporta già fin dagli atti iniziali la valutazione da parte del giudice degli *standard* di maggiore o minore complicazione della controversia; il che sostanzialmente si risolve nella valutazione della necessità (o non) di configurare in maniera più articolata e specifica sul piano della descrizione dei fatti oggetto della controversia le pretese e le difese di parte²³.

Questa attività rappresenta un presupposto a tutti gli effetti cruciale al fine di *allocate* la controversia all'interno di uno dei tre percorsi/*tracks* processuali previsti al fine di pervenire alla sua definizione rapida (oltre che non gravosa sul piano economico). È in altri termini noto che l'ordinamento inglese individua questo come un obiettivo essenziale, e la scomposizione del meccanismo processuale in tre modalità tipiche (*small track*, *fast track* e *multi track*) segnala qui il raggiungimento di un alto livello di elaborazione normativa. Con ciò invero si perviene a ritenere adattabile il modello procedimentale, non escludendone la sua utilizzazione efficiente anche in cause di notevole complessità, oltre che in quelle di minimo o medio valore economico e relativamente bassa o media complicazione²⁴.

²² Ad esempio, D. PALOMO VÉLEZ, *La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave*, in A. DE LA OLIVA SANTOS, D. PALOMO VÉLEZ (coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago de Chile 2007, 394 ss.; J. BANALOCHE PALAO, F. GASCON INCHAUSTI, *El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa*, in A. DE LA OLIVA SANTOS, J. BANALOCHE PALAO, F. GASCON INCHAUSTI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, E. VALLINES GARCIA (coord.), *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Navarra 2009, 283 ss.; J. MONTERO AROCA, J.L. GOMEZ COLOMER, A. MONTON REDONDO, S. BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil*, Valencia 2001, 445 ss.

²³ N. ANDREWS, *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, London 2012, 39 ss.; nella cultura giuridica italiana L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1353 ss.

²⁴ In una vasta letteratura in materia A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, London 2003, 1 ss.; ID., *Court Case Management in England Under the Civil Procedure Rules 1998*, in P. GOTTFWALD (ed.),

3. Aspetti semantico-linguistici delle riforme del processo e loro rilievo in una prospettiva di efficienza

All'interno delle norme sul processo, questo aspetto dell'estensione della disciplina a questioni come quelle della differenziazione fra i tipi di controversie (ossia maggiore o minore complicazione a seconda delle categorie delle controversie considerate) costituisce una rilevante novità delle riforme processuali recenti. Ed è in particolare, si ribadisce, nelle codificazioni che tendono ad assumere la conformazione di normative generali che tale questione emerge con particolare evidenza. Un simile dato costituisce invero a sua volta un elemento differenziante di particolare rilievo fra le culture del processo. La sua presenza ormai radicata all'interno delle culture anglosassoni, trova corrispondenza soprattutto nella cultura germanica e in parte in quella francese; mentre i riscontri sono molto meno evidenti nelle culture latine del processo civile. Ed è da questa circostanza che sembrano derivare alcuni fenomeni e qualche possibile valutazione.

Il fenomeno forse più interessante, almeno a livello di metodologie o modalità delle riforme del processo civile, a parere di chi scrive, è rappresentato da un'esigenza in gran parte collegata all'intento di affrontare attraverso la riformulazione normativa anche aspetti del processo fino ad ora tendenzialmente non considerati. Dalla presa d'atto che le discipline processuali debbano riferirsi anche a controversie di particolare complicazione – per ragioni di valore, di pluralità dei soggetti coinvolti e della messa in atto di strategie difensive a opera degli avvocati di parte – è anche derivata l'esigenza di sottoporre la redazione delle norme a un controllo del tutto particolare. Specie in ambito statunitense da circa un ventennio il problema dello stile di redazione delle norme si è imposto come una questione centrale al modo di essere di una normativa, specie processuale e specie se riferita alla disciplina dello svolgimento di *complex cases* o comunque di controversie segnate da elevati *standard* di complessità sul piano della gestione processuale²⁵.

Di qui lo sviluppo di varie forme di cosiddetti *style project* concernenti appunto la riformulazione stilistica (*style revision*) delle discipline del processo²⁶. Ed è specie ove l'oggetto della disciplina risulti intrinsecamente complicato in quanto riferito o riferibile a *complex litigation*, che l'intento di semplificare il dettato delle norme processuali pur senza

Litigation in England and Germany. Legal Professional Services, Key Features and Funding, Bielefeld 2010, 4 ss. Riguardo al processo di adozione dei *track* processuali in relazione all'*Interim Report* di Lord Woolf del giugno 1995, N. ARMSTRONG, *Making Tracks*, in A. ZUCKERMAN, R. CRANSTON (eds.), *Reform of Civil Procedure*, cit. 97 ss.

²⁵ Per un riferimento d'obbligo R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul 1998, *passim*; J. SELIGMAN, *Complex Litigation at the Millennium: the Nontrial Adversarial Model*, in 64 *Law & Contemp. Prob.* 2001, 97 ss.; L. MULLENIX, *Complex Litigation Reform and Article III Jurisdiction*, in 59 *Fordham L. Rev.* 1990, 169 ss. Sul tema della complessità processuale, in prospettiva comparata, A. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., *passim*.

²⁶ In generale in materia E.H. COOPER, *Restyling the Civil Rules: Clarity Without Change*, in 79 *Notre Dame L. Rev.* 2004, 1761 ss.; con specifico riguardo al *restyling project* si rinvia al dibattito sui *Guiding Principles*, in COMMITTEE ON RULES OF PRACTICE AND PROCEDURE OF THE JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES, *Preliminary Draft of Proposed Style Revision of the Federal Rules of Civil Procedure*, Washington 2005, *passim*.

incidere sotto il profilo tecnico sul loro contenuto, viene segnalato come rilevante²⁷. Bisogna dire che il dibattito svoltosi a questo riguardo in ambito statunitense ha, in effetti, evidenziato come non siano estranei alla stessa prospettiva di efficienza del meccanismo processuale (o di effettività, per utilizzare una categoria europeo-continentale), aspetti semantico-linguistici delle riforme del processo. E del resto bisogna anche aggiungere che questo fenomeno appare giustificarsi più agevolmente in area statunitense in ragione della modalità particolarmente articolata dell'*iter* normativo in tale ordinamento; un *iter* tendenzialmente caratterizzato dalla presenza a questo riguardo di variegate complicazioni, numerosi passaggi ed estesissime verifiche²⁸.

Con riferimento al tema che qui si considera ben diversa sembra, per converso, la situazione in molti ordinamenti europei, specie ove la metodologia di riforma preferita sia stata, e sia, quella degli interventi settoriali. Appare particolarmente emblematico a questo riguardo il caso italiano. In tale ordinamento si registrano, infatti, vari fenomeni che sostanzialmente impediscono uno svolgimento efficiente del percorso di riforma normativa; e ciò a livello tanto di percezione diffusa e *background* culturale delle relative esigenze, quanto di modalità intrinseche all'attività di legiferazione realizzate, che infine di ruolo dell'accademia a questo riguardo.

Al primo riguardo, ciò che preme sottolineare è più che altro una percezione ricorrente relativa allo scarto fra le esigenze dell'utenza, per lo più rappresentate dalla stessa professione legale e anche l'attività legislativa. Sembra in altri termini esistere nell'ordinamento italiano una scarsa interazione fra la conclamata critica del modello da parte dell'avvocatura italiana e la risposta legislativa, che tende a intervenire in qualche misura senza una diretta coordinazione con tali critiche e per così dire 'a pioggia'. Riguardo proprio all'attività di riforma legislativa del processo, la vicenda italiana degli ultimi vent'anni è, in effetti, segnata da alcune specificità non propriamente commendevoli²⁹.

Più che altrove si assiste qui per un verso a una vitalità legiferatrice davvero notevole ma, per altro verso, altrettanto eccezionale appare l'inadeguatezza di tale attività. Ciò che invero sembra caratterizzare la riforma italiana del processo in questo periodo è la sua realizzazione – o tentativo di realizzazione – per così dire *in absentia*; ossia, in totale mancanza di preparazione critica e di elaborazione pubblicamente valutabile di *philosophies* di riforma almeno paragonabili a quelle più sopra indicata come caratteristiche di riforme come quella spagnola, inglese, ma anche – il riferimento è evidentemente al rapporto *Coulon* – francese³⁰. È ormai invalsa in Italia la tendenza a intervenire sul processo come a

²⁷ Segnala lo specifico problema del *restyling* con riferimento alle complessità di alcune categorie di controversie, ad esempio, L.A. EICHHORN, *Clarity and the Federal Rules of Civil Procedure: A Lesson from the Style Project*, in 4 J.A.L.W.D. 2008, 1 ss., spec. n. 2 per una adeguata bibliografia in materia.

²⁸ Sull'*iter* normativo federale statunitense, di recente, S. BURBANK, S. FARHANG, *Federal Court Rulemaking and Litigation Reform: An Institutional Approach*, in 162 U. Pa. L. Rev. 2014, 1543 ss.

²⁹ A questo riguardo, ad esempio, F. CARPI, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2006, 849 ss.; L.P. COMOGLIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in Riv. dir. proc. 2010, 521 ss.; A. DONDI, V. ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2009, 1437 ss.

³⁰ A scopo esemplificativo, sul *rapport Coulon*, in una vasta letteratura, L. CADIET, *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon: états généraux de la profession d'avocat*, Paris 1997, *passim*; L. CADIET, S. GUINCHARD, J. HÉRON, J. NORMAND (eds.), *La réforme du code de procédure*

sorpresa e ripetutamente, ma soprattutto senza alcuna organica prospettazione delle linee dell'intervento.

Nel momento attuale, di una tale assenza di comunicazione diffusa riguardo alle riforme del processo civile, del loro manifestarsi 'autoritativo' e con una periodicità ormai molto stretta, si può dire risenta il complesso della cultura italiana del processo. Appare in particolare influenzata da questa circostanza la relativa discussione, il dibattito in sede dottrinale nonché la stessa postura della dottrina riguardo al processo di riforma. In effetti, si potrebbe qui richiamare nel suo senso profondo e positivo l'antica qualificazione di un lungo tratto del diritto romano come *ius controversum* – ossia, diritto eminentemente dibattuto e creato dai giuristi – per segnalare la distanza della situazione italiana da una interazione fruttuosa e creativa fra i giuristi su questo versante.

In tale ordinamento, alla doverosa interazione al fine di promuovere l'effettiva e seria trasformazione dell'assetto normativo concernente il processo sembra invero essersi sostituito altro. Si tratta nella sostanza della marginalizzazione della dottrina italiana rispetto allo svolgersi spesso casuale di un percorso normativo *soi-disant* non necessitante del suo apporto di approfondimento culturale. Questo stato di cose sembra aver inciso sull'approccio prevalente della dottrina, in particolare inducendola – con conseguenze anche sulla coscienza della sua funzione istituzionale – a ridurre la propria prospettiva di intervento propositivo in favore della manifestazione di pur indiscutibili eccellenze personali o di specifiche capacità esegetiche. E di qui, per quanto del tutto estraneo al tema di questa indagine, sembra anche ipotizzabile una mutata immagine di sé dell'accademia giuridica, con effetti prevedibilmente non positivi sulla sua futura vitalità.

Con riferimento alla dottrina – ma anche al giudiziario e all'avvocatura – c'è in ogni caso da chiedersi se e quanto a lungo possa ancora permanere una simile compressione delle potenzialità dei giuristi italiani rispetto all'attività di riforma del processo civile.

civile autour du rapport Coulon, Paris 1998, *passim*; C. LECOMTE, *Le nouveau Code de procédure civile: rupture et continuité*, in J. FOYER, C. PUIGELIER (dir.), *Le Nouveau Code de Procédure civile (1975-2005)*, Paris 2006, 6 ss.

57. PROBLEMI METODOLOGICI IN TEMA DI DOCENZA PROCESSUALE*

SOMMARIO: 1. Discrepanze di elaborazione e valorizzazione di una questione di oggettivo rilievo. – 2. Specialità della prospettiva statunitense. – 3. Approccio europeo continentale e peso di una tradizione radicata. – 4. Per una trasformazione della docenza processuale.

1. Discrepanze di elaborazione e valorizzazione di una questione di oggettivo rilievo

Nel momento presente, fra gli àmbiti di tradizionale definizione e inquadramento del diritto sembra avere subito una sorta di marginalizzazione – e comunque non godere di sufficiente visibilità – quello delle metodologie del suo insegnamento istituzionale. Ciò in generale, ma in particolare con riferimento a settori specifici, come quello del diritto processuale. È appunto con riferimento a questo settore, ai problemi di metodologia dell'insegnamento del processo, nonché alle implicazioni sulla struttura complessiva dell'insegnamento istituzionale del diritto che qui ci si intende pur brevemente soffermare¹.

La ragione della scelta di una prospettiva tanto anomala, quantomeno perché molto poco frequentata, sembra potersi far consistere proprio in questa implicazione o complesso di implicazioni. In effetti, in queste pagine l'assunto di base sarà che il modo dell'insegnamento del processo costituisce un elemento qualificante l'assetto dell'insegnamento del diritto nel suo complesso, all'interno di istituzioni chiamate facoltà, *law schools* o altrimenti. Si tenterà di verificare ciò attraverso una sintetica analisi di tali istituzioni e, al loro interno, della modulazione dell'insegnamento del diritto processuale; il tutto con particolare attenzione alle differenziazioni presenti a questo riguardo.

Come è stato autorevolmente rilevato, uno dei fattori tipici dell'insegnamento del diritto processuale consiste nella suo essere particolarmente emblematico della «idea che si ha del laureato in giurisprudenza in genere, ed in particolare del giurista professionale»². E si può cogliere lo specifico che caratterizza come del tutto peculiare ed emblematico il modo dell'insegnamento del diritto processuale nel suo costituire un elemento evidenziante l'impostazione generale dell'insegnamento del diritto all'interno delle varie istituzioni a tal fine preposte³. Ciò al punto che si potrebbe affermare che le principali differenziazioni di impostazione nell'insegnamento del diritto in larga misura corrispon-

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 331-342. L'a. ringrazia sentitamente il Dottor Filippo Noceto per l'attività di *editing* dell'apparato delle note bibliografiche.

¹ V. su questo tema anche A. DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction – The US and Italian Models Compared*, in *ZZP. Int.* 2010, 77 ss.

² M. TARUFFO, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 551; A. GIULIANI, N. PICARDI (a cura di), *L'educazione giuridica*, vol. VI, Napoli 1994; N. PICARDI, R. MARTINO, *Trattato di educazione giuridica: modelli di università e progetti di riforma – L'educazione giuridica da Giustiniano a Mao*, Bari 2008.

³ A. DONDI, *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, in *Pol. dir.* 2013, 105 ss.

dano all'importanza attribuita all'insegnamento del diritto processuale e ai modi della sua configurazione⁴.

Di qui un'ulteriore serie di considerazioni più in generale riferibili alla funzione attribuita e in effetti svolta dalle istituzioni di insegnamento del diritto. Si tratta invero di una questione di portata assai vasta e coinvolgente tanto la struttura dell'insegnamento che la *philosophy* generale del ruolo sociale del giurista⁵. Un complesso contesto di problemi all'interno del quale gioca un ruolo cruciale la presenza di diverse impostazioni, e in particolare la giustapposizione fra due concezioni drasticamente diverse dell'insegnamento istituzionale del diritto. Si può fare corrispondere questa giustapposizione, da un lato, a un approccio per così dire aspecifico e, dall'altro, a un approccio professionalizzante.

Per semplificare, si può far consistere l'essenza dell'approccio aspecifico nel completamento *tout court* di un'educazione superiore. Un approccio pertanto originariamente pensato, oltre che quale premessa inevitabile per l'esercizio delle professioni legali, anche come percorso culturale per garantire un adeguato *upbringing* per le classi agiate o per la burocrazia statale⁶. Per converso, e sempre semplificando, si può caratterizzare l'approccio professionalizzante come indirizzato alla istituzionalizzazione dell'insegnamento di conoscenze giuridiche a carattere essenzialmente pratico-professionale. A prescindere dal loro contesto di insegnamento – anche, come si dirà, molto raffinato sotto il profilo intellettuale – l'obiettivo di fondo qui perseguito consiste, infatti, nella strutturazione di competenze tecnico-giuridiche sufficientemente approfondite da essere virtualmente applicate *d'emblé* nella pratica professionale da futuri avvocati e giudici.

Semplificando ancora all'estremo, si rende subito noto che qui si riferirà l'approccio professionalizzante essenzialmente all'ordinamento statunitense, mentre quello aspecifico alla vasta maggioranza degli altri ordinamenti⁷.

2. Specialità della prospettiva statunitense

Non sfugge il carattere molto tradizionale dell'impostazione appena suggerita. Si deve in altri termini ammettere la netta coincidenza dell'individuazione nel modello statunitense di insegnamento del diritto come speciale con la nota e ormai risalente caratterizzazione di questo ordinamento in termini di *American exceptionalism*⁸.

Essenziali ragioni di sintesi giustificano questa scelta. Ed è in questo spirito che si inquadrano le considerazioni che seguiranno in merito al del tutto particolare *exceptionalism* che in ambito statunitense caratterizza appunto l'insegnamento del diritto, e come ciò si manifesti in particolare nelle modalità dell'insegnamento del processo.

⁴ V., ad es., A. SARAT, B. GARTH, R.A. KAGAN (eds.), *Looking Back at Law's Century*, Ithaca 2002, 65 ss.

⁵ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford 2004, 15 e *passim*; più di recente, A.B. SPENCER, *The Law School Critique in Historical Perspective*, in 69 *Wash & Lee L. Rev.* 2012 1949 ss. e, sullo stesso tema, anche C.A. WRIGHT, *The University Law Schools*, in 2 *J. Legal Educ.* 1950, 409 ss.

⁶ G.C. HAZARD, A. DONDI, *op. cit.*, 41 ss.

⁷ A. DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing*, cit., 79-80.

⁸ A. CHAYES, *American «Exceptionalism» and Comparative Procedure*, in 50 *American J. of Comp. L.* 2002, 277 ss.

In questa prospettiva, uno sguardo al contenitore appare indispensabile e comunque utile a segnalare quanto lo stesso contenitore sia influenzato dai suoi contenuti e dalla loro configurazione. Un *caveat* forse superfluo, visto che il contenitore di riferimento è un'istituzione come la *law school* statunitense, pressoché universalmente conosciuta come il vero ambito di formazione del giurista statunitense⁹. È del resto appena il caso di rammentare la vastissima letteratura in materia; una letteratura e comunque una *exposure* non solo comprendente studi scientifici, ma estesa a vari generi letterari, quando non giornalistici e cinematografici¹⁰. Il che rende agevole affermare che tale attenzione si giustifica anche in quanto il modello di educazione giuridica istituzionale rappresentato dalla *law school* tende a essere percepito come del tutto emblematico dei valori di costante competizione e di diffuso liberalismo tuttora molto radicati e vastamente riconosciuti nella società statunitense¹¹.

Invero, che il carattere *profession oriented* della *law school* rappresenti una sorta di interfaccia della società statunitense appare proprio confermato dalla metodologia di insegnamento adottata all'interno di questa istituzione almeno dalla fine del XIX secolo, a séguito dell'introduzione del cosiddetto *case method* patrocinata da Christopher Columbus Langdell.

Tale carattere si può notoriamente fare consistere in una metodologia di insegnamento implicante sia il costante riferimento al dato giurisprudenziale sia la stretta interazione fra professore e allievi, nell'ambito della quale il professore interroga gli allievi sollecitandoli a valutare le soluzioni presenti per lo più nel *case law* della Corte suprema federale¹².

È piuttosto evidente come tale metodologia, che al suo meglio tende a tradurre funzionalmente il *case method* in un intenso *Socratic method*, risulti del tutto appropriata alla caratterizzazione del diritto come eminentemente diritto processuale o, comunque, come diritto del processo e della pratica processuale¹³. Ed è in questo contesto che trova un contemperamento virtualmente perfetto la presenza di insegnamenti di diritto processuale nella *law school* statunitense. Una presenza mai messa in effettiva discussione e anzi rafforzata nel corso del XX secolo dal dibattito intellettuale suscitato da movimenti filosofici, come soprattutto l'*American legal realism* o in séguito dai cosiddetti *Critical legal studies*, pure molto critici riguardo al tradizionale assetto di questa istituzione e del diritto statunitense in generale¹⁴.

In proposito, si dovrebbe invero parlare di significativa preponderanza degli insegnamenti di diritto processuale o a carattere processualistico. A tutti gli effetti, una sorta di

⁹ A. DONDI, *op. ult. cit.*, nn. 7, 12, 14.

¹⁰ S. TUROW, *One L – The Turbulent True Story of a First Year at Harvard Law School*, New York 1977 (rist. 2010), *passim*.

¹¹ A. DONDI, *Qualche considerazione comparata*, cit., nn. 5, 9, 14.

¹² B.A. KIMBALL, *The Inception of Modern Professional Education – C. C. Langdell 1826-1906*, Chapel Hill 2009, *passim* (a riguardo anche A. DONDI, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 1391-1394; ID., *Un-Horizontal Legal Upbringing*, cit., n. 10); sul *case method* langdelliano, di recente e all'interno di un lavoro di ampia portata storica, E. WHITE, *Law in American History – From Reconstruction to the 1920s*, Oxford 2016, 320.

¹³ L. KALMAN, *Professing Law – Elite Law Professors in the Twentieth Century*, in A. SARAT, B. GARTH, R.A. KAGAN (eds.), *Looking Back at Law's Century*, Ithaca 2002, 337 ss.

¹⁴ A. DONDI, *Qualche considerazione comparata*, cit., nn. 16-18.

vera e propria primazia che si manifesta già nella collocazione di tali insegnamenti all'inizio del tradizionale *curriculum* triennale di insegnamento di una *law school*; al punto che invero il professore (o, ormai molto spesso, i professori) di procedura – per lo più di procedura civile – è anche il primo o fra i primi docenti che uno studente incontra all'inizio della sua esperienza.

Esiste una ragione di fondo, per vero piuttosto articolata al suo interno, di tale rilievo strutturale. Tale ragione consiste nel solido *entrenchment* all'interno della cultura statunitense, anche non strettamente giuridica, di un *corpus* di norme come le *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938. E ciò non solo per il loro rappresentare un tipico prodotto delle istanze originarie del *New Deal*, ma anche per la loro caratterizzazione '*easy and simple*' dal punto di vista tecnico (si pensi al ricorrere di questa espressione in una norma basilica delle *Federal Rules*, quale la *Rule 8*) che ne fa nella vulgata comune un richiamo pressoché abituale (si pensi, per non fare che un esempio, al ricorrere dell'espressione «*I'll sue you*» nelle più svariate circostanze). In tale cultura, fra gli indici invero numerosi di una diffusa conoscenza dei parametri basilici delle *Federal Rules* si pensi ai ricorrenti richiami nella stampa quotidiana e nella letteratura contemporanea ad alcune *Rules* emblematiche, quali la già citata 8, la 11 o la 26 rispettivamente concernenti *pleading* e *discovery*, oltre ovviamente alla notoria *Rule 23* in materia di *class action*¹⁵.

È anche avendo presente un tale *background* di non estraneità alla cultura ed etica sociale statunitense della normativa e della realtà del processo civile che sembra possibile spiegare la centralità e il rilievo della didattica processuale nell'educazione giuridica istituzionale. Del resto, questa sorta di immanenza della realtà processuale rispetto alla quotidianità appare anche confermata dalla circostanza che nell'ordinamento statunitense – in sostanziale assenza di tutele di natura in senso lato amministrativa – il processo civile costituisce in pratica l'unico effettivo strumento di tutela utilizzabile a vasto raggio¹⁶. E questo stato di cose sembra, in effetti, avere incisivi riflessi sulla configurazione della didattica processuale, nonché sugli obiettivi di effettiva preparazione alla pratica professionale a essa attribuiti.

In questo contesto, il rilievo degli insegnamenti processuali si manifesta già nella loro diffusione in tutto il triennio di tradizionale *curriculum* di studi di una *law school*. Ma ciò che appare opportuno segnalare qui è soprattutto – a partire dalla seconda metà del XX secolo – la combinazione fra il dato metodologico e l'oggetto di tale didattica. È, in effetti, specie con riferimento alla *procedural legal education* che si origina un vasto fenomeno di critica – in corso almeno dagli anni '70 e tuttora diffusamente presente – nei confronti dell'assoluta prevalenza del *case method* come tipico canone metodologico di apprendimento¹⁷.

In effetti, nelle critiche che la dottrina statunitense riserva al *cursus* tradizionalmente assestato nella *law school*, la virtuale univocità di tale canone sembra entrare in crisi spe-

¹⁵ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano 2015, 97 ss.

¹⁶ A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi – Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 434 ss.; A. DONDI, *Difficoltà nella riforma degli atti introduttivi in un raffronto fra l'approccio statunitense e italiano*, in *Festschrift für Peter Gottwald*, München 2014, 109 ss.

¹⁷ D. KENNEDY, *How the Law School Fails – A Polemic*, in 1 *Yale Rev. Legal & Social Action* 1970, 71 ss.; Id., *Legal Education and Reproduction of Hierarchy*, in 32 *J. Legal Educ.* 1982, 591.

cie con riferimento agli insegnamenti processualistici¹⁸. In ragione della loro importanza strutturale per la formazione del futuro avvocato (ed eventualmente anche giudice), per insegnamenti tanto emblematici della funzione professionalizzante del modello statunitense di *legal education* la tendenza è a ritenere improprio limitarsi *tout court* all'adozione del metodo socratico/langdelliano. In altri termini, si tende a ritenere tale metodo ormai tanto standardizzato e usuale da configurare una prassi di mera rappresentazione dei problemi di tutela emergenti nel processo, in quanto tale spesso astratta e scarsamente efficace sul piano di un effettivo ammaestramento professionale. Di qui la dichiarata esigenza di affiancare a questa altre metodologie di docenza. E di qui anche l'elaborazione di numerose proposte per l'introduzione di insegnamenti *clinical* o seminariali, che effettivamente ormai da tempo costituiscono una realtà molto diffusa nella *legal education* statunitense¹⁹.

Del resto, che una simile diversificazione metodologica rappresenti, come si è accennato, un'esigenza del tutto particolare per gli insegnamenti processualistici appare piuttosto agevole spiegare se si considera l'evoluzione subita dal processo civile statunitense a ridosso degli anni 2000 e nel corso di quest'ultimo decennio²⁰. È in questo periodo che, in effetti, ha luogo un'elaborazione molto articolata dei problemi del processo civile nel segno della cosiddetta *procedural complexity* e della conseguente necessità di sottoporre a un complessivo ripensamento i tradizionali parametri di inquadramento della cultura processualciviltistica²¹.

A lungo dibattuta e seriamente rapportata alle concrete esigenze di tutela da gestire in sede processuale, quest'evoluzione giunge a coinvolgere anche le modalità della trasmissione del sapere riguardo al processo. È in questo quadro che si inseriscono proposte intese a caratterizzare l'insegnamento processuale non come esclusivamente tecnico e riferito al diritto positivo, ma anche da strutturare in prospettiva storica e culturale²². Dovendosi rapportare non più a una concezione univoca e/o omologante del modello processuale, ma a una visione riferita a una realtà particolarmente variegata (tale da comprendere sia *complex cases* come le controversie di classe o societarie o di *product liability* sia cause medie sia anche *small claims*), si tende a prospettare tali modalità come atte appunto a combinare sempre più intensamente lo *standard* rappresentato dal *langdellian method* con

¹⁸ A.B. STEVENS, *Law School – Legal Education in America from the 1850's to the 1980's*, Union 1983, 54 ss.; N. HORWITZ, *The Transformation of American Law – The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford 1992, 178 ss.

¹⁹ A.B. STEVENS, *Law School*, cit., 211 ss.; in una vastissima letteratura che attesta una costante vitalità del dibattito circa la metodologia dell'insegnamento giuridico (e, al suo interno, precipuamente di quello del processo civile), ad es., L.L. TEPLY, R.U. WITTEN, *Teaching Civil Procedure Using an Integrated Case-Text and Problem Method*, in 47 *St. Louis U.L. Rev.* 2003, 91 ss.; P.D. CARRINGTON, *Teaching Civil Procedure – A Retrospective View*, in 49 *J. Legal Educ.* 1999, 311 ss.

²⁰ A. DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing*, cit., nn. 17-18.

²¹ A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in ID. (a cura di), *Elementi per una definizione della complessità processuale*, Milano 2011, 4-17; per un riscontro ormai piuttosto risalente di questo genere di problemi nella letteratura americana concernente la metodologia degli insegnamenti procedurali, ad es., E.M. SCHNEIDER, *Structuring Complexity, Disciplining Reality – The Challenge of Teaching Civil Procedure in a Time of Change*, in 59 *Brook. L. Rev.* 1993, 191.

²² Ad es., L.S. MULLENIX, *The Influence of History on Procedure: Volumes of Logic, Scant Pages of History*, in 50 *Ohio St. L. J.* 1989, 803 ss.

insegnamenti di tipo seminariale virtualmente intesi a individuare la migliore soluzione processuale per ciascun tipo di controversia²³.

La principale implicazione di ciò è che il tradizionale riferimento privilegiato alle materie processualistiche tipico della *law school* statunitense perviene a scomporsi in modalità di docenza piuttosto diversificate, con una significativa trasformazione dell'interazione fra docente (che, si deve sottolineare, nella grande maggioranza svolge la propria attività *full time*) e studente. In altri termini, la modalità-tipo ormai non è in assoluto l'ormai tipica e tradizionale interrogazione a sorpresa del professore nei confronti degli studenti, ma il colloquio, per lo più nella prospettiva della redazione di una ricerca (*paper*) che dia conto delle capacità critiche e analitiche acquisite dal singolo studente²⁴. E occorre dire che, nella prospettiva dell'effettiva formazione di un giurista professionale, una simile combinatoria sembra ancora garantire alla *law school* americana – nonostante i problemi che hanno interessato anche questa istituzione a séguito della perdurante crisi economica globale – molti vantaggi rispetto agli altri modelli di docenza²⁵.

3. Approccio europeo continentale e peso di una tradizione radicata

È facile intendere che il quadro sopra sinteticamente fornito possa implicare una valutazione complessivamente critica dello stato delle cose concernente la docenza giuridica istituzionale 'altra'; ossia quella tradizionalmente assestata nell'area europeo-continentale.

Procedendo per esempi e senza alcuna pretesa di esaustività, emblematica di questa alterità rispetto all'approccio statunitense appare in particolare la situazione italiana. Quello italiano costituisce invero un rilevante esempio della permanenza e del peso della tradizione europeocontinentale in fatto di insegnamento giuridico universitario²⁶. Una circostanza non intaccata da pur numerose trasformazioni recenti, che – come si dirà, con una fondamentale eccezione – appaiono tuttavia sostanzialmente di dettaglio e, anzi, complessivamente peggiorative.

Invero, *ictu oculi* si potrebbe ritenere il modello italiano di insegnamento del diritto profondamente trasformato rispetto alla sua configurazione fino, grossomodo, alla metà dell'ultimo decennio del secolo scorso; e ciò in ragione del fatto che il periodo del *curriculum* di una 'laurea magistrale' (la sola che consenta di intraprendere le tre professioni legali tipiche di avvocatura, magistratura e notariato) è oggi di cinque anni e non più di quattro, mentre il numero degli esami è passato da ventuno a ben più di trenta. È, tuttavia, da ritenersi che questi cambiamenti *grossly speaking* strutturali non abbiano effettivamente trasformato un modello di docenza tanto assestato quanto poco efficiente. E questa cir-

²³ Su queste nuove metodologie v., ad es., i saggi contenuti nel numero unico intitolato *Leadership in Legal Education*, in 40 *U. Tol. L. Rev.* 2009, 403 e *passim*.

²⁴ O.G. CHASE, *The Birth of The Modern Law School*, in 23 *Am. J. Legal Hist.* 1979, 329 ss.

²⁵ D. KENNEDY, *Legal Education and Reproduction of Hierarchy*, in 32 *J. Legal Educ.* 1982, 591 ss. (anche in traduzione italiana come *Insegnamento del diritto e riproduzione della gerarchia*, in A. DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1994, 129 ss.).

²⁶ M.R. FERRARESE, *Potere e competenza nelle professioni giuridiche*, in *Soc. dir.* 1992, 44; N. IRTI, *Un professore insegnante*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 1419; A. SUPLOT, *Grandeur et petitesse des professeurs de droit*, in *Les Cahiers du Droit* 2001, 595; D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati – Diritto ed economia del processo civile*, Bologna 2003, *passim*.

costanza, vera in generale, lo appare particolarmente con riferimento agli insegnamenti processualistici.

Invero, occorre aggiungere che ispirati più che altro da una sorta di generica *enhancement philosophy*, gli interventi di riforma del modello universitario non hanno realizzato la concreta trasformazione dell'idea complessiva del ruolo della facoltà di giurisprudenza italiana nel contesto europeo, e tantomeno del suo modello prevalente di insegnamento. In effetti, a prescindere dall'adesione a dichiarazioni di intento come la Dichiarazione di Bologna del 1999, virtualmente implicanti una riqualificazione qualitativa degli studi universitari al fine di consentire l'effettiva circolazione a livello intracomunitario soprattutto dei professionisti qualificati da *curricula* acquisiti appunto nelle università europee, sembra di poter affermare che su questi due elementi essenziali non si è intervenuti. Talché, specie in Italia, tanto la concezione generale della funzione della facoltà di giurisprudenza (oggi, cambiamento di notevole sostanza, ridefinita 'dipartimento di giurisprudenza') quanto il modello di insegnamento possono in definitiva ritenersi nella realtà non dissimili da un passato risalente quantomeno alla metà del secolo XX.

A prescindere dall'aumento delle iscrizioni fino all'inizio degli anni 2000 e – del tutto comprensibilmente, anche per quello che si dirà – dalla loro drastica diminuzione nell'ultimo quinquennio, l'impostazione della facoltà di giurisprudenza italiana rimane pervicacemente quella di un corso di studi non professionalizzante. Sulla scia della tradizionale idea che in fondo la sua funzione sia aspecifica, e per così dire *bonne à tout faire* nel senso di fornire una qualche educazione a livello universitario a categorie di individui non necessariamente intenzionati a prepararsi per l'effettivo svolgimento delle tre professioni legali tipiche, anche il suo *curriculum* permane nella sostanza immutato. E, salvo la loro farcitura con materie di contorno un po' *à la mode* e più che altro utili a garantire carriere universitarie poco faticose, invero l'impostazione dei corsi conserva lo schema antico della prevalenza di insegnamenti sostanzialistici rispetto a quelli processualistici nonché della collocazione di questi ultimi pressoché alla fine del *curriculum* complessivo.

In questo profilo si può dire consista – del resto in analogia con quelli europeo-continentali e, per complessa derivazione, latinoamericani – il carattere di fondo del *modus discendi* italiano. Che si tratti di una concezione combinantesi con la cosiddetta tradizione di *civil law* è troppo ovvio per essere qui anche solo segnalato. Come è troppo ovvia qui l'impronta di una tradizione di insegnamento del diritto iniziata in istituzioni in fondo a carattere sopranazionale come gli *studia* italiani del basso Medioevo, frequentati anche da studenti provenienti da altrove rispetto agli stretti confini geografici della penisola (quindi *ex professo* da formarsi corrispettivamente altrove, e in séguito, come giuristi professionali)²⁷. E come è chiaro che, per il suo carattere nella sostanza introduttivo e basilico, un tale modello di insegnamento tenda a marginalizzare la pratica del diritto e la sua contestualizzazione in sede processuale²⁸.

²⁷ Così, ad es., P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 2006, *passim*.

²⁸ Con riguardo specificamente all'insegnamento del processo civile, costituiscono una significativa eccezione S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 543 ss., nonché i saggi in AA. Vv., *L'insegnamento delle materie processualciviltistiche nelle facoltà di giurisprudenza riformate e nelle scuole forensi. Atti dell'incontro di studio* (Bologna, 1° giugno 2002), Milano 2003, *passim*.

A questo stato di cose si collega del resto anche in senso proprio il *modus* della docenza del diritto. Un *modus* sostanzialmente immutato nel suo caratterizzarsi essenzialmente come conferenza o, secondo una definizione da qualche tempo molto ricorrente in Italia, come 'lezione frontale'.

Questo modello di interrelazione fra docente e discente non è stato, oltretutto, sottoposto nel tempo a una vera analisi critica. Si può infatti affermare che risulta in pratica assente nel dibattito giuridico italiano la considerazione critica delle modalità dell'insegnamento istituzionale del diritto; e ciò – anche in ragione di quanto già segnalato riguardo al suo carattere aspecifico e non professionalizzante – specie con riferimento alla sua effettiva efficacia. In questo quadro, a maggior ragione e di conseguenza, non stupisce che sembra anche mancare la percezione delle particolari esigenze concernenti alcune materie proprie sotto il profilo delle modalità della docenza. Ed è chiaro che il riferimento qui è specialmente alle materie processualistiche e, in particolare, processualciviltistiche²⁹.

Pertanto, si continua a insegnare le procedure... come da sempre si sono insegnate; più o meno 'bene', approfonditamente o analiticamente e con presa sugli studenti, a seconda della personalità culturale e umana, insomma dell'intrinseca capacità, del professore. Ma appunto il modo dell'insegnamento non pare costituire un problema; non comunque un tema da affrontare con la dignità di una questione effettivamente cruciale con riguardo allo stato delle cose della procedura civile o penale in Italia. È questa una circostanza che appare scissa dalla pur grande qualità scientifica che caratterizza la cultura giuridica italiana fra la seconda metà del XIX e ben oltre la metà del XX secolo, per lo più traducendosi nell'assunzione ancor oggi immanente del metodo tedesco come 'il' metodo giuridico³⁰. Il fatto è che in Italia alla elaborazione scientifica basata – appunto in analogia con il metodo logico-giuridico di stampo tedesco – sulla «costruzione concettuale tramite l'astrazione logica generalizzata di schemi dogmatici e sistematici pandettistici» non corrisponde un analogo avvicinamento all'esempio germanico anche con riguardo al modello generale di università e di facoltà di giurisprudenza³¹.

In termini di modalità della docenza, questa decisa prevalenza di una visione dogmatica del diritto come serie virtualmente ordinata di concetti sembra, anzi, fornire un *background* giustificativo di base per il mantenimento della tradizione sopra descritta.

È sostanzialmente su questa base che sembra spiegarsi la conservazione in fondo problematica del modello della lezione a conferenza, con il professore che, in quanto unico conoscitore della struttura concettuale, spiega o comunque descrive analizzandoli i concetti a fondamento del diritto a una classe che al meglio si limita ad ascoltare. Del resto, occorre anche dire che in Italia la sostanziale assenza di serie critiche nei confronti

²⁹ Per un'interessante illustrazione di quest'approccio, v. G. TARZIA, *La preparazione universitaria alla professione forense*, in *Riv. dir. proc.* 1981, 131 ss.

³⁰ G. CIANFEROTTI, 1914 – *Le università italiane e la Germania*, Bologna 2016, 75-85, 94 ss.; riguardo alla fascinazione e comunque all'influenza strutturante del modello tedesco di università all'interno di un discorso proveniente dal sociologo più influente della cultura latina e non solo della prima metà del secolo XX, v., per quanto molto risalente ancora per molti versi attuale, J. ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, (nuova edizione a cura di S. FORTUÑO LLORENS), Madrid 2015, 71, 96 ss.

³¹ G. CIANFEROTTI, *op. cit.*, 148 ss.; per la parte virgolettata, V. DENTI, *Sistematica e post-sistematica nella evoluzione delle dottrine del processo*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1987, 469 ss.

di un simile assetto – critiche anche fondate sull'esigenza di diversificare le modalità di insegnamento a seconda delle caratteristiche della singola materia – trova anche un'altra giustificazione, altrettanto strutturale e per molti versi davvero insuperabile³². Si tratta della condizione del professore universitario italiano come professore sostanzialmente mal remunerato e al quale è consentito, per una sorta di contropartita, di svolgere la sua attività tanto a tempo pieno quanto a tempo parziale; una condizione, e soprattutto un'alternativa, molto concreta per una facoltà come quella di giurisprudenza.

Si tratta di un'alternativa, in effetti, molto frequentata in Italia; e, occorre dire, specie da parte dei professori delle materie cosiddette tecniche, in quanto connesse o comunque collegabili al concreto esercizio professionale dell'avvocatura. Accade, invero, che nella percezione tuttora corrente il vero professore di diritto sia il 'docente-avvocato'. Un professore, in quanto tale, scarsamente presente nel suo ufficio in università e – anche per ragioni attinenti a un modello di carriera accademica che richiede solo all'inizio una produzione scientifica significativa e soprattutto ponderosa – pressoché mai impegnato in attività di ricerca. È intuibile che, sempre nella percezione corrente, ma probabilmente anche nella realtà effettiva, in qualche modo appaia giustificabile che un professore tanto indaffarato sul piano professionale possa riservare solo un tempo ridottissimo all'attività di docenza e anche meno alla considerazione-elaborazione-diffusione di opzioni migliorative di tale attività.

Non si prosegue oltre su questa linea di considerazioni solo per ragioni di spazio, e per segnalare un fenomeno che nell'ultimo decennio integra in qualche modo trasformandone l'immagine, ma non la sostanza, il quadro dell'insegnamento universitario delle facoltà o dipartimenti di giurisprudenza italiani. Piuttosto sorprendentemente – o, per converso, molto giustificatamente sotto vari profili – la fine del quinquennio della cosiddetta laurea magistrale (la sola che, come già detto, consentirebbe l'accesso alle tre professioni legali tipiche) non rappresenta in Italia la reale conclusione del percorso di formazione istituzionale del giurista, che in quanto tale dovrebbe *en soi* precedere gli esami o i concorsi di accesso a tali professioni.

Chi intenda intraprendere la professione di magistrato è, infatti, tenuto a frequentare un corso biennale di 'Scuola di specializzazione per le professioni legali'; corso fornito presso le stesse facoltà o dipartimenti di giurisprudenza e molto frequentato anche da chi intenda intraprendere la professione di avvocato, perché sostitutivo di un anno di pratica effettiva presso uno studio legale³³. Si tratta di corsi a pagamento, nei quali la metodologia di insegnamento risulta molto differente da quella del *curriculum* quinquennale della facoltà o dipartimento; una metodologia, in effetti, molto collegata alla realtà della pratica del processo e caratterizzata da costanti riscontri giurisprudenziali, nonché risolta in esami comportanti prove scritte come per lo più la redazione di atti giudiziali. Analogamente, pur non configurando un percorso obbligatorio, sono inoltre tradizionalmente presenti in Italia varie scuole di notariato, tutte sottoposte al pagamento di rette anche molto elevate

³² Ad es., U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 17-31; comunque fondamentale in questa prospettiva, M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università – Studi, polemiche, raffronti*, Milano 1974, *passim*.

³³ Al riguardo, ad es., R. CAPONI, *La formazione postlaurea nelle professioni legali: situazione attuale e prospettive*, in *Foro it.* 2006, V, 369.

e intese a fornire un *training* professionale concernente la redazione degli atti notarili in forma propria.

4. Per una trasformazione della docenza processuale

Il quadro appena descritto si presta a numerose valutazioni critiche, del resto in parte già formulate *in itinere*. Limitandoci agli ultimi riferimenti, appare evidente in Italia il senso del collegamento fra la previsione di un corso della facoltà o del dipartimento di giurisprudenza come *ex professo* istituzionale e non professionalizzante, nonostante la notevole lunghezza e la presenza di corsi successivi alla stessa facoltà o dipartimento. E il significato di ciò è che con tali corsi si intende in qualche modo ‘sopperire’ a quanto manca (o, piuttosto, ‘deve mancare’) nel *curriculum* istituzionale.

In questa prospettiva, se si considera che l’accesso a tale corso di studi in Italia continua a non essere preventivamente selezionato, che in pratica basta iscriversi per accedere, le discrasie dell’attuale modello italiano di insegnamento del diritto risultano evidenti.

In apparenza il modello funziona in maniera democratica e... accogliente. Ciò quantomeno nel senso che, per un verso, tale modello è aperto a tutti e, per altro verso, non risulta particolarmente selettivo nella sua articolazione interna. In altri termini, i costi di iscrizione, nonostante gli aumenti recenti, rimangono tutto sommato non proibitivi e gli esami decisamente agevoli per studenti nei loro primi vent’anni, in quanto generalmente orali e in forma di blande interrogazioni di non più di mezz’ora. Oltretutto – e qui il collegamento con la docenza delle materie processualistiche si ripropone – nelle facoltà di giurisprudenza italiane gli scarsi insegnamenti (e relativi esami) concernenti materie professionalizzanti o tecniche risultano in qualche modo circondati da ormai innumerevoli insegnamenti a carattere storico, sociologico o *broadly speaking* filosofico.

Tuttavia, appena conclusosi il percorso istituzionale di cinque anni, come si è detto questo modello *easygoing* di insegnamento del diritto rivela fortissimi limiti, inefficienza e un intrinseco carattere antidemocratico. Infatti, al fine di intraprendere le carriere professionali occorre sostanzialmente riattrezzarsi acquisendo *ex novo* dopo la laurea magistrale nozioni tecniche essenziali e praticamente configurate. E ciò, si ripete, affrontando costi significativi per seguire i corsi di specializzazione organizzati, oltretutto, all’interno delle stesse facoltà o dipartimenti di giurisprudenza; e spesso ad opera degli stessi professori delle materie per così dire tralasciate o comprese nel corso di studi (si tace il fatto che invero anche all’interno di questi corsi spesso si registra la riproposizione di materie culturali del tutto estranee alla pratica professionale).

Si consideri inoltre che ciò, giusto o sbagliato, accade indifferentemente per tutti coloro che intendano intraprendere la professione di magistrato come premessa necessaria al relativo concorso. Ma per la professione di avvocato questa diventa l’unica via di accesso all’esame per coloro che non siano stati accolti come praticanti (molto frequentemente senza nessuna sostanziale forma di remunerazione) per un biennio presso studi legali. Circostanza che, ovviamente, realizza una drastica differenziazione rispetto a tutti gli altri dei figli di avvocati o comunque di coloro che abbiano per ragioni familiari collegamenti con membri della professione legale.

Un riflesso di ciò si può rintracciare anche con riguardo al tema specifico di questo studio. Da quanto detto risulta che proprio lo scarso rilievo attribuito in Italia agli insegnamenti processualistici – insieme alla drastica complessiva *obliviousness* dei problemi metodologici concernenti la relativa docenza – appare funzionale alla conservazione di

uno stato di inadeguatezza grave delle istituzioni preposte alla formazione dei giuristi professionali in Italia. E di qui enormi conseguenze negative anche sotto il profilo della selezione di una parte rilevante della classe dirigente del Paese; ma questa è un'altra storia.

58. UNA VISIÓN PARTIDISTA DE LOS ACONTECIMIENTOS DE LA *SCUOLA ITALIANA* DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX*

SUMARIO: 1. Sentido de la expresión *scuola italiana* del derecho procesal. – 2. El manifestarse de un panorama – salvo excepciones – muy poco abigarrado. – 3. Frente a los nuevos asuntos. – 4. La cultura del proceso civil en Italia y la nueva realidad compleja.

1. Sentido de la expresión *scuola italiana* del derecho procesal

En un reciente escrito del abajo firmante se destaca – por lo demás junto a lo que, de manera obviamente más profunda y extensa, muchos otros ya destacaron – cuánto el evento de la creación de una *scuola italiana* del proceso civil resulte netamente caracterizado por una actitud algo autárquica¹. Una actitud que de verdad, y mejor dicho, resulta también marcada por un inequívoco trato de exclusión. Y esto al lado del igualmente difundido reconocimiento de una especial contigüidad cultural.

Más bien notoriamente este último aspecto se refiere a la atención reservada de manera absolutamente especial a la cultura alemana del proceso y a su consecuentemente difundida como honda influencia sobre la cultura italiana durante la primera parte del siglo veinte². En cambio, respecto más o menos del mismo lapso de tiempo entre el final del siglo diecinueve y el principio del siglo veinte, parece por otro lado caracterizar de manera igualmente especial la así llamada *scuola italiana del processo civile* una especie de desatención igualmente difundida hacia la correspondiente cultura francesa³. Un binomio de atención y desatención cuya inmanencia sobre la cultura italiana alcanza a una medida tal de determinar por buena parte, precisamente, el rumbo de una elaboración

* Questo scritto è stato pubblicato in *Justicia* 2018, I, 39-56. Conferencia pronunciada en el «Incontro Italo-Spagnolo di Diritto Processuale» realizado en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra el 4 de mayo de 2018, bajo el auspicio de la Fundación Manuel Serra Domínguez.

¹ Por la primera referencia A. DONDI, *Attentions et inattentions entre deux cultures du procès civil – Regards à la France du côté italien*, in L. CADIET, S. DAUCHY, J.L. HALPÉRIN (dir.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. Regards étrangers*, Paris 2020, 123-140 (el trabajo hace parte de una investigación sobre el problema de las recíprocas influencias entre las culturas procesales europeas organizada por la Universidad Sorbonne de Paris y, consiguientemente, será publicado también en volumen autónomo). Cuanto a la noción de autarquía cultural, especialmente M. TARUFFO, *Postfazione*, en A. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 179 ss.

² Acerca de la fascinación italiana por la cultura alemana, precisamente en el periodo indicado P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale civile in Italia nell'ultimo trentennio*, en ID., *Opere giuridiche*, Napoli 1965, 523 ss.; recientemente, en un sentido muy ancho, véase G. CIANFEROTTI, *1914 Le università italiane e la Germania*, Bologna 2016, *passim*.

³ Testimonia de esta percepción difundida por ejemplo F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del processo*, en *Riv. dir. proc.* 1947, 233 ss. (se vea también en esta perspectiva A. DONDI, *Attentions et inattentions entre deux cultures du procès civil*, cit.).

cuya influencia ha sido probablemente fundamental por lo menos sobre la mayoría de las culturas latinas del proceso.

Una historia, se podría decir, demasiado larga, complicada y también conocida para ser considerada aquí dentro de tan pocas páginas⁴. Pero que, sin embargo, puede merecer unas consideraciones en particular respecto de la configuración de dicha *scuola* en la última parte del siglo que nos precede, y especialmente a partir, más o menos, de finales de los años sesenta. Así, en sí misma esta representa, por supuesto, una perspectiva bastante amplia y, a su vez, una tarea muy compleja tratándose de un periodo de enormes cambios culturales, tanto dentro de la cultura jurídica (y, especialmente, de la procesal) como dentro de las culturas filosóficas, económicas y sociales circundantes⁵.

Parece importante subrayar, o por lo menos tratar de detectar, estos múltiples y virtualmente posibles enlaces en el contexto de este periodo. No es solo cuestión de colocar los problemas del proceso civil italiano en una realidad histórica indudablemente muy compleja y extremadamente conflictiva⁶. Parece, en cambio, cuestión de configurar cuanto adecuadamente la cultura del proceso civil se haya, al mismo tiempo, enterado de esta realidad a través de debates dirigidos ya sea a una seria elaboración de los problemas relacionados o, correlativamente, a la promoción eficaz de reformas normativas estructurales⁷. Desde ya, parece posible afirmar – y esto representará en concreto el núcleo de lo poco y banal que aquí iremos diciendo – que las respuestas de la *scuola italiana* respecto de ambas perspectivas y cuestiones no fueron siempre impecables o simplemente adecuadas.

De esta impresión, la confirmación principal estaría representada, en mi opinión, por la prevaleciente actitud conservadora de la doctrina italiana en el periodo que se considera. Por el contrario, una manifestación perspicua y una confirmación de esta misma impresión se podría considerar la excepcionalidad de eventos que precisamente *a contrario* parecen señalar serios intereses reformadores y, en todo caso, de atención por las necesidades conectadas con la realidad histórica italiana de la segunda parte del siglo veinte.

Especialmente durante este lapso de tiempo, en un binomio tal, dualidad y relativa prevalencia de un fuerte elemento conservador constituye por lo menos un carácter fundamental de la *scuola italiana*. Por así decir y en otras palabras, esto parece constituir su sentido verdadero y a la vez, tanto en la percepción interior como en la exterior, la fundamental herencia de una seguramente grande tradición. De todo esto, también en coherencia con las notoriamente escasas capacidades del autor, se intentará hacer aquí solo un mínimo resumen inevitablemente muy à la *impressioniste*.

⁴ V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Torino 2017, *passim*.

⁵ M. TARUFFO, *Cultura e processo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 63 ss.

⁶ Solo para evocar una preclara definición del núcleo de tal conflicto entre «revisionisti» y «negazionisti» que remata el tema de la búsqueda efectiva (o no) de la verdad dentro del proceso civil, véase S. CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, en L. VIOLANTE (ed.), *Storia d'Italia – Annali, XIV – Leggi diritto giustizia*, Torino 1998, 410; F. CIPRIANI, *Prefazione*, en J. MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli 2002, 11.

⁷ V. DENTI, *Riforma e controriforma del processo civile*, en *Riv. dir. proc.* 1973, esp. (por una visión crítica también en perspectiva de reforma del proceso civil) 289 ss.

2. El manifestarse de un panorama – salvo excepciones – muy poco abigarrado

No cabe duda de que la presencia de un nuevo código – el del 1942 por lo demás todavía en vigor – y la necesidad de hacer frente a sus problemas aplicativos e interpretativos representa un acontecimiento de inmenso relieve para la cultura procesal italiana de posguerra. Se trata, sin duda, de una tarea particularmente laboriosa, frente a la cual se podría decir, sin embargo, que la doctrina italiana se encuentra de una manera u otra ya bastante entrenada. De hecho, durante casi la entera década de los años 30, y en el contexto de una actividad (por lo demás después sin comparación) de muy seria preparación, prácticamente todas las facultades de derecho italianas estuvieron interesadas en la elaboración del texto de la nueva ley procesal o por lo menos en su articulada y profundizada discusión⁸.

Por lo tanto, esta atención al código permanece y de hecho se establece de manera poderosa también posteriormente, casi como una habitud ya adquirida que poco a poco se transforma – o se confirma – como una especie de estándar metodológico al cual ineluctablemente atenerse.

A decir verdad es algo diferente lo que, sobre todo durante los primeros años de los cincuenta, se encuentra en la doctrina expresada en revistas como especialmente la ‘nueva’ *Rivista di diritto processuale*⁹. Precisamente en este periodo, verosíblemente gracias también al permanecer en actividad de figuras como las de Carnelutti y de Calamandrei junto a otros representantes de la famosa generación de los años treinta, se registra una amplitud, variedad y anomalía de intereses de clara y decididamente muy elevada marca cultural¹⁰. Así es, por ejemplo, con referencia a problemas de re-interpretación o de más ancha elaboración y enmarcación de conceptos básicos. Piénsese en el llamado *principio dispositivo* frente a nuevas o en todo caso otras culturas y visiones de la realidad¹¹. Y aun así a la nueva consideración – y además por parte de los dos preclaros *maestri* antes mencionados – de ulteriores implicaciones del proceso. Todo esto en una visión que, concentrándose sobre las posiciones de las tres típicas *dramatis personae* del proceso civil – o sea, más bien obviamente, la del juez y de los abogados –, ya aborda anticipándolas en muchos años cuestiones socio-culturales de fundamental valor ético (cuestiones que por otro lado, y a pesar del obsequioso respecto periódicamente atribuido a estos autores, permanecen todavía culpablemente marginalizadas en el del debate científico italiano)¹².

Esta exuberante plenitud parece, sin embargo, representar una especie de excepción o de ‘último fuego’ ya que se encuentra coexistiendo con un diferente enfoque. Un enfoque que se caracteriza principalmente por una difundida propensión al mismo tiempo exe-

⁸ Por ejemplo V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, cit., 161 ss.

⁹ Por ejemplo, V. DENTI, *La Rivista di diritto processuale civile*, en *Quaderni fiorentini* 1987, 16, 635; en tema también F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei padres*, Milano 2005, 308.

¹⁰ V. DENTI, *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*, en *Riv. crit. dir. priv.* 1987, esp. 479 ss.

¹¹ Así, emblemáticamente, E.T. LIEBMAN, *Fondamenti del principio dispositivo*, en *Riv. dir. proc.* 1960, esp. 563.

¹² Para limitarse a citar temas fundamentales en dos trabajos igualmente fundamentales, P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, en *Riv. dir. proc.* 1950, esp. 27 ss.; F. CARNELUTTI, *Gioco e processo*, en la misma revista 1951, 105-107.

gética y conceptualista. En otras palabras, por una actitud de estrecho (a veces también rigurosa) análisis textual de normas y sentencias junto a la constante referencia a las *Maximen* básicas del proceso civil (a veces, también a la tentativa de su seria re-elaboración)¹³. Y – para expresar mi personal opinión sin rodeos ulteriores y claramente resumiendo mucho – hay que añadir enseguida que el hecho de que, como he dicho antes, este enfoque de propensión íntimamente tradicionalista se revele de manera progresiva prevaleciente en el panorama italiano parece constituir la razón principal de la escasa vivacidad y diferenciación de este panorama.

Dentro de tan rápida mirada, una constatación semejante en cierto sentido sobre todo permite, por un lado, limitar casi anulándolas las referencias al enfoque prevaleciente y, por otro, intentar en cambio seleccionar dentro del contexto italiano algunas excepciones. Se trata por otra parte de excepciones ya más que renombradas, dada su coincidencia con autores notorios a nivel europeo y mundial de la propuesta de nuevas perspectivas en la investigación procesal en el curso de la segunda mitad del siglo veinte. Y a este respecto, el caso de Vittorio Denti y de Mauro Cappelletti parece particularmente emblemático.

A pesar de las recíprocas diferencias, por lo menos a raíz de meras razones cronológicas ambos autores comparten en sus inicios el terreno con los grandes y ya mencionados de la primera mitad del siglo. Es lo que acontece en particular con Denti, cuyos primeros ensayos aparecen junto a los últimos de los antes mencionados. Y en verdad, al respeto, es inevitable notar cuánto, especialmente a un vistazo superficial, su enfoque aparezca más que nada rígidamente conceptual y analítico, consiguientemente lejano de las evoluciones ulteriores del pensamiento de este autor y sobre todo de sus propuestas reformadoras¹⁴. Esto, sin embargo, solo en apariencia y a resultas de una consideración bastante superficial, puesto que realmente la solidez del razonamiento y la utilización de un estilo esencial y muy controlado se configura en Denti como la progresiva elaboración de un instrumental o un mecanismo de análisis crítica de la '*dottrina tradizionale*', entendida claramente en una perspectiva de superación¹⁵.

Este presupuesto, y la consiguiente evolución, recibirá muy rápidamente una sucesiva confirmación en los sesenta. En esta década la particularidad de 'los especiales' se revela de manera inequívoca estimulada por las numerosas instancias que caracterizan el llamado *boom italiano* bajo el perfil económico-social y *lato sensu* cultural. Se trata de una especialidad que coincide aún más con la aspiración a la apertura de nuevas posibilidades de reforma y que, precisamente en razón de esto, toma muy frecuentemente la forma de referencias comparativas concernientes sobre todo – con un substancial abandono de la tradicional *dépendance* de la cultura alemana – las culturas procesales de *commom law* y particularmente el *American system of litigation*¹⁶.

¹³ Como sucesivo ejemplo de reconsideración de todos esto problema dentro un trabajo por lo demás esencial V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en *Riv. dir. proc.* 1965, esp. 33 ss.

¹⁴ V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, en *Riv. dir. proc.* 1954, 10; ID., *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*, siempre en esta revista 1955, 104.

¹⁵ V. DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, en *Riv. dir. proc.* 1959, 15.

¹⁶ M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo*, en *Riv. dir. proc.* 1967, 407.

Aún más, frente a una realidad ya bastante compleja no asombra que este enfoque minoritario se centre igualmente a menudo en temas de derecho probatorio con constantes referencias a la *law of evidence* y a la evolución de los relativos asuntos sobre todo dentro de la doctrina y de la jurisprudencia federal estadounidense¹⁷. Una propensión comparativa que por lo demás resulta extenderse durante la década de los sesenta a otros temas. Y esto también gracias a la intervención en el debate de nuevas fuerzas – me limito a citar solo unas grandes personalidades, como las de Michele Taruffo, Luigi Paolo Comoglio, Niccolò Trocker y de Vincenzo Varano – que a su vez señalan la creación por lo menos en Pavía y en Florencia de dos escuelas anti-traditionalistas¹⁸.

En un momento de ulteriores grandes cambios – entre el final de los sesenta y la entera década de los setenta – son particularmente los nuevos representantes de estas dos escuelas del derecho procesal civil quienes intentarán continuar esta función de alta marginalidad intelectual. Y esto aunque haya también aquí y allá algunos singulares ejemplos de fuerte sensibilidad por las nuevas instancias de funcionalidad del proceso civil frente a las transformaciones en curso en la sociedad italiana¹⁹. Precisa en todo caso señalar que estos eventos (desde las protesta del llamado ‘*autunno caldo*’ hasta las agitaciones que llevaron a la lucha armada de las ‘*brigate rosse*’ y a los consiguientes problemas políticos) no provocan de verdad una general toma de conciencia por el ‘*processualismo*’ italiano sobre la necesidad de transformar precisamente el proceso civil en un eficaz instrumento de paz social también gracias a la atribución al juez de una tarea en general más activa, sino decididamente intervencionista. Frente a un prevaleciente y ‘tranquillo’ *background* de casi complacida autolimitación de la función del estudio del proceso al exclusivo análisis de las *technicalities*, sin embargo, indudablemente típicas de este ámbito del derecho, una actitud semejante crítica permanece en otras palabras fundamentalmente excepcional. Esto confirman por lo demás las tomas de posición expresadas en el debate alrededor de la que queda hasta ahora como probablemente la más avanzada realizada en Italia en la segunda mitad del siglo veinte, o sea la reforma del proceso laboral de 1973. En efecto, tanto en relación con las necesidades generales de reformas como precisamente sobre los caracteres de la reforma laboral esta excepcionalidad permanece. Y esto sea derivado (prescindiendo de otras opciones exquisitamente políticas) de un análisis ‘textual’ y metodológicamente tradicional de los límites de la ley procesal representado – en su versión original – por el

¹⁷ V. DENTI, *Testimoniaza tecnica*, en *Riv. dir. proc.* 1962, esp. 12 (n. 12 ss.); ID., *Intorno alla relatività della distinzione fra norme sostanziali e norme processuali*, en *Riv. dir. proc.* 1964, 64; ID., *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en *Riv. dir. proc.* 1965, esp. 33, 55; ID., *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, en la misma revista 1969, esp. 7 ss. (en este mismo número véase también M. CAPPELLETTI, *La «natura» delle norme sulle prove*, esp. 98; E.T. LIEBMAN, *Questioni vecchie e nuove intorno alla qualificazione delle norme sulle prove*, 353). Lo que a su vez testimonia como la elaboración acerca de estos asuntos continúe también en los años setenta especialmente por obra de Denti, ID., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, en *Riv. dir. proc.* 1972, 414.

¹⁸ M. TARUFFO, *Limiti soggettivi del giudicato e le «Class Actions»*, en *Riv. dir. proc.* 1969, 609.

¹⁹ E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, en *Riv. dir. proc.* 1966, especialmente (por la promoción de una función más activa del juez) 596. Siempre en la misma revista, se vea (año 1972) – como ejemplo de interacción sobre estos temas entre ‘*processualisti*’ y representantes de una filosofía del derecho particularmente vivaz y cuidadosa – U. SCARPELLI, *Il diritto nella società industriale: una strategia di accostamento*, 676.

Codice di procedura civile del 40²⁰ sea, como ya ampliamente se ha dicho, resultante de un profundo cambio de perspectiva cultural²¹.

3. Frente a los nuevos asuntos

También entre los años setenta y los ochenta del siglo veinte esta dualidad de enfoque se encuentra manifiestamente confirmada. Y esto, aún más, a causa de la diferente y ya más compleja naturaleza de los cambios (o mejor de las gravísimas crisis) que ocurren a lo largo de tal periodo dentro de la sociedad italiana sea, igualmente, de las respuestas ideadas (o predominantemente negadas) a las relativas instancias de reforma. En efecto, de reformas sobre todo se trata, por lo menos si nos atenemos al amplio debate sobre estos temas ya en vigor a partir del principio de los setenta sobre la actualidad o, por el contrario, la falta de actualidad de los fundamentos técnicos e ideológicos del código de 1940²².

Hay que notar cuánto este tema de las reformas se transforma muy rápidamente en lo de la calidad de las soluciones reformatoras de adoptar frente a las novedades económico-sociales y, sobre todo, a las sugerencias provenientes de otras culturas jurídicas y del proceso civil. En particular, al respecto de esta última faceta es, como es absolutamente previsible, la porción minoritaria y más reformatora de la cultura italiana la que desempeña el rol de guía. Es lo que acontece especialmente a través de la acentuación del enfoque comparatista por parte de las dos escuelas ya varias veces citadas, aunque con algunas importantes participaciones de otros ilustres representantes de la doctrina.

En verdad resultan muy típicas, y consiguientemente bastante fáciles de individualizar y seleccionar, las principales solicitudes de derivación comparatista en perspectiva reformatora. A pesar de una inevitable y muy seriamente explicada atención por problemas de extensión de la defensa a categorías de ciudadanos «económicamente desfavorecidos» en línea con las formas de *legal aid* realizadas en los modelos procesales de *common law*, hay un tema de principal y básico interés²³.

Se trata de una verdadera fascinación que resulta muy justificada en el momento histórico de referencia. Un momento en el cual no podía sino aparecer estimulante el ejemplo representado por un mecanismo de extensión de la tutela parecido a la *class action* estadounidense; además puesto que allí una fundamental reforma realizada al principio de los años sesenta había transformado radicalmente un mecanismo tal en comparación con la versión original de la *Rule 23* de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938²⁴. Alrededor

²⁰ A. PROTO PISANI, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice*, en *Riv. dir. proc.* 1972, 35.

²¹ V. DENTI, *Il nuovo processo del lavoro: significato di una riforma*, en *Riv. dir. proc.* 1973, 371 (que no por descuido subraya cómo la reforma del proceso laboral tenga sobre todo la función de hacer «rimeditare intorno alla situazione storica da cui la riforma ha preso le mosse»); en un análisis metodológicamente tradicional pero seguramente avanzado desde el punto de vista de los objetivos perseguidos, A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, en *Foro. it.* 1973, V, 207.

²² V. DENTI, *Riforma e controriforma del processo civile*, en *Riv. dir. proc.* 1973, 284, esp. 288-291.

²³ Emblemáticamente acerca de este tema N. TROCKER, *Assistenza legale e giustizia civile: due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti nel mondo contemporaneo*, Milano 1979, *passim*.

²⁴ Para citar dos estudios fundamentales realizados por dos autores claramente pertenecientes al enfoque minoritario M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova

de este tema el debate en la cultura italiana será decididamente muy largo, ocupando más de tres décadas y llegando también en una manera u otra a concebir una ley en la materia, pero desgraciadamente sin alcanzar posteriormente el alto nivel de la elaboración que se remonta a estos años en los cuales se registra también una atención verdaderamente profunda a temas del todo indisociables de la tutela '*di gruppo*', como el del llamado *access to justice* o de la tutela del medio ambiente²⁵.

Pero junto a las acciones colectivas otro fundamental tema de debate es seguramente el (por lo demás claramente implicado en la cuestión de la eficiente gestión judicial de controversias extendidas bajo el perfil subjetivo) de la atribución de más incisivos poderes directivos y de solicitud probatoria al juez civil²⁶. Aun realizada por medio de una global reconsideración y recalificación de las tareas de este sujeto, una línea semejante de investigación marca decididamente la evolución ideológico-cultural de la *scuola italiana* durante el último lapso – es decir la última veintena – del siglo veinte.

4. La cultura del proceso civil en Italia y la nueva realidad compleja

Efectivamente, en este periodo, el problema de los poderes del juez se hace aún más evidente y casi inevitable la relación con lo de la reforma del proceso, y esto combinándose aún más con las varias implicaciones metodológicas antes mencionadas. Tal complejo de razones entrelazadas se puede decir que conserve fundamentalmente inalterado el básico *background* de los principales problemas del proceso civil italiano. Así que se puede igualmente decir que sigue permaneciendo el carácter de dualidad que ya hemos utilizado hasta aquí como *modus* de lectura y evaluación de los acontecimientos de la *scuola italiana*.

¿Da la casualidad de que se encuentran cambios en esta interrelación – o estrecha y algo *osé* bipartición – entre una mayoría por así decir substancialmente conservadora y una extrema minoría innovadora y decididamente reformadora?

Al respecto, se podría configurar una respuesta parcialmente afirmativa y, por lo contrario, consiguientemente también negativa en cuanto indicadora de una substancial falta de cambios verdaderos. Y esto ya que se encuentran sobre todo cambios aparentes, que se señalan esencialmente como manifestaciones de formal adquisición de modas culturales. Es lo que ocurre especialmente con la comparación, o mejor dicho con las referencias a las culturas extranjeras del proceso civil. Dichas referencias resultan hoy día absolutamente y ya tradicionalmente indispensables en cualquier trabajo científico. De manera distinta a lo que acontecía en el pasado, cuando ser comparatista en campo procesal representaba una culpa prácticamente inexcusable, desde por lo menos la mitad o el final de los años

1979, *passim*; A. GIUSSANI, *Studi sulle «class actions»*, Padova 1996, *passim*.

²⁵ Para limitarse a dos solos ejemplos, V. DENTI, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, en *Riv. dir. proc.* 1974, 533; M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en la misma revista 1975, 361.

²⁶ Fundamentales en este periodo M. TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 1558, ID., *La ricerca della verità nell'«adversary system» angloamericano*, en *Riv. dir. proc.* 1977, 603, ID., *Note per una riforma del diritto delle prove*, en *Riv. dir. proc.* 1986, 237, L.P. COMOGGIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, en *Riv. dir. proc.* 1977, 32.

noventa parece imposible evitar los llamados «*indispensabili richiami comparatistici*», y esto claramente a pesar de su calidad o falta de calidad²⁷.

Otra cosa es lo que una parte de la doctrina italiana o de la llamada *scuola italiana* sigue denunciando con argumentos y opciones metodológicas aún más profundas y anchamente fundadas en otras culturas jurídicas y disciplinas científicas. Se trata, muy previsiblemente, de la misma parte, que – al permanecer siempre del todo minoritaria – de una manera u otra realiza en su interior serios cambios de perspectiva que se acompañan también a una mínima proliferación subjetiva por lo demás justificada con razones de sucesión generacional. Así que, aunque siempre marginal, en los últimos años el enfoque reformador parece registrar algo semejante a una expansión o, por lo menos, a una mayor visibilidad y consiguiente aceptación también por parte de la doctrina prevaleciente²⁸.

Dentro de un semejante complejo de circunstancias, las tomas de posición de marca reformadora asumen predominantemente forma de críticas en clave metodológica de las reformas frustradas. Críticas que se refieren sobre todo a la falta de individuación de las cuestiones verdaderamente importantes, también en cuanto en sí mismas cruciales para la realización de buenas (alias efectivas en la mutante realidad) reformas del proceso civil. En extrema síntesis, en tal contexto crítico se pueden individuar por lo menos tres – y de verdad cuatro – macro-áreas de asuntos precisamente ‘descubiertos’ por los representantes del enfoque reformador minoritario alrededor de la última década del siglo veinte. Y, aunque quizás superfluo, se considera útil añadir que todos estos asuntos tienen, en definitiva, que ver con un incremento de los poderes de gestión de la controversia por parte del juez.

En primer lugar, dándose también que es el menos reciente, se trata del tema del abuso del proceso, que entre otras cosas resulta ya señalado en el final de los años ochenta dentro de estudios de clara marca comparatista en relación con el intenso y casi áspero debate norteamericano sobre el tema del *discovery* y del *abuse of discovery*²⁹. Un asunto por así decirlo de grande éxito, que recibió vasta y especial atención en buena parte de la restante doctrina hasta al punto de ser tema de congresos y de inspirar reformas normativas³⁰.

²⁷ Para unos *insights* sobre la «vieja manera italiana» y los problemas de aceptación de la perspectiva comparatista véase, por ejemplo, V. DENTI, *Diritto e processo nella «common law»: letture di un «civil lawyer»*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 150; ID., «Cross-examination» e processo civile, en *Foro it.* 1987, V, 325, ID., *Processo (processo civile – diritto comparato e straniero)*, en *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma 1991, 1; M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, en *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino 1990, 324; ID., *Prova (diritto comparato e straniero)*, en *Encicl. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma 1991, 1.

²⁸ Y ya antes un tal enfoque se encuentra representado por y en algunos autores de grande importancia, como por ejemplo, L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, 189; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, en *Riv. dir. proc.* 1977, 224 ss.; E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, en *Riv. dir. proc.* 1974, 380.

²⁹ A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, 181 ss.; ID., *Introduzione della causa e strategie della difesa. Il modello statunitense*, Padova 1991, 124 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, en *Riv. dir. proc.* 1995, 803.

³⁰ AA.VV., *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, Milano 1979, *passim*; G. TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, en *Riv. dir. proc.* 1982, 30.

Pero, sin embargo, se debe enfatizar inmediatamente que este es también el único tema de éxito entre los destacados por la doctrina minoritaria.

En la práctica, siguen este 'destino' infausto los tres otros temas que caracterizan más recientemente este enfoque, a saber los de la complejidad procesal, de la utilización de los conocimientos científicos y, finalmente, de la reforma de los actos introductorios del proceso. A pesar de raros y casi inopinados injertos en algunas normas recientes (es decir recientemente reformadas dentro de una orientación de reforma desgraciadamente muy aleatoria e incontrolada), hasta hoy la noción de complejidad en la cultura procesal italiana está limitada a la evocación de la expresión *complessità*, sin alguna caracterización adicional de su posible significado procedimental³¹.

Consiguientemente, y siempre hasta hoy, ningún *appeal* parece tener el tema de derivación norteamericana de la *procedural complexity* o de la llamada *complex litigation*. Y por lo tanto no parecen tener algún impacto tampoco cuestiones como la diferenciación de las causas en diferentes categorías (con la previsión de oportunas modalidades procesales e inclusivamente probatorias), o como la necesidad de atribuir al juez poderes de gestión adecuados a la relativa articulación de la controversia³².

Lo mismo se podría decir, *a grosso modo*, acerca de las dos otras cuestiones de las que hemos señalado. En ambos casos, son problemas que surgen una vez más en el contexto de estudios comparativos sobre los desarrollos más recientes del proceso civil (federal) estadounidense. Tales problemas corresponden al vasto problema de la utilización correcta y eficiente de las pruebas periciales en forma de *expert witness testimonies* o a la configuración seria (en cuanto detallada y factualmente específica) de los actos introductorios *pleadings*³³. A este respecto, y excepto los raros ejemplos que después de todo constituyeron el objeto verdadero de estas pobres páginas y del favor totalmente partidista de su autor, solo se puede observar que por el momento no hay bastantes signos de interés vital. Y esto ni siquiera por parte de las más recientes generaciones de *processualisti* italianos³⁴.

Abstract

La realidad de la conformación de las denominadas «escuelas» como vías de investigación tiene en Italia una caracterización particular. Por lo que respecta especialmente a la segunda mitad del siglo XX, nos encontramos con dos «escuelas» que se han significado por la aspiración de transformación metodológica y de reforma normativa. Estas son las de Pavia y Florencia (con

³¹ A. DONDI, *Aspetti della complessità. Riscontri nella nozione di complessità processuale*, en ID., *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 3.

³² A. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 137.

³³ A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529; ID., *Riforma degli atti introduttivi – Il processo statunitense e il processo italiano*, en *Riv. dir. proc.* 2014, 434; acerca de la utilización de las pruebas científicas en el proceso civil, sobre todo, véase M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 230; y también A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle 'conoscenze esperte' come expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 1133.

³⁴ Recientemente, como notable y rara excepción a esta preocupante tendencia, S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione – Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli 2018, *passim* (pero sobre todo 104 ss., 165 ss.).

sus respectivos líderes indiscutibles, Vittorio Denti y Mauro Cappelletti) que han incidido en los estudios comparativos de derecho comparado, especialmente el estadounidense, y en el análisis de las implicaciones sociales del proceso civil. Este breve estudio está dedicado a ellas, que se define a sí mismo como partidista porque el autor es muy consciente de hacer elecciones muy drásticas de distinción-separación con las demás escuelas igualmente apreciables y que están presentes hoy en día en el panorama italiano.

The aim of this study is to investigate the interactions among the so-called Italian «scuole» as courses of research in the area of civil procedure. In doing so, and actually adopting quite a partisan view, the attention is above all drawn upon two of these «scuole», namely the ones of Pavia and of Florence (and of course on their undisputed respective leaders, Vittorio Denti and Mauro Capelletti). The idea has been to highlight their originality in the Italian context and especially their distance from the more traditional approach dominating in the Italian academia. In the opinion of the author, to these «scuole» should at least be acknowledged a thorough change of perspective either in methodological terms (thanks to the adoption of a pervasive comparative approach) and for their promoting liberal reforms of the Italian civil procedure.

59. IL MAESTRO AMERICANO: IN MEMORIA DI GEOFFREY C. HAZARD JUNIOR 1929-2018*

Le esistenze sono segnate, ne è costante il richiamo in letteratura a partire dall'antichità, da incroci speciali in quanto caratterizzanti in qualche modo per sempre i percorsi di coloro che si incontrano. Chi scrive può affermare che certo così è stato per la sua lunga conoscenza con il Professor Geoffrey Hazard, mancato nella sua residenza di San Francisco nei primi giorni di quest'anno. Una conoscenza più che *long lasting*, in quanto almeno risalente al settembre del 1981, ma soprattutto pregna di molte cose e – ora che il tempo trascorso cristallizza, rende tutto definitivo e consente di stabilire – davvero formativa, sul piano professionale come sul piano umano o *tout court* esistenziale.

È in ragione di ciò che credo di dovere, ma in fondo veramente volere, dire della figura di Geoffrey Hazard in qualche modo ricordando sulla base della mia conoscenza personale e appunto del nostro lungo incontro. E ciò per quanto appaia subito da chiarire l'estraneità a questo intento di qualsiasi effettiva o compiuta analisi della figura scientifica di questo studioso. Il che del resto, anche al di là dell'estrema vicinanza della sua perdita, risulterebbe concretamente impossibile per molteplici ragioni, comunque sintetizzabili nell'immensità del compito. In effetti, il lungo giganteggiare di tale figura nel contesto di una dottrina peraltro molto qualificata come quella statunitense consente allo stato solo la considerazione, anzi la previsione, che ampio spazio resterà nel tempo a venire per approfondite considerazioni o ripensamenti valutativi a tale proposito.

Pur con questo limite e *caveat*, non si può fare a meno di notare come l'eccezionale qualità della figura di Geoffrey Hazard risultasse già del tutto assestata all'inizio degli anni '80 del secolo scorso, nel periodo della sua docenza presso la Yale *Law School*. Al riguardo, un episodio in parte coincidente con un mio personale dato autobiografico può forse dare conto di tale fama nella percezione degli studenti di quella *law school*. Il giorno in cui Hazard apparve nella biblioteca della *school* alla ricerca di un libro che «*an Italian visiting scholar, doctor Dondi*» stava utilizzando, la sua presenza venne segnalata da un anomalo bisbiglio circostante di interesse e di rispetto palese. Il comune interesse per un tema come quello del *discovery* probabilmente fece il resto; ma, soprattutto, direi che a fondare la reciproca conoscenza e successiva profonda amicizia fu la curiosità del grande professore americano per la prospettiva metodologica – comparata, come si può intuire – dell'allora giovane ricercatore italiano.

È questo essere Hazard, come in un'acuta definizione di Michele Taruffo, a tutti gli effetti «*a curious American*» che ha dato l'avvio nel corso del tempo a scambi di esperienze culturali che oggi oserei dire reciproci. Con una per molti versi sorprendente capacità di adattamento, il grande professore americano riesce in effetti ad assumere – ormai ultracinquantenne – una vera prospettiva comparatistica, che sfocerà anche in cose scritte insieme. Un aspetto, questo dell'approccio di Hazard a partire grossomodo dall'ultimo ventennio del secolo scorso, che certo merita almeno un rapido cenno. E ciò in ragione delle particolarità (o, piuttosto, eccezionalità) che chi si è trovato a lavorare con lui ha inevitabilmente riscontrato, tanto sotto il profilo delle modalità di lavoro che dell'intera-

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. dir. proc.* 2018, 548-554.

zione intellettuale e umana. Un'interazione segnata da una vivacità e da un'energia davvero impareggiabili, con intensissime conversazioni – spesso corredate da appunti presi *sur le champ* – oltre che – in genere a partire dalle prime luci dell'alba – con ininterrotti e concentratissimi ritmi di lavoro di scrittura. Ed è altrettanto inevitabile che da questa interazione molto si apprendesse, riguardo in particolare a quanto la prospettiva professionale di Hazard fosse segnata da un'etica del lavoro scientifico tanto pervasiva da sconfiggere pressoché naturalmente in un'estetica della resa scritta; una resa ispirata, in stretta combinatoria, tanto a un rigorosissimo *modus tollens* che all'esigenza di evitare banalità, ripetizioni e inutili preziosismi o affettazioni del linguaggio¹.

Quanto tutto ciò sia sempre stato *deeply-rooted* nella personalità di Hazard, oltre che nella sua biografia personale – la nascita e primo *upbringing* presso Saint Louis, il trasferimento successivo della famiglia nella New York del secondo dopoguerra dove, già prima della conclusione formale dei corsi allo *Swarthmore College* di Filadelfia, entra nella *Columbia Law School* –, appare del resto riscontrabile anche nella sua carriera accademica; una carriera notoriamente caratterizzata tanto da un'immensa produzione scientifica quanto da forse meno note ma intensissime e del tutto particolari relazioni con i colleghi e le istituzioni statunitensi. E in effetti, dopo una molto marginale esperienza di pratica professionale, tale carriera si svolge in maniera davvero fulminea. Già a ventinove anni Jeff Hazard è *tenured professor of law* e percorre, in un inarrivabile *cursus honorum*, esperienze di insegnamento presso le migliori *law school* statunitensi (Berkeley, Yale, Pennsylvania, per non fare che esempi), al contempo segnalandosi sul piano scientifico per la forza di elaborazioni di incontestabile qualità riguardo ai temi centrali – pertanto inevitabilmente processualistici – della cultura giuridica di *common law*. È su questo versante che si può dire emerga più nettamente un aspetto di solidità, tenacia e di spiccata essenzialità quasi religiosamente configurati nel suo modo di essere; un modo per nulla *phony* e del tutto privo dei compiacimenti *à la manière* pur molto diffusi anche nell'accademia giuridica statunitense. Talché, in Hazard l'essere vero intellettuale è sempre coinciso con l'essere piuttosto che con l'apparire intellettuale, come dimostrano *ad abundantiam* i temi affrontati fin dall'inizio e quelli da lui stesso in qualche modo 'inventati' o comunque indiscutibilmente dominati in seguito².

Del resto, anche solo a scorrere la sua produzione, nei primi ma già fondamentali saggi concernenti aspetti cruciali dell'evoluzione storica del processo civile di *common law* questo carattere più che *well grounded* della cultura giuridica di Hazard risulta sotto vari profili del tutto evidente³. In maniera non dissimile da un grande italiano sostanzialmente

¹ G.G. HAZARD, *How I Write*, in 4 *Scribes J. Legal Writing* 1993, 15 ss.

² Per analoghe considerazioni di provenienza statunitense a tale specifico proposito, S.B. BURBANK, *Not Since Thomas Jefferson Dined Alone: For Geoff Hazard at 80*, in 158 *U. Pa. L. Rev.* 2010, 1283 ss. (e il complesso dei saggi contenuti in questo *special issue* della rivista).

³ Per una certa incompleta ricognizione di questo aspetto fondatamente storiografico della metodologia di questo Autore, si veda: G.C. HAZARD, *The Early Evolution of the Common Law of Writs: A Sketch*, in 6 *Am. J. of Legal History* 1962, 114 ss.; ma prima ancora Id., *Indispensable Party: The Historical Origin of a Procedural Phantom*, in 61 *Colum. L. Rev.* 1961, 1254 ss.; di poco successivo, Id. (insieme a M. MOSKOVITZ), *An Historical and Critical Analysis of the Interpleader*, in 52 *Cal. L. Rev.* 1964, 706 ss.; un tratto, quello degli studi di carattere storico che comunque prosegue anche nel decennio successivo, Id. (insieme a H. CHESNIN), *Chancery Procedure and the Seventh Amendment: Jury Trial of Issues in Equity Cases Before 1791*, in 83 *Yale L. J.* 1974, 999 ss.;

suo contemporaneo, quale Vittorio Denti, in questa produzione scientifica iniziale appare invero subito manifesta, tanto sotto il profilo dell'esame della loro evoluzione storica che dell'analisi impeccabile della loro più articolata configurazione tecnica, un'eccezionale capacità di resa sintetica dello stato delle cose nonché della possibile evoluzione di alcuni problemi cruciali del processo civile statunitense⁴. Anche Hazard, all'incirca nel primo decennio della sua attività scientifica, sembra per così dire 'prendere le misure' dei confini e dei caratteri basilari dell'ambito scientifico che dominerà inquadrando i vari argomenti con grande capacità analitica e pervenendo a prospettare per molti di essi soluzioni la cui stringente razionalizzazione non verrà in seguito sostanzialmente superata⁵. E anche Hazard, nel ventennio successivo (gli anni '70 e '80 del '900), prende posizione a più vasto raggio nel dibattito dottrinale configurando le sue scelte e caratterizzando il suo pensiero riguardo a temi e a settori del processo che da quel momento non potranno che essere inevitabilmente 'hazardiani'.

È questo – verrebbe da dire come è ormai ovvio – il caso del *legal ethics*. Un settore del diritto che quest'Autore in pratica crea, o ricrea dalle fondamenta potenziandone l'accezione complessiva, attraverso l'elaborazione in tale periodo di alcuni studi davvero fondanti. E, certo molto sintetizzando, si può affermare che la ragione per la quale tali interventi realizzano su questo terreno un intervento davvero strutturante consiste nell'interrelazione che Hazard sottolinea costantemente fra l'area del *legal ethics* e il processo civile; un processo civile caratterizzato in quest'ottica come *ethically boundaried practice of law* o come *law of lawyering* o anche, in un'accezione più nostrana, come etica della difesa in giudizio⁶.

Definizioni o tentativi di catalogazione a parte, credo che in particolare a questo interesse e alla configurazione di un simile approccio si dovrebbe fare riferimento per individuare un tratto davvero proprio della personalità intellettuale di Geoffrey Hazard. Una circostanza rispetto alla quale non sembra per nulla secondario che la persistenza di tale interesse in effetti si registri per tutto il corso della sua attività. Come non sembra per nulla secondario che ciò accada attraverso una modulazione molto ampia – a ulteriore testimonianza di un'inarrivabile capacità di lavoro – di tali tematiche tanto sul versante scientifico che su quello della riformulazione normativa dei confini dell'area del *legal ethics* (e certo sembra ora di poter dire che meriterebbe da sé uno studio approfondito il ruolo centrale giocato da Hazard all'interno della cosiddetta della *Kutak Commission* con la redazione nel 1983 delle *Model Rules of Professional Conduct*)⁷. Del resto, non può neppure dimenticarsi come l'ultimo trentennio del '900 veda Hazard intervenire, con analoga ampiezza di impatto oltre che in sostanziale coerenza con la 'sua' prospettiva etica riguardo all'utilizzazione del processo, anche nel dibattito statunitense sulla riforma e l'aggiornamento delle *Federal Rules of Civil Procedure*.

nonché il fondamentale ID., *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Cal. L. Rev.* 1978, 1061 ss.

⁴ Come esempi di questo tipo di ricognizioni G.C. HAZARD, *A General Theory of State-Court Jurisdiction*, in *Sup. Ct. Rev.* 1965, 241 ss.

⁵ G.C. HAZARD, *Res Nova in Res Judicata*, in 44 *S. Cal. L. Rev.* 1971, 1036 ss.

⁶ G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven-London 1978, *passim*.

⁷ G.C. HAZARD, *Rules of Legal Ethics: The Drafting Task*, in 36 *Rec. Ass'n. B. City N.Y.* 1981, 77 ss.; ID., *Legal Ethics: Legal Rules and Professional Aspirations*, in 30 *Clev. St. L. Rev.* 1981, 571 ss.

È, invero, notoriamente molto risalente nella produzione di quest'Autore la caratterizzazione sociale dello sguardo al processo civile e alla sua centralità nella *affluent society* statunitense di quegli anni⁸. Una caratterizzazione che non appare fondarsi su di una marcata appartenenza *liberal* di Hazard, quanto piuttosto combinarsi e spiegarsi con un'esigenza di rigore, *fairness* e in definitiva di pressoché religiosa (*alias*, protestante) concezione del meccanismo processuale in termini di efficiente strumento di giustizia; e, in quanto tale, inevitabilmente anche funzionante come pur molto selettivo tramite di giustizia sociale⁹. Ed è in questa visione ampia che, oltre a gran parte delle sue fondamentali elaborazioni, si può ben collocare anche – e direi soprattutto – una insuperabile capacità di sintesi e di riconduzione a immagini essenziali dei principali problemi del processo; come è, ad esempio, il caso della 'triangolarità' del rapporto giudice-avvocato e degli *advocate's duties* nell'esercizio dell'attività di difesa tecnica¹⁰. Del resto, da questa sapiente, oltre che per molti versi anche smalzita e mai moralistica assunzione da parte di Hazard della prospettiva dell'avvocato (o, meglio, della considerazione del suo agire etico nel processo), deriveranno nel tempo altre significative prese di posizione, insieme all'individuazione di alcuni dei principali problemi di funzionamento dell'odierno processo civile, statunitense e non.

Si tratta, con specifico riguardo alla configurazione tecnica del meccanismo processuale delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, soprattutto delle analisi riservate tanto al *discovery* (e al suo cruciale rilievo sia per la chiarificazione veritiera delle questioni controverse sia per la conseguente e per molti versi doverosa assunzione da parte del giudice statunitense di un effettivo ruolo *managerial*) che alla configurazione dell'atto introduttivo *pleading* (ossia alla sua riconfigurazione, posta l'impellente necessità di superare in favore di una più seria strutturazione sul piano delle allegazioni fattuali la sua originaria caratterizzazione come mero *notice pleading*)¹¹. Ma, in una più ampia prospettiva di politica del diritto e di presa d'atto delle nuove configurazioni assunte dal processo sul finire del secolo XX, si tratta anche del fondamentale contributo fornito da Hazard alla elaborazione della nozione di *mass tort case* e, più in generale, di *complex litigation*¹². L'attenzione è qui riservata in particolare alle complesse dinamiche funzionanti in tali controversie (in termini di particolare articolazione delle interazioni fra avvocati e clienti, oltre che fra

⁸ G.C. HAZARD, *Social Justice Through Civil Justice*, in 36 *U. Chi. L. Rev.* 1969, 699 ss.

⁹ Forse non casualmente, uno degli ultimi saggi è appunto dedicato alle implicazioni religiose dell'agire giuridico, ID. (insieme a D.W. PINTO), *Moral Foundations of American Law – Faith, Virtue and Mores*, Cambridge-Antwerp-Portland 2013, *passim*.

¹⁰ G.C. HAZARD, *Triangular Lawyer Relationships: An Exploratory Analysis*, in 1 *Geo. J. Legal Ethics* 1987, 15 ss.; ID., *Arguing the Law: The Advocate's Duty and Opportunity*, in 16 *Ga. L. Rev.* 1982, 821 ss.; ID., *Dimensions of Ethical Responsibility: The Relevant Others*, in 54 *U. Pitt. L. Rev.* 1993, 965 ss.

¹¹ Con riguardo a queste due prospettive, ad es. si vedano i quasi contemporanei G.C. HAZARD, *Discovery Values and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*, in 137 *U. Pa. L. Rev.* 1989, 2237 ss.; ID., *Forms of Action Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 62 *Notre Dame L. Rev.* 1988, 6289 ss. Più in generale, in tema di *discovery*, ID., *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 1665 ss.

¹² Per limitarsi al più risalente saggio in tema su riviste G.C. HAZARD, P.R. RICE, *Judicial Management of the Pretrial Process in Massive Litigation: Special Masters as Case Managers*, in *Am. B. Found. Res. J.* 1982, 375 ss.

giudici e avvocati), con una capacità di analisi davvero unica specie sotto il profilo della chiara identificazione dei principali problemi nonché delle soluzioni ad essi applicabili.

Questo impegno culturale costituisce un solidissimo *background* per le nuove esperienze che Hazard non esita a intraprendere negli anni a cavaliere fra i due secoli. Accanto e insieme a quella più istituzionale rappresentata dalla presidenza dell'*American Law Institute* è, come già prima accennato, la sua curiosità per altre culture del processo che segna l'ultimo tratto della vita professionale di questo Autore, e anche una delle molte 'maniere' o ruoli ricoperti da questo grande intellettuale. Come noto, si colloca in questo periodo, a seguito di un'intensa collaborazione con Michele Taruffo che condurrà alla redazione a quattro mani di un agevole e per certo molto fruibile manuale di diritto processuale statunitense (il più *osé* dei molti, e molto ponderosi, scritti da Hazard con vari colleghi americani, anche nella forma di *restatement of the law*), in particolare l'elaborazione – in anni di intenso lavoro – addirittura di un *corpus* di norme intese ad essere utilizzate «*without frontiers*» ed infatti intitolate *Transnational Rules of Civil Procedure*¹³. Una collaborazione con colleghi italiani che vedrà anche il sottoscritto come coautore di un libro di analisi comparata delle culture del *legal ethics* e delle relative implicazioni sul piano sia processuale che dell'organizzazione della professione legale¹⁴. Ma, molto di più in termini umani e di frequentazione produttiva di suggerimenti e reciproci accrescimenti, sono anche da rammentare le numerose visite nelle nostre università per conferenze e dibattiti nei quali Hazard sapeva mostrare una capacità comunicativa rara tanto nei confronti di colleghi che di giovani studiosi e studenti (di questa abitudine italiana, del resto, è testimonianza relevantissima la laurea *honoris causa* attribuitagli a Urbino il 29 aprile del 1998).

Credo opportuno concludere questo forse troppo lungo ricordo nel quale, pur non volendolo *ex professo*, mi sono trovato a ripercorrere in qualche modo – e in maniera del tutto lacunosa – momenti dell'esperienza professionale e intellettuale di Geoffrey Hazard. Che non fosse questo il mio intento si spiega piuttosto agevolmente con la circostanza che ben comprendo come, pur molto variegato, il genere dell'*obituary* abbia regole e tenda a rispettare esigenze di lievità alle quali mi avvedo di non aver qui per nulla aderito. Del resto, è probabile che il rispetto di tali regole possa risultare più facile in assenza di partecipazione emotiva. Ed è altrettanto probabile che una qualche 'ufficializzazione' sia anche derivata dall'intento di sopire, o più francamente nascondere, tale partecipazione per la scomparsa di quello che nella mia esperienza di vita rimarrà davvero la persona che ha giocato un ruolo fondamentale nell'avviarmi a fare secondo modalità decenti, e anche a dispetto dei miei limiti, il mestiere della ricerca. A tutti gli effetti, oltre che *uncle Geoff* come amava farsi chiamare, il maestro americano.

¹³ G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *American Civil Procedure: An Introduction*, New Haven-London 1993; G.C. HAZARD (con M. TARUFFO), *Discussion Draft N°1 Transnational Rules of Civil Procedure*, in 52 *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* 1998-1999, 621 ss.

¹⁴ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics: A Comparative Study*, Stanford 2004 (degli stessi anche *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L. J.* 2006, 59 ss.).

60. POST-UNIVERSITÀ – DA LUOGO DI ELABORAZIONE SCIENTIFICA A MERO *PROVIDER**

Angelo Dondi e Jordi Nieva-Fenoll

1. Verso la caduta

A scrivere queste poche pagine sono due professori universitari che, nonostante l'appartenenza a diverse generazioni e a diverse nazioni, condividono una certa idea di ciò che sta accadendo all'Università. Entrambi insegnano più o meno la stessa materia (procedura civile o diritto processuale) in facoltà o dipartimenti di giurisprudenza. La reciproca amicizia ha fatto sì che nel corso degli anni si siano trovati a comunicarsi sensazioni riguardo al contesto nel quale operano e a scoprire di convivere su alcuni punti per entrambi rilevanti, se non essenziali.

Riguardo alla docenza universitaria, sembra in particolare evidente un mutamento di *status*. Un mutamento profondo ed esteso, che concerne tanto il suo modo di essere all'interno dell'Università quanto la sua percezione esterna all'Università. Ma, soprattutto, un mutamento che a livello generale si caratterizza come una trasformazione all'insegna della riduzione; configurandosi in altri termini come una complessiva *diminution* della qualità intrinseca della sua funzione e del suo ruolo intellettuale all'interno della società.

Questo stato di cose trova riscontro a vari livelli ma è anzitutto da considerare dal punto di vista della funzione, e in particolare dal punto di vista dell'acquisizione di tale funzione. Il tema è come si diventa professori universitari; meglio, come lo si diventava un tempo e come lo si diventa oggi. Questo punto di vista, oltre che interessante a livello generale come sguardo su un fenomeno indice di una certa trasformazione delle nostre società, è particolarmente utile al fine di evidenziare un aspetto cruciale della mutazione alla quale si accennava.

Intendiamo riferirci specificamente a quanto accaduto e a quanto accade nel modello dell'Università europeo-continentale, e per via ovviamente della personale esperienza di entrambi gli autori, di quanto avviene in particolare nell'Università spagnola e italiana; l'assetto della carriera accademica essendo sostanzialmente diverso nelle culture anglosassoni e molto variegato nelle altre culture. Il modello di riferimento sarà, inoltre e in particolare, quello delle Facoltà di Giurisprudenza, fermo restando che quanto si dirà ci sembra possa, pur con alcuni aggiustamenti, essere esteso all'intero mondo universitario.

La questione che intendiamo segnalare è di assoluta attualità: la decadenza tanto dell'Università che del ruolo del professore universitario. Ciò sotto il profilo non solo dell'idea che il professore universitario può avere di sé stesso, ma anche della proiezione esterna

* Questo scritto è stato pubblicato in *Nuova Antologia* 2020, 3, 71-87, ed è una riedizione, per certi versi anche piuttosto sostanziale, di un lavoro intitolato *Postuniversidad: la derrota*, in *Revista italo-española de Derecho Procesal* 2019, 2, 1-4. A tale rimodulazione ha intensamente collaborato la dottoressa Ludovica De Barbieri, dottoranda di ricerca nell'Università di Genova. A lei i ringraziamenti dei due autori. Jordi Nieva-Fenoll è *catedrático de derecho procesal* presso l'*Universitat de Barcelona*.

della sua figura nella società e, in particolare, presso il potere politico. Quest'ultima interrelazione fra società e politica appare infatti del tutto cruciale, e in effetti rappresenta la vera occasione di questa denuncia di quanto sta accadendo e di quanto è ormai accaduto.

C'è subito da dire che oggi manca all'Università qualsiasi ruolo di effettiva interlocuzione con il potere politico; al punto che si potrebbe dire che l'Università si è resa progressivamente silenziosa. Al riguardo la percezione è di un mondo a parte e marginale, al quale di conseguenza non vengono per nulla attribuite funzioni propositive ed effettivamente interattive con il potere. È una circostanza che può cogliersi a vari livelli, sia sotto il profilo dell'induzione di un tale silenzio rispetto alla società e alla politica in generale sia, e in qualche misura in precedenza, come ora si tenterà di spiegare con riguardo alle modalità di accesso alla docenza universitaria.

Può essere emblematico anche a questo riguardo, oltre che per la funzione di distrazione dalla politica o comunque dall'interazione con la politica, il 'suggerimento' di Francisco Franco a un giornalista. Il dittatore affermava: «*Usted haga como yo y no se meta en política*», implicitamente sconsigliando qualsiasi attività di questo genere per chiunque non fosse egli stesso. Si potrebbe dire che un analogo consiglio, a tutti gli effetti inquietante, sia rivolto oggi anche ai professori universitari per indurli a non dedicarsi che alle proprie lezioni senza in alcun modo occuparsi di questioni ulteriori, magari di immediata rilevanza politica.

A chi scrive sembra invece in qualche modo inevitabile che un professore universitario si occupi 'anche' di questioni politiche. E non solo di quelle derivanti o strettamente connesse alla materia del proprio insegnamento, nel nostro caso giuridica, ma anche ai riflessi di ciò sul versante economico e sociale (e perché no ambientale). L'università è in questa accezione lo snodo virtualmente più elevato del sistema della conoscenza e non appare francamente accettabile che essa sia sostanzialmente marginalizzata proprio sotto il profilo della valutazione, su basi conoscitive appunto molto approfondite, degli avvenimenti di interesse generale. Con ciò non si intende in nessun caso suggerire che l'Università debba in qualche modo 'amministrare' la società; è chiaro che ciò spetta alla politica. Ma, a nostro parere, dovrebbe spettare alla cultura istituzionale presente nell'Università esprimersi con una propria voce e fornire in tal modo un contributo tanto alla politica che alla società.

Oggi, e ormai da tempo, chi governa sembra avere assunto a questo riguardo un indirizzo sostanzialmente opposto. Proprio di ciò tenteremo in queste poche pagine di dare conto, segnalando come negli ultimi anni il potere politico abbia sostanzialmente privato di forza l'Università proprio rispetto a questa sua virtuale funzione di voce critica sugli avvenimenti della realtà. Di qui la sostanziale esclusione dell'Università dal dibattito politico e una sorta di pretesa di silenzio da parte dell'*intelligentia* istituzionale collocata appunto all'interno dell'Università.

2. Dai concorsi all'abilitazione

Uno dei principali problemi dell'Università è da sempre rappresentato dalle modalità della carriera accademica o, in altri termini, dal come si diventa professori universitari. Ciò per lungo tempo è coinciso con la logica del concorso; una logica che ha segnato la vita di gran parte dei professori universitari più o meno fino all'ultimo decennio del XX secolo con strascichi emozionali ineliminabili per tutta la carriera e sostanzialmente paragonabili a vere e proprie ferite di guerra. Con tutte le sue implicazioni di drastiche

contrapposizioni e, perché negarlo, di opacità e addirittura di corruzione, il modello del concorso ha sostanzialmente costituito una forma di cooptazione. Un sistema che attribuiva poteri forse estremi ai professori ordinari e che, nei casi peggiori, poteva addirittura condurre pressoché esclusivamente alla cooptazione dei propri allievi, piuttosto che dei candidati migliori.

Come noto, un fondamentale dovere del professore universitario è quello di sollecitare i propri allievi allo svolgimento dell'attività di ricerca (con ciò dando luogo anche alla loro progressione di carriera). Ma, in effetti, troppo spesso a questo dovere si è sostituito l'intento di circondarsi soprattutto di persone fidate nonché di aumentarne il numero essenzialmente al fine di accrescere il proprio personale potere accademico. In altri termini, quanto più numerosi gli allievi tanto maggiore il potere, fino a giungere a situazioni quasi monopolistiche e sostanzialmente escludenti di altri candidati in sede di concorso. Sono sotto i nostri occhi i danni derivanti da una tale caratterizzazione della formazione universitaria: l'esclusione di molti studiosi eccellenti al fine del perseguimento di interessi fondamentalmente personali o di scuola, se non di puro autocompiacimento personale. Anche per queste ragioni, si è verificato un radicale mutamento nella carriera universitaria, e ciò anche sotto il profilo di un sostanziale calo degli *standard* qualitativi. Con riguardo all'accesso, al modello del concorso si è oggi sostituito un modello genericamente definibile come di abilitazione. Su questa linea, più o meno recentemente, tanto in Spagna che in Italia, si è assistito all'introduzione di sistemi di accreditamento o appunto di abilitazione. Tali sistemi non prevedono, come invece in passato, la sottoposizione del candidato all'esame di una commissione giudicatrice e la realizzazione di tale esame anche attraverso colloqui diretti con il singolo candidato, a sua volta tenuto a difendere il proprio percorso scientifico e le pubblicazioni spesso consistenti in una o più monografie.

Appare emblematico a questo riguardo il modello italiano, nel quale è previsto il mero invio di un *curriculum* cartaceo o elettronico da sottoporre alla valutazione di una commissione di professori della materia e finalizzato a stabilire l'idoneità del candidato a ricoprire una funzione professorale; il tutto in assenza dell'assegnazione di una specifica posizione o cattedra. Un modello analogo è del resto quello spagnolo; qui, tuttavia, la valutazione è rimessa a professori di materie spesso non affini a quella del candidato, talché il giudizio si riduce a un mero controllo informatico di idoneità del *curriculum*. In entrambi gli ordinamenti, i giudizi di tali commissioni tendono di conseguenza a fondarsi su parametri quantitativi piuttosto che qualitativi (quanti articoli, quanti libri, quante attività congressuali). Un quadro nel quale sembra costituire quasi un dato residuale l'effettiva lettura dei lavori scientifici.

Certo, tanto nel sistema italiano che in quello spagnolo, la presenza di tali meccanismi selettivi ha contribuito significativamente a ridurre gli aspetti di opacità tipici del sistema precedente; e ciò per quanto non si possa escludere in assoluto che residuino ipotesi di interferenze in qualche modo corruttive. Ma è anche certo che risulta alquanto desolante, nel nuovo sistema, il carattere del tutto prevalente della valutazione 'a peso'. E, pure con tutte le cautele del caso, occorre aggiungere che questa circostanza si ritiene possa riflettersi su di un altro aspetto del tutto cruciale dell'attività universitaria quale luogo tipico della ricerca scientifica di qualità. Invero non sembra esagerato affermare che oggi molti lavori accademici appaiono realizzati piuttosto per soddisfare i parametri (si ripete tendenzialmente quantitativi) di selezione al ruolo di professore che non per il loro effettivo valore scientifico.

Una conseguenza rilevante di tutto ciò è la mancanza in molti di tali lavori di un'effettiva prospettiva critica rispetto alla realtà circostante, e anzi la loro sostanziale neutralità rispetto alle esigenze di trasformazione di tale realtà. Il che, in definitiva, comporta anche la loro neutralità se non assuefazione rispetto alle scelte del potere politico. In questo stato di cose è presente un diffuso ritegno rispetto all'esigenza di prendere posizione; ciò che si manifesta tanto nel ritegno, sul versante accademico, a valutare criticamente le qualità di un professore universitario *in fieri* quanto nell'esprimere opinioni critiche riguardo a questioni oggetto di intervento politico. Per converso, è facile intendere che questa carenza di approccio critico da parte della docenza universitaria risulti del tutto preferibile nella prospettiva del potere politico.

Uno stato di cose all'interno del quale, mentre la società perde un attore importante per la sua evoluzione, il potere sembra interessato all'assopimento di un nemico molto scomodo proprio in quanto *ex professo* esperto. Ma anche uno stato di cose che non appare per nulla facile contrastare. Forse occorrerebbe superare il modello dell'abilitazione accademica, ma senza un ritorno al vecchio sistema. Ciò avendo come obiettivo principale di tutelare, sollecitare e promuovere l'originalità nonché l'indipendenza scientifica degli studiosi in fase di formazione accademica, al fine di tutelare la loro autonomia scientifica nei confronti e del potere accademico e di quello politico. Il tutto posto che un vero professore universitario dovrebbe essere qualcuno con il quale si può concordare o discordare, ma al quale si dovrebbe parimenti riconoscere autorevolezza, quantomeno in ragione della serietà delle valutazioni alle quali è stato sottoposto. Ciò in quanto egli, con riguardo al settore entro al quale si trova a operare, dovrà poter svolgere una cruciale funzione di controllo sia sul versante accademico sia su quello politico.

3. Burocratizzazione delle pubblicazioni scientifiche

Ciò a cui si assiste, come in qualche misura si è già suggerito, è in ogni caso un oggettivo impoverimento qualitativo del panorama pubblicazioni scientifiche. Una circostanza che risulta del resto non sorprendente, tenuto conto dei diversi modi di realizzazione della ricerca scientifica oggi abituali; una ricerca che, quando realizzata, si sostanzia in attività di consultazione quasi esclusivamente elettronica e intrinsecamente mancante della sorpresa del ritrovamento casuale e della indicazione fuori squadra che consenta percorsi di elaborazioni originali, proprio in quanto un po' *osé*. L'obiettivo dei lavori aventi una veste scientifica è ormai conformato alla modalità di accesso, secondo la quale si è idonei quanto più si produce piuttosto che se si produce (ovviamente qualcosa di originale e stimolante l'avanzamento della scienza di riferimento).

La nuova produzione non casualmente appare caratterizzata da scelte di temi molto 'caute' nel senso almeno di tendere soprattutto alla coerenza con la produzione scientifica più assestata. È in questa prospettiva che si può spiegare anche il carattere fluviale di tale produzione, non solo per il numero delle opere ma anche – come già accennato in precedenza – per la quantità di pagine prodotte e spesso senza introdurre sostanziali novità nel dibattito scientifico.

Riguardo a ciò, ci sarebbe da chiedersi come mai non solo ciò accada senza ricevere riprovazione e valutazioni negative da parte dell'accademia, ma, anzi, da essa ricevendo sostanziale approvazione. Un fenomeno questo che del resto ha varie modulazioni; ad esempio, come nel modello spagnolo, evitando sostanzialmente di esprimere effettive valutazioni e lasciando a sistemi informatici la realizzazione di queste pseudo-selezio-

ni. Oppure, come nel modello italiano, senza prevalente riguardo ai contributi culturali apportati, attraverso valutazioni spesso fondate su parametri essenzialmente quantitativi (come detto, la lunghezza dei lavori) o esclusivamente formali (la collocazione editoriale e la presenza di bibliografie più o meno abbondanti).

Le conseguenze negative di tutto ciò appaiono davvero molto significative. Un problema di fondo che appare indispensabile tenere in considerazione è a quale tipo di docenza universitaria in tal modo si darà origine nonché, soprattutto, quali conseguenze avrà una tale pseudo-selezione sul comportamento che a loro volta avranno i nuovi accademici con riguardo alla creazione di futuri ulteriormente nuovi professori universitari.

C'è da dire che un elemento cruciale di questa mutazione è rappresentato dal superamento della logica di accesso 'a numero chiuso' prevalente almeno fino alla seconda metà del XX secolo. Di tale criterio di ristrettezza numerica dei componenti della docenza universitaria di per sé costituente un indice di doverosa selezione oggi non resta praticamente nulla. Sostanzialmente fino agli anni '80 del XX secolo, pochi accedevano a pochi posti, e ciò implicava l'attribuzione di una speciale responsabilità ai soggetti incaricati della selezione. Certo, una responsabilità, e una conseguente serietà, spesso – come si è detto – solo virtuale ma comunque immanente. A fronte di una tale mutazione, le soluzioni proponibili non appaiono per nulla agevoli. Si potrebbe forse fare riferimento a modelli di selezione/valutazione implicanti il cosiddetto metodo del doppio cieco. Il parametro dovrebbe essere quello di un'opera significativa e non di numerose opere e della sottoposizione di tale opera al vaglio di più professori, anche stranieri: professori oltretutto non a conoscenza dell'identità del candidato. Una tale soluzione probabilmente sarebbe la più idonea a indurre valutazioni fondate su criteri di originalità e di genuinità.

4. Conseguenze sull'insegnamento universitario

Si è detto del perseguimento da parte del potere politico, con una determinazione programmatica davvero molto preoccupante, di una medietà bassa della docenza universitaria. A parere di chi scrive, occorre tenere conto di ciò anche sotto il profilo dei riflessi sui modi dell'insegnamento.

Non si tratta di fare un riferimento banale al modo della lezione universitaria, magari suggerendo più o meno esplicitamente l'esistenza di una radicale differenza fra le lezioni del passato, forse ripetitive e noiose ma manifestanti un pensiero critico elaborato approfonditamente da parte del docente, e quelle attuali, spesso più simili a mere esercitazioni o ad acritiche ripetizioni di dati. Si tratta piuttosto di segnalare che un *razzmatazz* di esercizi su esercizi, con l'aggiunta di prove intermedie intese ad alleviare il peso della preparazione complessiva dell'esame, non sempre si configura come un modo di insegnamento effettivamente universitario volto a sollecitare l'interesse critico degli studenti.

Il problema appare anche quello del contesto di riferimento, che è quello di un modello di Università all'interno della quale si registra un deciso abbassamento degli *standard* di elaborazione e di approccio analitico ai temi di studio. È questa una circostanza che, derivata anche dall'enorme estensione del numero degli studenti universitari, così in Spagna come in Italia e altrove, appare collegata a obiettivi di carattere più generale e se si vuole indirettamente (o direttamente) politici. In effetti, e in particolare negli ultimi due decenni (al fine precipuo di una corrispettiva estensione *telle quelle* del numero dei laureati rispetto al passato), alla docenza universitaria è stato in qualche modo suggerito di acconsentire e in qualche modo cooperare a tale abbassamento di livello di preparazione.

Di qui un problema davvero centrale sul piano sociale e politico: che l'Università in tal modo non assolva più in concreto a un compito ad essa in fondo da sempre demandato quale quello della selezione 'ufficiale' della classe dirigente. E di qui la conseguenza tipica e immediata di una selezione della classe dirigente demandata ad altri criteri e da realizzarsi per altre vie (fra le quali, in particolare, quella delle relazioni familiari). Le conseguenze di ciò sul piano politico e sociale possono facilmente immaginarsi e sono del resto di fronte a noi nel momento attuale; come dimostra, con riferimento al mondo del diritto, *in absentia* di un'efficace selezione durante il corso universitario, la sostanziale stabilità del numero degli avvocati di derivazione, in quanto figli o familiari di altri avvocati.

Sul piano più estesamente sociale, ciò trova del resto un riscontro piuttosto netto nella realtà quotidiana, dal momento che autorità e prestigio non sono più, come a tutti è facile rilevare, caratteri riconosciuti in linea di principio, oltre che abitualmente, ai rappresentanti delle professioni. Il che, ritornando alla progressiva svalutazione del percorso universitario che abbiamo visto essersi realizzata negli ultimi decenni, accade anche in ragione della diffusa percezione dell'abbassamento dei parametri selettivi in ambito universitario.

Questo stato di cose ha del resto un importante riscontro anche sotto altro profilo; e in particolare con riferimento all'impegno del professore universitario al di fuori dei suoi compiti prettamente accademico-scientifici. Invero, in gran parte delle facoltà aventi un evidente riscontro professionale il tempo del professore dedicato propriamente all'attività universitaria appare fortemente ridimensionato dall'esercizio spesso molto intenso di un'attività professionale privata. Sia chiaro, si tratta di attività del tutto legittime e, nelle culture latine, rientranti nella tradizione più risalente; al punto che l'immagine del professore universitario appare inscindibile – specie per la Facoltà di Giurisprudenza – dalla sua caratterizzazione anche come avvocato, spesso valente avvocato. Del resto, specie a fronte dell'invasione in atto da oltre un trentennio da parte di *law firm* statunitensi e comunque dell'imitazione di tale modello da parte di un'ormai significativa percentuale di studi legali, occorre aggiungere che oggi è entrata anche in una qualche crisi la funzione di grande demiurgo e unico 'risolutore' intellettuale tradizionalmente riservata all'avvocato-professore. Una circostanza da collegarsi certo alla iper-organizzazione interna di alcuni grandi studi, nel contesto della quale tende ad annullarsi tale funzione vaticinante, ma soprattutto a un significativo effetto di ritorno della progressiva svalutazione e disistima del ruolo del professore universitario che qui si intende appunto segnalare.

Quest'immagine, anche in ragione – si ripete – dell'oggettiva qualità delle prestazioni professionali fornite dai colleghi 'professori-avvocati', si riflette per converso e in negativo su quella del professore universitario non esercente la libera professione. Anche a causa del decadimento dell'immagine generale dell'Università, l'idea ormai da tempo sedimentata riguardo a quest'ultima figura è che essa risulti sostanzialmente anomala ed *ex professo* povera. E ciò quantomeno nel senso della virtuale impossibilità per i professori 'a tempo pieno' di trasmettere ai propri allievi conoscenze ulteriori a quelle teoriche, nozioni derivate dall'esperienza pratica e percepite come le sole effettivamente utili all'esercizio delle attività professionali di riferimento. Ammessa la fondatezza di tale idea, occorrerebbe tuttavia aggiungere che a livello sociale sembra mancare oggi un atteggiamento analogamente valutativo e critico nei confronti del professore-avvocato. Un atteggiamento che, ad esempio, implichi quantomeno il dubbio che questi, nell'esercizio dell'attività di docenza, possa se non trascurare quantomeno sminuire una prospettiva critica dello stato delle cose, in qualche misura limitando anche ai propri studenti l'aspirazione al perseguimento di novità, trasformazioni e magari riforme normative.

5. Progressiva perdita di un approccio davvero scientifico

Per ritornare al tema di fondo di questo scritto, occorre anche affermare con forza che l'Università ha subito una dequalificazione drastica quanto pervasiva. Una dequalificazione concernente, oltre l'immagine del professore (segnata del resto anche dall'attuale *downgrading* stipendiale), anche il nucleo propriamente scientifico della funzione docente.

Il rischio che qui s'intende pur sommessamente segnalare è quello di un impoverimento davvero radicale di tale funzione e della trasformazione dell'Università in un mero luogo di ripetizione di nozioni e di conoscenze acquisite e quasi standardizzate. In qualche modo si assiste in questo contesto al verificarsi delle profezie diffuse a partire dagli anni '70 del secolo scorso intorno a un 'Medioevo prossimo venturo'. Un poco svalutando la vitalità culturale del lungo periodo che chiamiamo Medioevo, si può riconoscere che in effetti si assiste oggi a una tendenza riproduttiva avente molte analogie con l'accademica di quel tempo sotto il profilo della riproduzione, spesso anche acritica, di saperi risaltanti. Sicché molti dei nuovi studi appaiono oggi in realtà poco nuovi. Ciò in quanto essi appaiono perlopiù caratterizzati da intenti non di rielaborazione effettiva ma da preoccupazioni varie, fra le quali del tutto prevalentemente quelle di manifestare la propria appartenenza a impostazioni e modi di valutazione della realtà già sedimentati e affermati da tempo.

Una tale constatazione non significa che dell'Università e della sua vocazione in termini di docenza si voglia fornire qui un'idea intrisa di eccezionalità intellettuale assoluta. Certo occorre oggi tener conto della diffusione enormemente maggiore degli accessi all'Università e che quindi questa si sia trasformata in un luogo di insegnamento e di apprendimento virtualmente inteso 'per tutti'. In quest'accezione, più realistica e aderente a un'evoluzione anche del tutto auspicabile della funzione dell'Università, è chiaro che non tutto nella docenza debba essere ispirato a un'idea di 'alti studi'.

Ma, se ciò è vero, è anche vero secondo chi scrive che, per converso, una tale idea e aspirazione non possa del tutto mancare ed essere trascurata. Il che ripropone come essenziale il problema della Università come luogo di selezione o quanto meno anche come luogo di selezione. Un'attività che dovrebbe concernere soprattutto, come effetto riproduttivo di virtuali eccellenze universitarie, la futura docenza; e ciò indipendentemente da quanto in sede di insegnamento si potrà manifestare l'originalità del pensiero che proprio il modello di accesso alla carriera universitaria dovrebbe verificare, sollecitare e promuovere. Di qui un'esigenza di reimpostazione dell'idea dell'Università che comunque implichi l'attribuzione a essa di un intento di alta qualificazione e di realizzazione di studi approfonditi e, in via del tutto sperabile (forse solo sperabile), anche straordinariamente originali.

È grazie all'intento selettivo in ogni caso presente nell'Università del passato (e in parte ovviamente ancora esistente oggi) che studiosi e professori brillanti sono emersi e tuttora insegnano nelle nostre università.

È quanto, ad esempio, ci dice la storia e ci illustrano esperienze come quella dell'Università nello stato prussiano del XIX secolo (anche sulla base delle riforme attuate nel secolo precedente da Federico il Grande). La centralità della struttura universitaria più qualificata è del resto cruciale anche dall'altra parte dell'Atlantico, a livello generale ma in particolare nell'ambito degli studi istituzionali di diritto. Ciò di fatto si realizza fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo attraverso la rimodulazione sul piano ideologico e pratico di istituzioni come le *law school* americane.

A fondamento di tale radicale ristrutturazione si colloca notoriamente l'idea elaborata da Christopher Columbus Langdell che la presenza di una *professorship* molto elevata

intellettualmente avrebbe indotto un corrispettivo incremento delle capacità di elaborazione in gruppi di studenti particolarmente selezionati e pensati come i futuri *leader* delle professioni legali. La combinatoria del criterio qualitativo con una notevole dose di sfrontata originalità sono del resto icasticamente evocate nell'affermazione «*freak persons and freak policies are needed*» di un grande filosofo del diritto come Karl Llewellyn che, evidentemente ritenendo pressoché indispensabile anche da parte dei professori un poco di stimolante follia, negli anni del *New Deal* riferisce questo bisogno o necessità proprio alle *law school* statunitensi (*On What is Wrong with So-Called Legal Education*, in 35 *Columbia L. Rev.* 1935, 651 ss.). Del resto, ancora oggi un intento fondamentalmente irrinunciabile degli studi all'interno delle migliori *law school* permane quello di realizzare, appunto attraverso un insegnamento originale e stimolante, tanto un'articolata reinterpretazione-trasformazione del diritto quanto il miglioramento concreto della realtà politico-sociale.

6. Dopo la caduta

Un dato è in ogni caso pressoché indiscutibile: lo stato dell'Università nel momento presente appare disastroso. Le ragioni di ciò sono state in parte già segnalate, ma probabilmente la più rilevante consiste nella perdita di importanza dell'Università nella società attuale rispetto al ruolo ricoperto in passato. In estrema sintesi, si potrebbe – come indicato nel titolo – descrivere ciò parlando del trasferimento da un'istituzione di ricerca e di elaborazione culturale a un mero *provider* di informazioni. In questo contesto proprio la curiosità e il nuovo costituiscono una sostanziale alterità, intrinsecamente inaccettabile anche da parte del potere politico, nonostante la spesso ostentata libertà di insegnamento 'consentita' alla docenza universitaria.

Di fatto, e come in parte si è già accennato, il potere politico reagisce in tal modo sostanzialmente conformandosi a una presunzione diffusa nelle nostre società: l'ipotesi essendo che l'Università serva a poco, anche in quanto la sua docenza poco faccia e, insomma, lavori poco. Accuse e conseguenti svalutazioni, queste, che spesso si fondano sulla misconoscenza di fondo che il professore universitario lavori solo quando fa lezione, il tutto non tenendosi per nulla conto del tempo della ricerca, o comunque del tempo che dovrebbe essere dedicato seriamente alla ricerca.

E di qui, tuttavia, anche una fondamentale verità: l'atmosfera circostante incide su come l'Università è diventata, in effetti corrispondendo alla *capitis deminutio* che le è stata riservata nell'ultimo trentennio e anzi conformandosi *in peius* a un'implicita richiesta di banale ottemperanza a esigenze fondamentalmente solo burocratiche. E di qui anche l'inevitabile atmosfera di assopimento che pervade oggi l'Università coinvolgendo professori e studenti: un'atmosfera ben diversa dalle anche violente proteste della seconda metà del secolo XX, gravide di istanze di trasformazione sociale e politica.

7. Cultura universitaria e società: un caso di incomunicabilità

In qualche modo collegata alle considerazioni di cui sopra è la circostanza che, nonostante l'episodica presenza di alcuni professori universitari (in genere sempre gli stessi) in programmi televisivi e, più raramente, sulle pagine di quotidiani e riviste, le opinioni o comunque i giudizi degli accademici tendono a non essere particolarmente stimati dalla società attuale; o a esserlo poco più, ma spesso anche molto meno, di chiacchiere da salotto.

È probabile che ciò si possa far risalire alla circostanza che, in particolare per quanto concerne le attività ulteriori alla mera didattica, gran parte della società ignora l'intrinseco del lavoro accademico. Il tempo del 'vero lavoro', quello della ricerca, è in sostanza ignorato, anche solo in quanto presupposto per l'esercizio di una valida (in quanto appunto fondata sulla ricerca) attività di insegnamento. Ed è anche probabile che quanto si è già detto circa lo scadimento medio dell'attività scientifica abbia a che vedere con un simile atteggiamento; talché invero si tende a considerare il professore universitario come qualcuno che in fondo lavora molto poco e che, di conseguenza, è anche... poco importante.

Certo, a quanto si è già detto riguardo alla decadenza dell'Università si potrebbe aggiungere che a un simile giudizio sembra contribuire proprio un certo atteggiamento affannatamente presenzialistico dei professori universitari in attività congressuali e di spesso viete discussioni. Una iperattività che appare autogiustificantesi piuttosto che essere effettivamente intesa a comunicare scoperte o fondati suggerimenti di novità. Occorre anche aggiungere che una tale attività risulta così estesa e, grazie alle nuove tecnologie, tanto illimitatamente diffusa da contribuire in qualche modo a omologare anche lavori originali e scientificamente apprezzabili. E che in questo stato di cose la grande maggioranza dei professori di fatto risulti sostanzialmente inesistente nella percezione generale è non solo spiegabile ma in fondo largamente giustificato.

Al riguardo appare semmai solo possibile formulare l'augurio che sia la stessa accademia a reagire a questa sua diffusa inesistenza; e ciò attraverso un mutamento nel suo atteggiamento verso la società, magari attraverso una drastica semplificazione dei modi della comunicazione, pur senza ridurlo a banalità. Il che quantomeno comporta che si prenda dichiaratamente posizione informando un pubblico ormai sempre più vasto dei risultati delle proprie ricerche. Se ciò potesse contribuire anche solo ad arricchire la cultura diffusa e desse l'avvio a una trasformazione nel modo di pensare al lavoro scientifico, magari attribuendogli un senso e una dignità politico-sociale alti, questa trasformazione avrebbe raggiunto un risultato molto apprezzabile specie in prospettiva futura.

8. Il costo delle idee: i progetti di ricerca

Venendo appunto a quest'ultimo aspetto, occorre anche aggiungere una ulteriore annotazione di rilievo peraltro fondamentale: la divulgazione scientifica è non solo difficile ma risulta spesso molto arduo anche solo accedere ad adeguati canali di comunicazione. Il che ci conduce al problema non solo degli incroci con editori o in senso lato tramite interessati, ma anche ad affrontare la questione dei modi di finanziare l'attività di ricerca o, in altri termini, dei costi della ricerca e della loro influenza sulla sua diffusione all'interno della società.

Il problema è in estrema sintesi quello del rapporto del ricercatore con le fonti di finanziamento della sua attività. E anche qui si riscontra una drastica differenza rispetto al passato, dal momento che la sovvenzione dell'attività di ricerca è stata e più semplice e più munifica, mentre oggi appare ristretta e spesso punitivamente selettiva.

In passato, in effetti, i finanziamenti pervenivano a ogni cattedra, attribuendo al professore una forte autonomia di gestione di essi, senza la necessità di inoltrarsi in percorsi burocratici di autorizzazione e controllo. L'auto-responsabilità che un tale sistema implicava comportava anche l'attribuzione di una sorta di fiducia-rispetto, e certo consentiva a docenti seriamente impegnati in attività scientifiche (pure ovviamente non escludendosi qui ipotesi di scarsa serietà e di abuso) di modulare autonomamente le proprie indagini

collocandole nel tempo e nei luoghi ritenuti più opportuni per il loro effettivo svolgimento.

A ciò si è progressivamente sostituita una logica di accorpamenti/raggruppamenti. Attraverso la creazione di dipartimenti e l'istituzione della formula dei 'progetti di ricerca' si è invero pervenuti a ridurre significativamente i finanziamenti in passato attribuiti al singolo professore. Ma non solo. Gran parte dell'attività di professori e ricercatori è oggi demandata alla 'ricerca del finanziamento per la ricerca', nel senso quantomeno di affrontare *iter* burocratici lunghi e ostici al fine di ottenere qualcosa per avviare un progetto, ovviamente un 'progetto di ricerca'. Si tratta tuttavia di una logica ispirata a criteri generalistici e nella quale le discipline come Giurisprudenza risultano evidentemente sfavorite rispetto alle materie scientifiche proprio per non necessitare di attività di sperimentazione e materiali relativi. In altri termini, pur non negandosi che a tali tipi di ricerca debba oggettivamente essere riservata una particolare attenzione anche in termini di finanziamento, si intende sottolineare qui che, all'interno di una generale riduzione – specie in paesi come la Spagna e in particolare l'Italia – dei finanziamenti all'Università, l'effetto è stato di tagli pressoché punitivi nei confronti appunto delle discipline umanistiche.

Ci si limita ad accennare solo *en passant* a un altro problema di assoluta rilevanza proprio con riguardo al rapporto fra costi, finanziamenti e ricerca scientifica. Si tratta della circostanza, si ribadisce davvero cruciale, per la quale il nuovo modello di finanziamento ispirato alla logica del progetto di ricerca favorisce di fatto professori e ricercatori 'collegati'; insomma coloro che si trovano a frequentare e quindi conoscere i meccanismi di valutazione dei progetti, quando non gli stessi componenti delle commissioni valutatrici. In sostanza la burocratizzazione del sistema di finanziamento, pur apparentemente iper-controllata diventa probabilmente meno rigida in alcuni casi, con l'effetto duplice di linee di finanziamento ricorrenti e di ricorrenti dinieghi e sostanziali dimenticanze. E di qui l'altrettanto probabile configurarsi per un verso di gruppi di potere e, per altro verso, di gruppi ben più vasti di tradizionalmente sfavoriti in quanto appunto non collegati.

A ciò, per vero, contribuisce anche il modo della valutazione che, tanto quando positiva che quando negativa, non è mai completamente esplicita. Ciò magari non 'offende', ma non motiva a sufficienza le ragioni del rigetto di un progetto di ricerca e al contempo non consente un'agevole valutazione esterna delle ragioni per le quali un altro progetto è stato invece provvisto di finanziamenti. E di qui l'ipotesi che proprio il sistema del finanziamento dei progetti segnali una selezione e un controllo su base ideologica; il tutto secondo criteri di fatto finalizzati a sfavorire le idee o le impostazioni di ricerca più anomale, nuove e meno ricorrenti.

Di qui peraltro anche una sorta di selezione/esclusione degli stessi temi di ricerca, visto il ricorrere di alcune linee di indagine (talvolta anche solo in quanto 'popolari' nella società essendo oggetto di attenzione da parte degli organi di informazione) e, per converso, l'assoluta assenza fra le ricerche finanziate di indagini prive di *battage* mediatico. Il che potrebbe essere letto come un avvicinamento di fatto dell'attività di ricerca universitaria alla società e ai dibattiti al suo interno, mentre in realtà risulta in un mero abbassamento della promozione delle ricerche più *à la mode* o correnti, ma in fondo già vecchie e invecchiate nella ripetizione degli stessi temi. Il tutto a scapito di ricerche che potrebbero invece condurre a proposte di trasformazione, specie con ricadute sociali e politiche.

9. Precarietà e risposta del potere politico

A questa situazione di riduzione dei finanziamenti e di incertezza riguardo ai modi della loro attribuzione si aggiunge anche un'altra circostanza: l'estensione e l'aumento di corsi talvolta tanto intesi ad apparire nuovi da risultare frettolosamente inventati. Questa moltiplicazione, tuttavia, non sembra aver diversificato allargandolo l'ambito della ricerca, ma piuttosto creato ulteriori nuove posizioni di professori più o meno stabili. Anzi, perlopiù posizioni caratterizzate da una instabilità intrinseca, perché il percorso universitario tanto più si è esteso orizzontalmente tanto meno ha reso la stabilizzazione qualificata dei professori agevole. Invero, specie per i più giovani si può dire regni uno stato di totale incertezza, con riguardo sia al come sia, soprattutto, al quando di una stabilizzazione professionale. Un'altra circostanza che contribuisce a dequalificare all'esterno l'idea di Università nonché alla sua diffusa percezione come un luogo incerto e insicuro, sia sotto il profilo di ciò che ci si fa sia sotto quello di quali le garanzie di una carriera seriamente percorsa.

È questa una precarietà di carattere generale, che si riflette quantomeno nelle due direzioni più prevedibili, quella della ricerca e anche quella dell'insegnamento. In un 'luogo' dagli incerti confini è infatti intuibile come sia difficile svolgere ricerca, ossia assumere la prospettiva di intraprendere seriamente e con la dovuta tranquillità attività di indagine scientifica protratta nel tempo. Del resto, una tale situazione di incertezza può anche riflettersi sul versante dell'insegnamento e della sua qualità. Professori sotto vari profili stressati dal contesto universitario e sociale circostante tenderanno a riprodurre virtualmente all'infinito le stesse lezioni; e ciò anche perché consci della percezione che lezioni troppo originali o avanzate, comunque indirizzate verso l'analisi di problemi nuovi (o la proposta di nuovi approcci a problemi tradizionali) avrebbero presso una *audience* di studenti sempre meno ricettivi e solo interessati a ricevere mere informazioni a carattere sostanzialmente istituzionale.

Rispetto a questo stato di cose la reazione del potere politico si può dire sia stata decisamente inadeguata. Un'inadeguatezza manifestatasi sotto il profilo per così dire ideologico, dal momento che – al di là di dichiarazioni non impegnanti – non si è inteso negli ultimi anni procedere a un effettivo miglioramento dello *status* dell'Università, come avrebbe potuto essere attraverso lo stanziamento di ingenti somme di denaro a questo fine. Ciò che per contro è avvenuto è stata soprattutto l'estensione dell'Università sul territorio (anche al limite di un'esasperante localismo e quasi 'liceizzazione') nonché la sua più facile accessibilità, secondo una logica di più laureati che non di quali laureati e come laureati. Di qui una svalutazione che è arrivata, come si è detto, a colpire anche i compensi dei professori e a trasformare i tradizionali ruoli di riferimento di derivazione accademica (rettori, presidi di Facoltà o direttori di Dipartimento) in figure svolgenti una funzione perlopiù burocratica e pertanto impossibilitate ad avviare programmi di effettiva trasformazione almeno delle singole Università.

10. Il silenzio

Si perviene in tal modo a un globale effetto di silenzio; atteggiamento o circostanza che può anche avere – per citare un autore come Marias (si veda specialmente *Tu Rostro Mañana* del 2012) – aspetti di saggezza, ma che quando riferita alla scienza e agli scienziati può sconfinare nella sottomissione, quando non nella sconfitta. Invero, chi scrive

ritiene sia ormai un fatto acquisito che la nostra società abbia perduto o quantomeno stia perdendo la voce della cultura scientifica. E comunque tenda a non dare affidamenti per il futuro a voci della cultura scientifica di provenienza universitaria.

Per concludere è inevitabile riferirsi, come qui è stato fatto anche in precedenza, alla funzione oggettivamente formativa della società europea svolta dall'Università e dai suoi professori, quantomeno dal Basso Medioevo, da Bologna a Salamanca. Come pure alla circostanza che l'Università ha funzionato quasi subito come 'ascensore sociale', consentendo a soggetti provenienti da strati sociali sfavoriti di incidere sui mutamenti della società (in questo senso le pur risalenti considerazioni di Clark in *The Higher Learning in a Democracy*, in 47 *Internat'l J. of Ethics* 1937, 317 ss.). È stata solo l'Università, pur non detenendo ovviamente il monopolio della conoscenza, a consentire effettivamente ciò.

Che tutto questo possa non verificarsi più nel futuro è un rischio che si deve considerare, anche decidendo se e come ad esso ci si intende opporre. Mentre è chiaro che al riguardo non si è inteso qui prospettare soluzioni concrete, si spera sia altrettanto chiaro che il nostro sforzo è consistito essenzialmente nel segnalare, molto semplificando, uno stato di cose a nostro parere davvero preoccupante. Per indicare una linea di reazione, si può forse solo aggiungere quanto segue. Nel passato si registra uno stretto legame fra l'evoluzione delle grandi nazioni e lo sviluppo di sistemi universitari efficienti e ben organizzati. Anche se oggi si tende a dimenticare questa circostanza, ciò è quanto accaduto nella Spagna del *siglo de oro*, e più o meno nello stesso modo in Inghilterra e in Francia. Nel secolo XIX qualcosa di analogo è avvenuto con l'Università tedesca e, specie nel secolo scorso, con i grandi *campus* universitari statunitensi. In tutti questi casi le istituzioni universitarie si sono fondate su seri criteri selettivi e sul raggiungimento di alti obiettivi intellettuali, in strettissima consonanza con la qualità magistrale delle voci dei professori. Il rischio principale dell'attuale e per molti versi assordante silenzio è che possa condurre, forse lo ha già fatto, a una sconfitta non solo dell'Università ma anche dell'intera società.

61. ALCUNE DIFFICILI (MA ANCHE EVIDENTI) VERITÀ INTORNO A *LA SEMPLICE VERITÀ* DI MICHELE TARUFFO*

1. Devo ammetterlo, non mi è per nulla facile scrivere di e su Michele Taruffo. Che questo disagio derivi dal fatto che Michele è stato (e, in quanto sempre sarà) il mio maestro, e che quindi in larga misura parlare di lui implica comunque una relazione con chi, per moltissimi anni, mi ha... valutato oltre che indirizzato e incoraggiato, è molto probabile. Questo *incipit* potrebbe valere per una descrizione in qualche misura biografica e auto-biografica di un rapporto maestro-allievo, in questo caso del mio rapporto con il mio maestro Michele Taruffo. Una circostanza della quale mi è accaduto di occuparmi, sperando di averlo fatto (o almeno di essere rimasto *on the verge*) senza cadere in patetismi di sorta nello scrivere 'Taruffo comparatista' circa un quinquennio fa¹.

Ma qui si tratta per molti versi di parlare di un'opera di Taruffo, una singola opera e – come si dice con un'espressione in qualche misura per tutti un po' disturbante – per certo un'opera molto matura, oltre che quasi per certo l'opera di maggior successo fra le molte opere di successo del mio maestro. Tale 'La semplice verità' è stata almeno vastamente considerata e ovviamente apprezzata – oltre che tradotta in spagnolo – nel corso del decennio abbondante dalla sua pubblicazione². Ed è chiaro che niente di ciò che potrò dire qui potrà essere comparabile a quanto già detto al riguardo acutamente e approfonditamente da molti, fra i quali soprattutto da Sergio Chiarloni nel suo amichevole e *at the same time* critico 'La verità presa sul serio' del 2010³. Un saggio-recensione nel quale, già dal titolo in chiara assonanza con altre grandi opere in tema di tutela dei diritti nel processo e *standard* di verità in questo contesto (il riferimento è chiaramente a Dworkin, *Taking Rights Seriously*), Chiarloni procede a una altrettanto seria disamina del caratteristico approccio di Michele Taruffo al vero e alla funzione di giustizia del processo civile⁴.

E qui è certo che dovrebbe essere espressa la mia personale opinione o idea riguardo a questo approccio e al carattere dell'intervento di Taruffo nella cultura giuridica attraverso la considerazione del tema della verità. Il che configura il mio compito come almeno arduo se inquadrato in tale larga estensione (e quasi suggestivo di fughe umanamente comprensibili). Assicuro che reprimerò questo impulso di fuga e tenterò di esprimere alcune impressioni – non più che impressioni – al riguardo, tenendo conto anche di

* Questo scritto è stato pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, 113-120, e riproduce, con l'aggiunta di un ridottissimo apparato di note, una lezione tenuta il giorno 2 dicembre 2021, nell'ambito del ciclo di letture di opere dei maestri del diritto, organizzate dal Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

¹ A. DONDI, *Taruffo comparatista – Uno sguardo originale ai problemi del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 485 ss.

² M. TARUFFO, *Simplemente la verdad – El juez y la construcción de los hechos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2010, trad. a cura di D. ACCATINO SCAGLIOTTI.

³ S. CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 695 ss.

⁴ Per l'opera citata in parentesi, v. R. DWORIN, *Taking Rights Seriously*, Oxford-Cambridge 1977. Sul quale, in ulteriore assonanza, anche W. TWINING, *Taking Facts Seriously – Again*, in 55 *J. Legal Ed.* 2005, 360 ss.

un'esperienza lunga quasi mezzo secolo di incontri, discussioni e letture, appunto con Michele Taruffo.

2. Invero, quello di Michele Taruffo è – qui e altrove – l'approccio di un intellettuale fra i più emblematici del secolo passato e di questo *incipit* di terzo millennio; e ritengo che ciò vada dichiarato con forza al di là della sua collocazione nel contesto del diritto e nell'ambito della definizione di giurista. Una circostanza, questa dell'approccio intellettuale, che permea tutta la sua opera, come ho tentato di dire appunto in alcune cose scritte prima e dopo la sua scomparsa. E lo fa 'consentendo' a questo autore di analizzare la realtà attraverso una visione illuministica *at its best*, in quanto finalizzata al chiarimento delle circostanze, in ogni caso intese come fattuali, costitutive della stessa realtà e, quindi, anche della realtà processuale. In altri termini, Taruffo è un realista, anzi, come dirà fra l'altro in *La semplice verità*, un 'ingenuo realista' e a tale attitudine intende rimanere orgogliosamente attaccato, come a una sorta di vessillo o bandiera attestante una serietà di approccio alle cose della vita e del diritto (che, come lui avrebbe detto, sono poi la stessa cosa).

Questa descrizione è certo e comunque può apparire, specie se proveniente dal primo allievo di Michele Taruffo, semplificante; anzi, a tutti gli effetti *over simplifying*. È tuttavia intenzionale questa mia riduzione di un approccio che ritengo, invece, del tutto inarrivabile sul piano della raffinatezza e della disponibilità alla estensione delle conoscenze. Quello di Taruffo, in effetti, è un approccio paragonabile all'attitudine rispetto alla propria scienza o alla scienza manifestati dai grandi del secolo: grandi non necessariamente nel cosiddetto ambito giuridico, ma tanto grandi da estendere la loro lezione al di là dell'ambito accademico di riferimento. Fare riferimento in prospettiva italiana a una personalità come quella di Umberto Eco è quasi inevitabile; ma, con riguardo appunto al libro che consideriamo, il richiamo più proprio per analogia è a uno studioso di letteratura del livello di Harold Bloom e alle sue ricerche in tema di ricostruzione di una ricorrente razionalità critica in ambito letterario.

In effetti, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti* costituisce un lavoro capitale, o una sorta – oggi lo si può ben affermare – di *final statement*, paragonabile nel mondo della cultura occidentale a un'opera come appunto *The Western Canon* o *Canone occidentale* di Bloom del 1994⁵. Come quest'opera, il libro che consideriamo intende affermare, ulteriormente analizzandolo, un valore che si fonda su un *modus* di ricerca a sua volta configurato sulla base di un'esperienza tanto risalente nella nostra cultura come quella dei chierici e degli studiosi medioevali. Certo, Michele Taruffo non è stato 'medioevale' nell'accezione corrente, ma altrettanto certamente lo è stato nel senso del rigore con il quale ha inteso ricostruire i valori di riferimento della cultura e affermarli al di là (o piuttosto, in opposizione a) degli stereotipi e dei comodi fraintendimenti della cultura giuridica accademica, come pure, della cultura sociale corrente.

Questa visione di Taruffo come 'vero chierico' credo possa risultare fondamentalmente non corrispondente all'immagine assestata di lui nella cultura giuridica italiana, nella quale anzi gli è stato spesso attribuito un compito di critico anomalo quanto spietato, quasi con un ruolo di provocatore istituzionale. Credo, tuttavia, che sia veramente quella di chierico (grande chierico *por supuesto*) la funzione e comunque il percorso che Taruffo intendeva assegnarsi, in quanto 'ricostruttore' della vera realtà e delle concezioni affida-

⁵ H. BLOOM, *The Western Canon: The Books and School of the Ages*, New York 1994.

bili riguardo alla verità, in generale nel mondo delle cose sensibili e conseguentemente anche nel suo ambito di indagine scientifica. Che ciò sia è del resto da ricondurre alla sua eccezionalità o, meglio, come ho già detto altrove, alla sua eccezionale fortuna di avere incontrato un altro soggetto... tanto eccezionale come Vittorio Denti all'inizio del suo percorso scientifico-intellettuale.

Questa circostanza non appare riverberarsi specificamente nelle pagine di *La semplice verità*, in quanto non emergente in maniera dichiarata. Ma ritengo certo che essa abbia costituito un'occasione di scambio di prospettive e di suggestione di direzioni di ricerca nelle quali si manifesta la diversa consapevolezza metodologica della scuola dentiana; e che in definitiva spiega anche il taglio di questa inarrivabile opera. Dall'indirizzo critico (per semplificare come *factual approach*) derivante da Denti e dalle curiosità per le culture circostanti, certo ove seriamente inquadrato in un rigoroso impianto analitico, il più vivace degli allievi diretti riceve una legittimazione e una spinta alla netta caratterizzazione, in base ai propri gusti intellettuali, del suo percorso di ricerca⁶. Talché, Taruffo è per così dire da subito Taruffo, proprio in quanto 'può' occuparsi di ciò che gli interessa... facendolo ovviamente in maniera eccelsa. E ciò che lo interessa – *en tant que ex* studente di giurisprudenza che avrebbe voluto essere studente di filosofia – è l'analisi della realtà al fine di ordinarla per semplificarne la comprensione e per evitarne fraintendimenti; il tutto proprio come un intellettuale del secolo XII interessato a ricostruire, come egli stesso dice nel titolo 'i fatti'.

3. Poste queste premesse di partenza, ciò che può o piuttosto deve sorprendere nell'attacco del discorso intorno alla 'costruzione dei fatti' contenuto ne *La semplice verità* non è, a mio parere, solo il contenuto del discorso di Taruffo, quanto per molti versi soprattutto il *modus* del suo svolgersi. Qui, in probabile consapevole analogia con quanto nel primo e più famoso romanzo di Eco, viene tratteggiato un racconto che prende le mosse dall'anno 1215 e, appunto, dalla proibizione del cardinal legato Robert de Courçon di leggere e insegnare la fisica e la metafisica di Aristotele. Si tratta di un racconto che analizza le ragioni della trasformazione del diritto barbarico in un diritto a tutti gli effetti già catalogabile come ordinato e moderno. Il tutto in un'analisi che Taruffo riferisce a un arco di tempo vasto di oltre cinque secoli che – a partire almeno dalle riforme di Liutprando –traghetta l'irrazionalità o l'*enchantement* dell'ordalia come *liturgie d'un miracle judiciaire* verso un diritto delle prove come modello per la pratica giudiziaria; ciò toccando il Rinascimento del secolo XII e giungendo ad affrontare le basi dello iato fra diritto inglese e diritto romano-canonico occidentale, e in pratica a cogliere la distinzione basica fra *civil* e *common law*.

Ma, riguardo appunto al *modus*, occorre dire che esso è davvero *flamboyant*, e direi non solo con riguardo al primo capitolo, ma complessivamente per l'intera opera. In che cosa consista questa capacità accattivante di Taruffo di farsi leggere e di condurre il lettore è

⁶ Come esempio, del resto notorio, del progressivo trasformarsi della impostazione dentiana verso una linea di stimolante impegno in termini di politica del diritto e di analisi in chiave, anche epistemologica, delle discrasie del processo in prospettiva di riforma, v. ad esempio V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 9 ss. Al riguardo, di nuovo, v. A. DONDI, *Taruffo comparatista*, cit., spec. 487 ss.; ID., *Vittorio Denti, un gran intelectual y su atención hacia las otras culturas. Comparación y perspectiva de las reformas procesales*, in *Justicia* 2020, 29 ss.

difficile e al contempo facilissimo dire. Taruffo, fin dalle prime opere e sempre di più nel corso del tempo, traduce il suo intento di essere vero e serio nell'indagine in una chiarezza espositiva sorprendente, e ciò senza nessuna perdita di ampiezza in fatto di letture 'fuori squadra' per il giurista tradizionale. Di qui, per il lettore, un piacere derivante dalla stimolazione di curiosità culturali alte, ma anche – ancora una volta come Eco – di conoscenze letterarie *easy-going* e usi tipici della cultura *pop*. Tutto ciò viene combinato senza compiacimento in un discorso che intende interessare, spiegare e affermare in maniera argomentativa l'assunto per cui (come già affermato all'inizio, p. 39) «il contesto processuale è un contesto in cui si richiede la verità empirica» dei fatti.

È questa una presa di posizione che nel corso del lavoro viene per così dire dimostrata attraverso l'assunzione di diverse prospettive di analisi, tutte razionalizzanti e al contempo implicanti una fondamentale «sospensione dell'incredulità» (p. 32, *d'après* Coleridge) nonché «aperte al sospetto» (p. 35, *d'après* Twining). È una razionalizzazione, quella di Taruffo, che per così dire passa attraverso ricostruzioni prospettiche già in sé stimolanti. Così è per la considerazione della allegazione/descrizione dei fatti nel processo come forma di narrazione, ovviamente in quanto 'narrazione processuale'. Nel fare ciò, Taruffo spazia da riferimenti letterari a riferimenti più propriamente filosofici (o comunque teorico-generalisti). È il caso – che si ripeterà più volte segnalando una propensione culturale e quasi ideologica decisamente critica – per il *narrative turn* tipico dell'approccio post-modernistico impersonato da studiosi come Baudrillard, ma non solo. È evidente che il nostro si ritrova ben più a suo agio con filosofi e/o epistemologi della prova come dire più rigorosi, quali ad esempio William Twining⁷. Come per Twining anche per Taruffo lo *story-telling* rappresenta essenzialmente un elemento euristico; ossia, una metodologia per scoprire 'ciò che veramente è accaduto' e pertanto, in tale prospettiva, da intendersi come mera indicazione di possibilità di conoscenza e non di per sé implicante verità. Su questa linea – di 'fatti presi sul serio' o di *hard cases*, per citare ancora Twining – si muove per intero questo lavoro di Taruffo. Che inevitabilmente perviene a considerare alcuni parametri essenziali degli enunciati narrativi di fatto, come quello della rilevanza (o *materiality* nell'accezione anglosassone) e quello della loro derivazione dalle attività degli avvocati (con ovvie implicazioni per il giudice, in termini di scelta della storia veritiera fra quelle appunto narrate dagli avvocati).

In questo quadro si inserisce la documentatissima, ma non per questo affatto pomposa e supponente, narrazione che Taruffo fa del problema della rappresentazione appunto narrativa dei fatti nel processo ai fini della scoperta della verità. Si tratta di una vera e propria costruzione della narrazione (p. 53 ss.) in termini linguistici, semantici e logici; una costruzione che tiene conto di vari aspetti implicati nella descrizione dei fatti, come la sua standardizzazione culturale in termini di *stock knowledge*, con il rischio di una stereotipizzazione molto poco veritiera, forse pericolosa, ma certo molto tragicamente 'normale'. Ed è questa una linea attraverso la quale il collegamento fra processo e verità non può che essere affrontato, come in effetti avviene nel capitolo III, in termini di forte critica nei confronti dell'emergere all'interno della «condizione postmoderna» (Lyotard) di nozioni

⁷ Riguardo a questo a. si rimanda a una delle opere più citate dallo stesso Taruffo e peraltro di maggior successo, planetario: v. W. TWINING, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge 2006.

come quella di post-verità⁸. Ancora una volta Taruffo manifesta molto nettamente un rifiuto nei confronti della svalutazione post-moderna dell'idea di verità, in stretto collegamento con epistemologi come soprattutto Susan Haack, ma anche Alvin Goldman e Micheal Williams, rappresentanti di un approccio di realismo critico (*innocent realism*) ispirato a una fondamentale *devotion to truthfulness*⁹.

Si tratta di un posizionamento che non costituisce per così dire una recente novità nella storia intellettuale di Michele Taruffo. Ciò, specie se si considera che già ne *La prova dei fatti giuridici* del 1992 sono riscontrabili affermazioni come (p. 145) «la centralità [della] definizione della verità come corrispondenza delle asserzioni ai fatti del mondo empirico»; il tutto in totale coerenza con il presupposto che «l'amministrazione della giustizia abbia a che fare con fenomeni del mondo reale» e che si debba poter «vincere o perdere una causa in base alla dimostrazione della effettiva realtà dei fatti (oltre che in base a una giusta interpretazione della norma)» (pp. 146 e 147)¹⁰. Affermazioni queste che attestano una scelta da tempo realizzata nel senso dell'adesione a un'idea di «contestualità della verità e quindi della irriducibile relatività di essa al contesto (più propriamente ai diversi contesti) in qui viene posta» (p. 148). Affermazioni, del resto, anche ribadite poco dopo, con forza, nel complesso del saggio 'Note sulla verità nel processo civile', in 'Le ragioni del garantismo – Discutendo con L. Ferrajoli'¹¹.

Proprio in questo saggio si riscontra in effetti un *rapprochement* significativo in chiave di 'valore sociale' della verità con il famoso lavoro di Luhmann *Legitimation durch Verfahren*; un richiamo non casualmente ribadito (p. 99) grossomodo negli stessi termini anche in 'La semplice verità' e che segnala un passaggio essenziale del libro verso la considerazione degli aspetti più propriamente processuali della nozione di verità¹². La giustizia delle decisioni e la correlativa nozione di 'giusto processo' entrano in campo proprio attraverso il collegamento che Taruffo magistralmente realizza rispetto al rapporto fra «tutte le garanzie processuali fondamentali» riguardanti i diritti delle parti e l'*outcome* del processo. Il tutto in coerenza con la nozione di *procedural justice*, appunto derivata anche dall'elaborazione di Luhmann e della letteratura statunitense della metà degli anni Settanta e seguenti del secolo XX. Ciò che rileva nel discorso taruffiano è proprio questo indispensabile collegamento delle garanzie con la giustizia della decisione, in assenza del quale si perverrebbe a «collassare il ragionamento» riducendo «la giustizia della decisione

⁸ Per "espressione riportata fra virgolette nel testo, il richiamo è evidentemente a J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris 1979.

⁹ Per la frequente ricorrenza dei riferimenti nelle opere di Taruffo, v. ad esempio S. HAACK, *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*, Cambridge 2014, e anche i lavori raccolti in G. TUZET (a cura di), *Legalizzare l'epistemologia*, Milano 2015.

¹⁰ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*, Milano 1992, spec. cap. III, 143 ss., non casualmente intitolato *Verità, verosimiglianza, probabilità*.

¹¹ M. TARUFFO, *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino 1993, 340 ss.

¹² N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren – Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft*, Frankfurt 1969. Nella nostra letteratura giuridica come esempi di attenzione a questa impostazione del grande sociologo tedesco, v. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013 e al riguardo A. CARRATTA, *Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova. A proposito del libro di Aurelio Gentili*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Discorsi su il diritto come discorso*, Pisa 2017, 51 ss., nonché gli altri saggi di grande interesse ivi contenuti.

alla correttezza del procedimento da cui essa deriva», e con ciò omettendo di affrontare il problema «dell'accertamento veritiero dei fatti della causa» (p. 118).

Rientrano in questa analisi i numerosi inquadramenti che, in chiave di «dimensione epistemica del processo» (capitolo IV) e di «decisione della verità» (capitolo V), Taruffo adotta per sviluppare ulteriormente i temi della sua indagine. Ma qui non appare il caso di seguire 'disciplinatamente' il corso di un'analisi che permane stimolante nonostante le *intricacies* o tortuosità che l'autore non si esime dall'affrontare. Basti qui segnalare la vera perizia che Taruffo dimostra nell'analizzare (p. 149 ss.) i problemi connessi alla presenza di una *rule of exclusion* come la *hearsay rule* – di cui alle *Federal Rules of Evidence* 801-803 – e le sue implicazioni sulla struttura stessa del procedimento; implicazioni tali dall'aver visto eliminare tale *rule* in Inghilterra in concomitanza con l'eliminazione della giuria nei processi civili.

4. Ciò che in conclusione occorre constatare – come del resto Taruffo constata nelle ultime battute del libro (p. 191 ss.) – è la circostanza che «la dimensione epistemica del processo esiste e riveste un'importanza basilare». Certo, tale circostanza non esaurisce «un fenomeno multiforme e complesso come l'amministrazione della giustizia», ma rappresenta una caratterizzazione essenziale del processo civile. E ciò in quanto dalla caratterizzazione epistemologica – da intendersi come la capacità del processo di pervenire attraverso meccanismi seri di ricostruzione della realtà a decisioni giuste – deve derivare che un processo «epistemologicamente valido» e tale in quanto in grado di configurare un «procedimento funzionalmente orientato all'accertamento della verità». Le implicazioni in termini di capacità selettiva dei fatti (come *particulars*) che consentono in questa chiave di realizzare un tale effetto di accertamento della verità costituiscono davvero le ultime battute del lavoro, e vengono da Taruffo collegate alla categoria della efficienza della decisione (p. 205); circostanza che a tutti gli effetti rappresenta il vero momento ricostruttivo... dei fatti appunto.

Ancora una volta Taruffo ricorre a questo scopo ai riferimenti comparatistici a lui più familiari. Sono quelli rappresentati dalla disciplina delle *Federal Rules of Evidence* e in particolare dalla *Rule 702* in tema di *scientific evidence*, utili per 'circostanziare' questa conclusione attraverso le istanze di affidabilità perseguite dal *case law* statunitense dagli anni Novanta del secolo scorso (il riferimento è ovviamente al caso *Daubert* del 1993 e allo *stream* giurisprudenziale derivatone anche attraverso l'ulteriore ricostruzione realizzata successivamente con il *dictum* del caso *Kumho* del 1999) in tema di *expert witness testimony* appunto¹³. Si tratta di una scelta di campo che chi scrive crede di poter intendere per antica consonanza di prospettive di ricerca con questo grande autore e che – Taruffo evita di dichiararlo – segnala purtroppo quasi una drastica se non incolmabile lontananza dagli approcci tuttora diffusi nella nostra cultura.

¹³ Per limitarsi alle prime analisi di tale fenomeno, invero non solo giurisprudenziale, da parte di entrambi questi due aa., v. M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 219 ss.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, ivi 1996, 261 ss. Una ricostruzione critica, ma veritiera, delle difficoltà di accoglimento da parte della nostra cultura giuridica di un tale approccio di serietà nella selezione delle prove scientifiche nel processo civile è presente in V. ANSANELLI, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 713 ss.

62. ENSEIGNEMENT DU DROIT PROCÉDURAL ET MAÏEUTIQUE SCIENTIFIQUE DANS LA DÉCADENCE DE L'UNIVERSITÉ – MOINDRES CONSIDÉRATIONS DU CÔTÉ ITALIEN*

I. UNE QUESTION DE CONTEXTE GÉNÉRAL

Ce n'est pas avec plaisir que l'on entame ces considérations avec la constatation triste, sinon désespérée, qu'à ce moment l'Université italienne a des problèmes très graves. Il s'agit d'un état pour ainsi dire multifactoriel, dans lequel on peut bien apercevoir que le caractère fortement diversifié de cette crise, tout en rendant très difficile sa description, semble rendre aussi impossible l'identification à cet égard de solutions en même temps pratiques et faisables. Ainsi la seule chose que tout le monde semble saisir ou plutôt partager est un sentiment général, bien que vague et persistant depuis longtemps, d'inadéquation et d'insatisfaction combinées en ce qui concerne le soi-disant «monde universitaire»¹.

À un niveau assez répandu, il semble en outre exister en Italie la tendance à adopter une sorte d'approche externe quant à cela, sur la base de laquelle pratiquement personne n'est directement, et en vérité même personnellement, impliqué dans cette déchéance. Mais pourtant mon devoir – et en effet ma plus profonde intention – serait d'aborder ce problème en tant que membre du personnel de l'Université, c'est-à-dire intrinsèquement lié à ma fonction professionnelle de professeur. Mieux, ou pire encore, en tant que professeur de droit et plus précisément de *professore di procedura civile*; c'est-à-dire la matière objectivement la plus difficile pour tout étudiant en droit italien, ou peut-être n'importe où dans le monde de l'éducation juridique institutionnelle².

Cela dit, en ce qui concerne la position à partir de laquelle mes remarques seront faites, quelques nouvelles sur le contexte universitaire italien semblent indispensables. En effet, au cours de la dernière décennie le modèle universitaire italien a fait l'objet d'une analyse particulièrement critique qui, dans la pratique, a conduit à constater son caractère totale-

* L'auteur tient à remercier Ludovica De Barbieri, docteur de recherche dans l'Université de Gênes, pour la précieuse collaboration à l'*editing* de la bibliographie de cet essai.

¹ En m'excusant pour l'autocitation partielle, v. par ex. à ce sujet, A. DONDI, J. NIEVA-FENOLL, *Post-università – Da luogo di elaborazione scientifica a mero provider*, in *Nuova Antologia* 2020, 3, 71 ss. (trad. esp. *Postuniversidad: la derrota*, in *Rev. Italo-Española de Derecho Procesal* 2019, 1 et s.); et aussi A. DONDI, *Mutaciones y problemas persistentes de la docencia procesal en el momento presente*, in J. PICÓ I JUNOY, V. PÉREZ DAUDÍ, C. NAVARRO VILLANUEVA, E. CERRATO GURI (dir.), *La enseñanza del derecho en tiempos de crisis: nuevos retos docentes del derecho procesal*, Barcelona 2021, 37 ss.

² Pour un exemple de cette perception par un grand autour du passé, v. E. ALLORIO, *Sull'insegnamento universitario e postuniversitario del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 1326 ss. Et comme signal de grande sensibilité de la part de l'un des plus grands auteurs de la matière à une époque plus récente, v. M. TARUFFO, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 551 ss.

ment inadéquat³. Mais, plus particulièrement à ce propos, il semble intéressant de noter que, dans la plupart des cas, cette inadéquation tend à être marquée par trois caractères principaux, notamment: la surpopulation de l'Université italienne, la mauvaise qualité des enseignements et, surtout, son extrême inefficacité sur le plan des chances d'obtenir un emploi professionnel qualifié⁴.

Il faudrait encore souligner un autre fait, qui se traduit par une omission importante. Dans les analyses critiques de l'Université italienne, on a tendance à ne pas connecter cette masse de problèmes à une donnée négative supplémentaire particulièrement importante, telle que l'abaissement des normes d'évaluation au sein de l'Université, aussi bien pour ce qui concerne les étudiants que les carrières des professeurs. Ce lien est, en revanche, à mon avis particulièrement caractéristique de la décadence de notre Université, au point d'avoir créé une sorte de court-circuit pervers pour lequel l'absence de demande de qualité dans les performances des étudiants est progressivement devenue la base d'un abaissement occulte, généralisé et largement accepté de la qualité de l'enseignement. Le tout avec pour effet de créer une condition globale disqualifiée de cette institution, donc privée de sa qualification traditionnelle et essentielle de sommet de l'enseignement institutionnel et de l'élaboration culturelle⁵.

Tout cela en ajoutant que cette circonstance semble s'insérer dans un déclin global de l'appréciation de la culture au sein d'une société comme celle italienne, qui a vu, notamment au cours des trente dernières années un progressif abaissement des goûts répandus et de la qualification de ses valeurs⁶. Et c'est dans le contexte de cette profonde et omniprésente décadence culturelle que se place la perception du rôle désormais attribué à l'Université dans la société italienne contemporaine.

Pour essayer de décrire sans tournures de phrases un tel état de fait, la seule expression adéquate semble être celle d'une générale disqualification de l'entière structure de l'éducation institutionnelle supérieure italienne. En effet, au moins pour ce qui concerne notre Université d'État, une perception répandue semble s'être enracinée depuis un certain temps (en vérité à peu près quantifiable en une trentaine d'années). Sur la base de cette perception, l'Université pour ainsi dire ne sert. Elle n'est plus essentielle, comme l'était sûrement une fois, pour acquérir une qualification professionnelle et sociale stable et d'une autorité sûre. Ce qui concerne notamment en Italie l'Université d'État, la considération réservée par mes concitoyens étant autre – sujet évidemment trop vaste pour être traité décemment ici – pour ce qui concerne les universités *private* (d'ailleurs en totale cohérence avec une tendance très répandue à privilégier le privé par rapport au public).

Il ne resterait qu'à ajouter que ces idées ou perceptions semblent être si enracinées qu'elles manquent d'un fondement éprouvé et rationnel, mais on oublierait que précisément cela pourrait fonder leur acceptabilité au moment actuel et dans l'Italie actuelle,

³ V. par ex., P. MASTROCOLA, L. RICOLFI, *Il danno scolastico – La scuola progressista come macchina della disuguaglianza*, Milano 2021 (et pour des références au contexte de l'enseignement du droit à cet égard, v. aussi ma revue de ce livre in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, 212 ss.).

⁴ Parmi les nombreuses études en la matière, v. par ex. D. BORRELLI, M.L. STAZIO, *La «grande trasformazione» dell'università italiana*, in *Riv. trim. sc. amm.* 2018, 1 ss.

⁵ V. encore A. DONDI, J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*

⁶ Pour une référence perspicace de ces problèmes dans la société italienne actuelle, v. A. BARICCO, *Les barbares – Essai sur la mutation*, Paris 2014, *passim*.

plongée en fait depuis une trentaine d'années dans une condition irrationnelle envahissante⁷. Il est d'ailleurs facile à comprendre que dans ce contexte, dont le caractère de fond sous-jacent est celui d'une sorte de culture anti-culturelle, l'Université (d'État en particulier) vienne représenter la cible principale. Et ceci puisque intrinsèquement opposé à une vision hédoniste et génériquement libertaire, en tant qu'impliquant une institutionnalisation de la rationalité, à laquelle réserver *ex professo* une reconnaissance d'autorité publique⁸.

Mais quelque chose d'autre est également lié à cela, peut-être plus intéressant et en tout cas plus pertinent pour ce qui nous concerne ici. Il s'agit de l'abandon de l'idée que l'Université entraîne aussi la sélection publique et virtuellement «contrôlable» de la classe dirigeante du pays. Une question à fortes et évidentes implications politiques, puisqu'inévitablement liée à l'attribution à l'Université d'un puissant rôle d'ascenseur social⁹. Le fait est qu'en Italie ces valeurs ont été tout à fait remplacées par une attitude franchement *easy going*, quoique enrobée d'expressions retentissantes comme *diritto allo studio*, qui conduisent à considérer l'Université comme un passage quelconque et dénué de qualité.

II. LE SPÉCIFIQUE DES FACULTÉS DE DROIT ET CELUI DES ENSEIGNEMENTS DE PROCÉDURE CIVILE

Si, même dans une synthèse tout à fait extrême, tel est le contexte général, assez particulière dans sa gravité paraît la condition des facultés de jurisprudence italiennes ou mieux, selon l'inimaginable définition ministérielle d'il y a quelques années, de nos *dipartimenti di giurisprudenza*. Du reste, le spécifique de ces facultés/*dipartimenti* – et leur caractère d'institutions ayant à la fois des finalités de professionnalisation et d'élaboration culturelle – peut bien expliquer une telle particularité. Et c'est la raison pour laquelle la *facoltà di giurisprudenza* s'est essentiellement transformée en une sorte de périmètre emblématique des contrastes et des transformations concernant la perception de l'Université et de son rôle dans la société italienne.

En d'autres termes, on peut dire qu'en effet la crise de confiance dans les institutions qui a imprégné cette société dans les dernières quarante années ne pouvait qu'avoir un impact particulier sur la plus inévitablement institutionnelle des facultés universitaires. Destinée à la création de figures professionnelles tout à fait typiques et structurantes des sociétés occidentales, en Italie la faculté de droit est devenue progressivement l'objectif le plus typique contre lequel se lancer. Et cela, intuitivement, afin de disqualifier la fonction

⁷ Parmi les nombreux essais concernant la dégradation progressive des valeurs de la société italienne au cours des trente dernières années, v. L. RICOLFI, *La società signorile di massa*, Milano 2019, *passim*; et v. aussi O. NACHTWEY, *Decivilizzazione. Sulle tendenze regressivo nelle democrazie occidentali*, in H. GEISELBERGER (a cura di), *La grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, Milano 2017, *passim*.

⁸ Pour un excellent exemple d'analyse de ces problèmes dans la culture italienne récente, R. CALASSO, *L'innominabile attuale*, 2^a ed., Milano 2020, 23 ss. (trad. fr., *L'innommable actuel*, Paris 2019).

⁹ Sur ce problème de l'échec de l'Université italienne comme instrument de promotion sociale correcte et contrôlable, v. encore A. DONDI, J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*; et aussi A. DONDI, *Rapidi e impressionistici cenni sulla metodologia della ricerca in campo giuridico*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.* 2019, 76 ss.

universitaire et donc aussi le mode structuré d'éducation institutionnelle du barreau, du judiciaire et du notariat (ou plutôt, des futurs avocats, juges et notaires).

Dans cet état de choses et avec un tel *background*, il faudrait mettre en relation l'objectif de créer des figures professionnelles comme celle du juge et de l'avocat (et subsidiairement aussi du notaire) avec la circonstance de la dévaluation de l'utilité même de l'Université justement à l'épreuve de son fonctionnement comme instrument de qualification effective sur le plan technico-professionnel. Et il faut signaler à cet égard une double forme de dévaluation, étant donné que s'est répandue en Italie, notamment au cours des deux dernières décennies, la tendance – provenant principalement de la base des citoyens – à considérer comme acquise l'insuffisance de l'instrument universitaire, dans ce cas de la faculté de droit à cette fin spécifique¹⁰.

Parallèlement à cette vision et dans une certaine mesure en conséquence, cet effet de dévaluation s'est étendu, toujours concernant la faculté de droit, à ceux qui sont perçus comme un obstacle possible à cette tendance tout à fait prédominante et désormais clairement cataloguable comme un omniprésent populisme qui se transforme vis-à-vis de la culture institutionnelle dans un refus précisément justifié par la prévalente *orgia della tolleranza*¹¹. Il est clair que la référence dans ce cas est à l'enseignement, c'est-à-dire aux professeurs ou *lato sensu* aux soi-disant *docenti*.

À cet égard, il faut dire que ce à quoi nous assistons est une sorte de sentiment ambigu et bivalent. D'un côté, un sentiment encore latent quoique vague d'admiration respectueuse et presque d'envie reste réservé au professeur-avocat (en supposant bien sûr que cela soit également combiné à un bien-être économique très important)¹². De l'autre côté, et dans le cadre d'un mépris si manifeste que répandu envers pratiquement tout ce qui est culture, une très faible considération est aujourd'hui en général réservée aux *docenti* de droit en tant que professeurs «scientifiques». C'est-à-dire professeurs engagés de façon permanente ou pour la plupart du temps dans des activités de recherche scientifique et, surtout, pas impliqués intensivement dans la profession d'avocat¹³.

Donc, pour une tradition datant maintenant de quelques décennies, il arrive que le «véritable» professeur de droit auquel on réserve l'admiration respectueuse mentionnée ci-dessus soit surtout, sinon essentiellement, le soi-disant *professorone*. Cela tout à fait indépendamment de – certainement sur une base sérieuse de production scientifique – son poids ou autorité intellectuelle, et du reste en totale cohérence avec une vision essentiellement bureaucratique de l'évaluation aujourd'hui de la recherche scientifique en Italie¹⁴. Un cadre dans lequel il est assez facile de comprendre la spécificité supplémentaire de la

¹⁰ En commettant une fois de plus un grave péché d'autocitation, v. A. DONDI, *Diálogos sobre la docencia del derecho procesal*, in *Justicia* 2017, 85 ss.; ID., *Problemi metodologici in tema di docenza processuale*: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 331 ss.

¹¹ Pour l'expression en italien dans le texte, cf. U. ECO, *Sulle spalle dei giganti*, Milano 2017, 33.

¹² Pour une analyse très bien documentée du contexte d'activité des avocats italiens, v. D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati – Diritto ed economia del processo civile*, Bologna 2003, *passim*.

¹³ Dans la presse quotidienne, pour un exemple récent de perception de cette tendance, v. E. MAURO, *La controultura al potere*, in *La Repubblica* 31 oct. 2022, 27 ss.

¹⁴ Par ex., et *ex pluribus* L. ILLETTERATI, *La valutazione della ricerca come nuovo principio di autorità*, in *Le parole e le cose*, 4 mai 2021, notamment où il utilise l'expression selon laquelle l'évaluation «... agisce determinando ciò che è buono, adeguato e meritevole di attenzione e di premio».

condition des professeurs d'une matière comme la procédure civile dans les universités italiennes.

Le fait que cette matière soit la plus difficile dans pratiquement toutes les facultés de droit du monde est à la fois connu et, dans une certaine mesure – hélas – inévitable. Ceci est démontré par le fait qu'il en est ainsi, en outre, tant dans les facultés au sens propre de la tradition européenne continentale (passée ou en voie de fragmentation) que dans les *law schools* états-uniennes, sans doute bien plus *demanding*¹⁵. On peut d'ailleurs dire que c'est là, notoirement et effectivement, l'écueil pour tous les étudiants dans le parcours de formation institutionnelle du juriste¹⁶.

Certes, cela étant, il est tout aussi facile de saisir que la figure du professeur de procédure civile peut résumer inévitablement tout le sens de cette difficulté majeure et – après ce qui a été dit – cette sorte de tracés sur la voie d'une acquisition facile d'une compétence formelle. Il en résulte une caractérisation plus ou moins directe de cette figure comme à la fois problématique et redoutée, si bien que source d'ennuis ou de problèmes dans le fonctionnement global des *dipartimenti* de droit italiens¹⁷.

Ceci est notamment à l'intérieur d'un système d'enseignement substantiellement dis-trait et pour ainsi dire méthodologiquement aproblématique. Un système dans lequel les cours ne sont qu'une suite de conférences auxquelles les étudiants peuvent aussi bien assister que ne pas assister, et en tout cas sans participation effective. Or, dans ce contexte, le caractère intrinsèquement concret d'un enseignement de droit procédural civil devrait comporter un changement structural de relation entre professeur et étudiants au cours de la leçon proprement dite.

Ce changement ou cette réorganisation devrait sans aucun doute se caractériser par la conscience de ce besoin que chaque professeur devrait pour ainsi dire introspecter. Si cela était réalisé par nos collègues en la matière, l'enseignement devrait se dérouler en explicitant aux étudiants d'abord la particularité du droit en tant que droit procédural et, ensuite, la nécessité d'une interaction très étroite entre *audience* et professeur au cours de

¹⁵ Une description efficace du *modus discendi* américain notoirement peut être trouvée in S. TUROW, *One L – The Turbulent True Story of a First Year at Harvard Law School*, New York 1977, *passim*.

¹⁶ Sur la littérature italienne, d'ailleurs peu étendue, en matière d'enseignement du procès civil, pour un regard au passé et aux difficultés du présent, v. par ex. E. FABIANI, *L'insegnamento del diritto processuale civile fra tradizione e innovazione*, in *Foro it.* 2012, V, 111 ss. Pour une référence à l'état de la situation en matière aux États-Unis, par ex.: P.D. CARRINGTON, *Teaching Civil Procedure: A Retrospective View*, in 49 *J. Leg. Ed.* 1999, 311 ss.; et pour une description efficace de la manière américaine après l'introduction de la méthodologie d'enseignement interactif de Christopher Columbus Langdell, v. C.W. POUND, *Teaching Civil Procedure*, in 4 *Cornell L. Rev.* 1919, 143 ss. (à ce propos, v. aussi l'ouvrage de B.A. KIMBALL, *The Inception of Modern Professional Education – C.C. Langdell 1826-1906*, Chapel Hill 2009, *passim*; et aussi J.S. GERSEN, *The Socratic Method in the Age of Trauma*, in 130 *Harv. L. Rev.* 2017, 2320 ss.; H.K. GERKEN, *Theory/Practice Divide: Why the 'Theory School' is Ambitious About Practice*, in 132 *Harv. L. Rev.* 2019, 134 ss.). Enfin, pour une comparaison entre les deux méthodologies d'enseignement, v. A. DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction – The U.S. and Italian Models Compared*, in *ZZP Int.* 2010, 77 ss.

¹⁷ Sur l'image du professeur de procédure civile en Italie, v. encore, M. TARUFFO, *L'insegnamento accademico del diritto*, cit., spéc. 553, où l'on parle d'un professeur «archetipico» qui en particulier «è considerato e spesso ama considerarsi un maestro di sofisticate astrazioni concettuali, un costruttore di complicate architetture dogmatiche».

la leçon¹⁸. Cela signifierait la transformation de la leçon en quelque chose de bien différent d'une simple conférence pour devenir une sorte de «colloque stimulé», évidemment par le professeur lui-même. On peut bien supposer que cela pourrait entraîner un rejet plus ou moins manifeste de la part même du corps étudiant que du corps académique de la faculté ou du *dipartimento* de droit. Et ce qui est réellement inquiétant, c'est ce sentiment commun pour ce qu'il manifeste de l'atmosphère générale des études de droit et de la culture juridique institutionnelle.

Cette communauté de perception, que j'affirme ici de manière très hasardeuse et certainement libre de tout frein, constitue le véritable contexte dans lequel se trouve celui qui veut attribuer à sa fonction de professeur de procédure civile un sens élevé et fonctionnellement efficace. Indépendamment des réflexes d'ordre émotionnel ou simplement humain, un tel état de fait caractérise comme objectivement exceptionnel le *status* du professeur de procédure civile. Et cela, je l'admets en dramatisant un peu la question, probablement avec des reflets non négligeables tant sur le plan du *standing* de ces professeurs et de cette matière que sur le plan de l'appétence ou de l'intérêt pour les matières procédurales par les nouvelles générations.

Ce que je crois qu'il ne faut oublier est en effet un point essentiel pour la configuration des études institutionnelles de droit même comme universitaires au sens propre¹⁹. En effet, la fonction probablement plus propre ou inévitable d'une faculté de droit est l'élaboration scientifique et critique de l'état des choses dans le domaine du droit à travers la création d'un renouvellement constant des sujets chercheurs. Ce que nous oblige à considérer la difficulté de trouver de jeunes chercheurs précisément dans le domaine de la procédure civile; un contexte désormais certainement *unappealing* pour les considérations qui ont été tentées ci-dessus.

III. FAISABILITÉ DES PARCOURS DE RECHERCHE ET LEUR MANQUE D'ATTRACTION À L'HEURE ACTUELLE

C'est à cet égard et sur ce point qu'il faudrait, à mon avis, ajouter quelques considérations.

En effet, les problèmes que nous avons envisagés concernant la condition d'abord de l'Université puis de la faculté de droit méritent certainement l'attention. Pour aboutir à une sorte de conclusion, il faut avouer la véritable intention de ces quelques pages, de mettre en évidence le *status* du professeur de procédure civile dans le système de l'Université italienne et l'absence d'attraction de jeunes chercheurs vers la recherche si bien que la carrière académique. Problèmes par rapport auxquels tout d'abord apparaîtrait d'une grande importance le thème, que l'on a tenté de signaler ici même en une synthèse extrême, de la valeur attribuée à la culture comme culture universitaire et en tout cas institutionnelle dans un contexte social aussi marqué par un ensemble tout à fait particulier de difficultés comme celui italien.

¹⁸ V. les citations *supra*, note 2. Et aussi: S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale* civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 543 ss.; R. CAPONI, *Metodologie pratico applicative per la didattica del diritto processuale*, in D. GIULI, N. LETTIERI, N. PALAZZOLO, O. ROSELLI (a cura di), *Simulazioni interattive per la formazione giuridica*, Napoli 2007, 37 ss.

¹⁹ Même dans un essai très ancien, apparaissent plus qu'intéressantes les considérations exprimées à cet égard in U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.* 1968, spéc. 12 ss.

Comme déjà mentionné ci-dessus, c'est comme si la «culture environnante» ne reconnaissait plus dignité effective à la culture développée dans ce contexte. Ou plutôt (et pire encore) c'est comme si l'on ne se reconnaissait pas dans les valeurs traditionnellement typiques de cette culture, et cela substantiellement en raison d'une perte généralisée des valeurs²⁰.

On pourrait dire qu'il s'agit après tout d'un désintérêt profond concernant le rôle de l'Université. Une attitude maintenant très bien installée qui, spécialement à l'égard de certains sujets et types d'études perçus comme lourdes et difficiles comme les procédures, peuvent venir se transformer en un refus presque moqueur. Un refus en effet tourné vers une fatigue et une perspective éthique professionnelle considérées excessives car, dit franchement, trop éloignées de l'idée actuelle de savoir-vivre impliquant au moins en Italie essentiellement un enrichissement rapide comme valeur dominante²¹.

Le caractère anti-culturel de ce sentiment italien contemporain est démontré d'ailleurs par une circonstance. En effet, il arrive que ce que l'on appelle les *faculties* (c'est-à-dire, pour emprunter la définition américaine, le corps enseignant des facultés de droit) aient elles-mêmes développé pour ainsi dire une idée de déculturation de leurs activités d'enseignement. Sur cette ligne, on tend à privilégier un enseignement fortement formalisé et simplifié. Donc, un enseignement du droit procédural comme ensemble de simples technicités, substantiellement dépourvues d'une contextualisation philosophique ou au sens large culturel. Cela à travers l'utilisation des supports technologiques les plus récents afin de fournir le maximum de données virtuellement incontestées et d'apparaître le plus efficace possible dans une perspective essentiellement taxonomique et peu critique de l'état des choses.

De là, de la part des professeurs, une vision de soi comme de simples reproducteurs de savoirs neutres, en tout cas de savoirs auxquels il faudrait appliquer, à coté d'indiscutablement nécessaires compétences techniques, des choix d'ordre social et pourquoi pas politique. De là une déqualification globale du rôle du professeur de droit, et par antonomase de procédure civile, qui résulte acceptée et vécue comme inévitable, autant que la bureaucratisation fondamentale de l'engagement universitaire et son employabilité qui se traduit également par des salaires très bas (et correspondants à environ la moitié de ceux des magistrats ordinaires)²².

La perte d'autorité qui s'est ainsi réalisée coïncide dans une certaine mesure inévitablement avec une perte d'*appeal* pour ceux qui auraient voulu entreprendre ce qu'en Italie on appelait *la carriera universitaria*. Il y a environ quarante ans, en effet l'espoir d'être choisi par des professeurs très estimés était répandu parmi les meilleurs étudiants, tant était le respect envers l'enseignement et l'activité de recherche²³.

²⁰ Sur cette homologation culturelle dans une sorte de *mono-potere*, v. P.P. PASOLINI, *Scritti corsari*, Milano 1973, *passim* (trad. fr. *Écrits corsaires*, Paris 2009).

²¹ Parmi les nombreux ouvrages de cet auteur, v. par ex., M. ISNENGHI, *Dieci lezioni sull'Italia contemporanea – Da quando non eravamo ancora nazione... a quando facciamo fatica a rimanerlo*, Roma 2011, 266 ss.

²² V. à nouveau, parmi les nombreuses autres citations possibles, A. DONDI, J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*

²³ À cet égard v. par ex., G. VIESTI, *Università in declino. Un'indagine sugli atenei da Nord a Sud*, Roma 2016, *passim*. Toujours sur la perte de sens d'une notion rigoureuse de sélection dans

C'est évident qu'il y aurait encore beaucoup de choses à ajouter, comme par exemple le gigantesque problème de la sélection des professeurs, évidemment aussi de procédure civile, à travers des concours sérieux et sans «interférences» de toutes sortes. À bien y voir, la capacité de sélection, au moins peu claire, honnête et ouverte, des concours universitaires italiens constitue un autre élément de déqualification dans la perception commune²⁴. Et l'on peut dire qu'il s'agit là, en effet, d'une des justifications de base pour le non-respect dont on a parlé ici.

L'approche de la plus récente jurisprudence administrative italienne représente une démonstration et un exemple de cette nouvelle culture. Compte tenu de l'énorme fréquence des recours administratifs envers les concours universitaires, les relatives réponses judiciaires dénotent au moins une basse conception du rôle intellectuel attribué aux professeurs universitaires, dès qu'une valeur essentielle et désormais prédominante est, par contre, affectée à l'exercice d'autres fonctions largement administratives ou para-administratives. Une vision dans laquelle se justifie corrélativement la minimisation substantielle, dans le cadre de ces décisions, de la valeur de haute sélection culturelle et fondamentalement discrétionnaire à l'ordre des commissions des concours universitaires²⁵.

Mais, cela dit, je pense franchement qu'il est inutile d'étendre davantage le discours et risquer de paraître quelque peu pathétique en faisant l'éloge du bon vieux temps. L'évolution dont on a parlé apparaît toutefois si préoccupante qu'à mon avis il faudrait sans doute la combattre et en tout cas la signaler par des discussions et des analyses sérieuses... que je laisserai en tout cas à d'autres.

le contexte universitaire et scientifique, v. E. MAURO, *I pesci e il pavone. Contro la valutazione meritocratica della ricerca scientifica*, Milano 2018, *passim*.

²⁴ Pour une citation souvent utilisée, v. A. DONDI, J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*, spéc. 57 ss.

²⁵ La référence à cet égard est à presque l'entière jurisprudence administrative italienne d'aujourd'hui concernant les concours universitaires.

63. ALGUNA IMPRESIÓN TARDÍA E INCIERTA SOBRE LA EVOLUCIÓN ACTUAL DEL DERECHO PROCESAL EN ITALIA*

SUMARIO: 1. Difícil identificabilidad de las direcciones evolutivas dentro de la complejidad ahora tradicional. – 2. Aspiraciones simplificadoras y racionalizadoras entre el siglo XX y el tercer milenio. – 3. Perspectivas inciertas para el futuro y oportunidades para algunas recuperaciones.

1. Difícil identificabilidad de las direcciones evolutivas dentro de la complejidad ahora tradicional

De alguna manera, el contexto lo es todo. Y debo decir que me parece especialmente así para un encuentro como éste donde, en el marco de una institucionalización del vínculo entre dos grandes culturas del proceso como la italiana y la española, también otras perspectivas se consideran y desarrollan con gran amplitud y rigor. Por lo tanto, pediría casi solidaridad y comprensión por mi posición de ponente de clausura dentro de este contexto por varias razones tan *demanding*.

En efecto, en muchos sentidos seguramente lo es la exigencia de poner de relieve las asperezas del momento presente, en la línea de las ponencias realizadas por los colegas. Pero también lo es la tarea, a la que se supone que yo sepa enfrentar, de hacer una especie de resumen competente y, aun muy arriesgado, sacar líneas generales y sugerencias para el futuro. Como todos saben, hablar del *Stand der Dinge* sobre el proceso civil es siempre difícil, pero se vuelve muy y quizás demasiado osado precisamente aventurar hipótesis sobre cómo el proceso civil se convertirá o debería llegar a ser en el futuro.

De hecho, todos los informes anteriores de futuro han hablado. Esto en el sentido propio de una función «*dello storico*» – por citar a Calamandrei – típica del estudioso de derecho procesal, tal también y sobre todo en cuanto se refiere al cambio de los marcos, o sea a los caminos hacia la transformación de nuestros sistemas procesales. Una función y una tarea que desde hace algún tiempo se ha vuelto aún más ardua que antes, debido a la modificación contemporánea, pero sobre todo a la complicación del contexto en el que se encuentra operando un derecho tan necesariamente vinculado con la realidad práctica como el derecho procesal civil¹.

No parece por lo tanto casual en tal contexto de modificación incierta que *a contrario* una perspectiva verdaderamente inmanente consista en intensas instancias de armonización, expresadas o mejor dicho buscadas a varios niveles. La más previsible y ahora históricamente recurrente de parecidas instancias está claramente – como de hecho hemos visto aquí también – representada por el debate alrededor de un marco europeo de nuestros asuntos procesales. En el sentido sea de la realización de análogos rumbos de transformación a nivel continental sea de alcanzar un propio modelo europeo de proceso civil

* Questo scritto è stato pubblicato in J. PICÓ I JUNOY (ed.), *Aspectos críticos del Derecho procesal. Diálogos hispano-italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi*, Barcelona, 2023, 477 ss.

¹ Para todos, sobre este tema, véase M. TARUFFO, *La complessità della complessità processuale*, en A. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 179 y sig.

todo esto parece direccionarse hacia un objetivo de ancha reconsideración del significado verdadero de reforma del proceso civil (y por lo tanto también de nuestra tarea como científicos en esta área del derecho).

La perspectiva continental (en el sentido de europea) representa sin duda una postura intelectual de grande y casi implícita apertura, especialmente con referencia a los problemas de una clase de derecho como el procesal tradicionalmente muy relacionado y estrechado por dentro a datos virtualmente solo – y aquí es claro que yo no lo pensaría para nada así – territoriales. Con su salida del estándar tradicional, ciertamente la mirada correspondiente a tal perspectiva implica en sí mismo una propensión a la reforma o al menos a superar mediante ajustes y comparaciones estados de cosas establecidos². Este es un aspecto que establece en cierta medida un dato cualitativo alto respecto a la opción europea cuanto al derecho procesal civil; una opción que se sitúa objetivamente en la línea de un debate, como se decía, de reformas o de transformaciones incluso «solo» de carácter teórico.

Por así decirlo, esta apertura parece haber constituido un *parterre* esencial para el ulterior desarrollo del debate sobre los temas tratados en este congreso. La referencia es claramente a un asunto muy actual y casi à la *mode* como lo de las nuevas tecnologías (y sus múltiples interacciones con el funcionamiento del proceso civil) pero también a un problema enorme y siempre crucial cual es el de la reforma del proceso. Una doble referencia que en cierta medida permitiría reducir las incertidumbres sobre la identificación de los problemas realmente esenciales hoy para el proceso civil³. Sobre todo, en lo que se refiere a estos dos últimos temas, superando las dudas de la complejidad a las que me he referido anteriormente o manteniéndolas en una simplificación saludable, creo en efecto que algunas reflexiones podrían después de todo atreverse en clave parcialmente conclusiva o mínimamente evaluativa.

2. Aspiraciones simplificadoras y racionalizadoras entre el siglo XX y el tercer milenio

Con respecto a las actuales discusiones relacionadas a nuestro campo de estudio, lo que de todos modos casi con seguridad creo se pueda notar – en el sentido que aquí yo me atrevería a señalar y sugerir – es la presencia de una actitud cultural bastante generalizada y recurrente. Una actitud que envuelve el enfoque general de las cosas del derecho y también de nuestra cultura procesal, y hasta cierto punto incluso la mirada referida justamente a temas esenciales en este contexto como los dos mencionados anteriormente. Pero, sobre todo, una actitud cuyo carácter parece substanciarse esencialmente en una postura de carácter metodológico.

Con particular atención a la mirada italiana, parece posible hacer consistir esta postura en lo que llamaría un interés (o tal vez más bien un retorno de interés) bastante extendido por soluciones o líneas de encuadre fundamentalmente abstractas de los efectivos problemas del proceso civil. Un enfoque que en definitiva parece preferir líneas de razonamiento

² P. BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 1323 y sig.

³ Para una cita realmente inevitable, J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid-Barcelona 2018, *passim*; ID., *Perder el control. ¿Hacia una distopía judicial?*, en *Actualidad civil*, 4, 2023.

que en inglés se definirían *in principle* o *supposedly theoretical*. El conjunto en lugar de mantener como referencia principal, claramente teniendo en cuenta tanto sus modos de realización como las relativas opciones político-culturales a este respecto, el concreto desarrollo de las actividades procesales.

Creo que no se pueda decir esto sin destacar o tener en cuenta las posibles consecuencias de una parecida postura en términos sea «técnicos» sea, bajo varios aspectos, funcionales. Digo esto como mi humilde opinión, que ahora llegado a este punto de mi viaje o altura de mi vida creo poder expresar. Se trata de una postura cuyo riesgo – o tal vez verdadero objetivo oculto – es de evitar que se aborden los verdaderos problemas fundamentales de cualquier tipo de proceso civil, o a lo sumo de relegarlos a meras aspiraciones machadas de intelectualismo algo vanidoso y utópico.

De hecho, tal caracterización como intelectualistas (y por eso, también se repite, vanidosos y utópicos) de otros enfoques diferentes parece formar el núcleo y en todo caso un carácter recurrente de la postura a la que me refiero. Esto en la comprensible intención de proponerse como la única opción en términos metodológicos pero, tendería a suponer, también con objetivos mucho más amplios. En particular, considero que la finalidad de fondo consiste en hacer vana la transformación del modelo, como por lo demás se puede derivar de la preferencia por un análisis que, aunque exegéticamente insistido y virtualmente muy preciso, en realidad presupone el mantenimiento o la no modificación del marco normativo existente. Claro que en esta línea los demás enfoques resultan inaceptables, ya que implican precisamente una aspiración a la transformación basada en visiones metodológicas o filosófico-políticas fundamentalmente distintas de esta actitud omnipresente e intrínsecamente autárquica. Es de otro lado lo que subrayó en particular mi *maestro* Michele Taruffo, con el agregado – que el ciertamente podía permitirse el lujo de hacer – de la apreciación despectiva que «...il patrio legislatore si distingue per un elevato grado di ignoranza rispetto ai temi di cui pretende di occuparsi»⁴.

Me doy cuenta de que, en pocas líneas y de manera ciertamente no límpida, he dispuesto apresuradamente de más de un siglo de elaboración y de todos modos altísima investigación científica. Además de una necesidad de síntesis y de evitar aburrir al exceso, esta es como dije una ventaja de mi situación personal de jubilando. De esta ventaja quiero aprovechar para atreverme a delinear aquí, aun en un contexto de extrema simplificación, otro aspecto recurrente de la forma predominante de ser de nosotros procesalistas civiles italianos.

En estrecha relación con la postura que hemos mencionado anteriormente y adoptando una perspectiva algo histórica, creo que esta *maniera* puede hacerse consistir en la aspiración a una drástica racionalización simplificadora de los problemas del proceso. Una aspiración que acompaña a todo el siglo XX, inevitablemente extendiéndose también a este siglo⁵. Es lo que se produce mediante el recurso a una instrumentalidad homologada que tendería a llamar dogmática o más bien, en comparación con la cultura italiana del

⁴ Así M. TARUFFO, *Parole introduttive* por el Congreso *Cognizione piena o cognizione sommaria. Per un processo civile efficiente*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 431.

⁵ Para un análisis muy originalmente profunda de este carácter de la cultura procesal italiana, por ejemplo, A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, en F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di) *La funzione sociale del diritto privato*, Roma 2017, 87 y sig.

proceso civil en la primera parte del siglo 20, neo-dogmática⁶. En efecto, en mi opinión es sobre la base de esta instrumentalidad que, más o menos a partir del código de 1940, se ha procedido a interpretar y solucionar los problemas de funcionamiento de nuestro proceso civil.

Resulta intuitivamente a la vez difícil y fácil decir como esto ocurrió en el transcurso de más de medio siglo, es decir según cuales visiones de carácter general y eligiendo caso por caso que soluciones concretas. Parece también superfluo declarar que no es posible aquí realizar –no estaría y después de todo nunca ha estado a mi alcance – un análisis adecuadamente exhaustivo de este complejo estado de cosas. Por lo tanto, a este respecto me permitiría solo una síntesis, inevitablemente arriesgada, imprecisa y minimalista, consistente con la observación que de tal predominante y casi generalizado enfoque por así decirlo (y de otro lado como ya he dicho) neo-dogmatico se deriva una actitud básicamente conservadora con referencia a los problemas del proceso civil italiano.

Una rápida mirada retrospectiva a lo sucedido en los últimos cincuenta años solo puede confirmar esta impresión. De hecho, así como resulta de las opiniones recurrentes de algunos de los principales representantes de nuestra doctrina procesalista (pienso principalmente en las opiniones expresadas por Proto Pisani durante la última década) para encontrar una transformación verdaderamente innovadora de nuestro modelo procesal es necesario volver a la grande reforma del proceso laboral de 1973⁷. Lo que en sí mismo dice mucho sobre la propensión transformadora de nuestra cultura jurídica y procesal.

De hecho, incluso frente a una realidad en constante y a menudo dramática evolución como la italiana de los años siguientes no solo el *boom* económico sino también la post industrialización con sus secuelas actuales de incierta complejidad posmoderna, creo que es muy difícil de decir que nuestra cultura haya reaccionado con adecuada vivacidad. No en todo caso de manera efectivamente perceptiva de los cambios en curso, como los acontecimientos de nuestro proceso civil entre finales del siglo XX y principios del XXI parecen demostrar. De hecho, a pesar de las casi ferozmente numerosas intervenciones sobre el *corpus* original del *Codice di procedura civile* ocurridas en los últimos veinte años, no creo que podamos decir que en Italia se haya completado hasta la fecha una reforma en total transformadora del planteamiento de nuestro derecho procesal civil al menos vagamente similar a la española *Ley de enjuiciamiento civil* de 2000.

3. Perspectivas inciertas para el futuro y oportunidades para algunas recuperaciones

Me doy cuenta de que puedo parecer algo drástico, pero me siento forzado a confirmar, refiriéndome a la historia de la aceptación y aplicación del todavía actual *Codice di procedura civile* de 1940, la presencia de una actitud vastamente negativa hacia los tratos del mismo código. Efectivamente, la *prospettiva delle riforme* predicada en casi completa soledad (claramente con la excepción de los grandes juristas que fueron parte de sus respectivas escuelas) por Vittorio Denti y Mauro Cappelletti entre los años 60 y 90 del siglo

⁶ *Ex pluribus* A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, 2ª ed., Torino 2014, *passim*.

⁷ A. PROTO PISANI, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, en *Foro it.* 2012, V, 321 y sig.; ya anteriormente ID., *Per un nuovo codice di procedura civile*, *ibidem* 2009, 1 y sig.

XX sigue siendo todavía hoy por lo menos excepcional⁸. Y lo excepcional de esta situación parece estar conectado en absoluto con dificultades y obstrucciones casi explícitas puntualmente reservadas a la introducción de novedades en nuestro proceso civil.

Está claro que aquí me atrevo a una simplificación que solo mi edad me permite aventurar: estas dificultades y, en todo caso, la aplicación de estos impedimentos creo que se derivan fundamentalmente, sobre todo, de la propensión a la que he hecho referencia anteriormente. Un verdadero «estado de cosas culturales», el del neo-dogmatismo, que, aunque obviamente declinado de manera muy diferente de sujeto a sujeto y de caso a caso, conduce a una condición de escasa acogida para las transformaciones. En un intento torpe de explicarme, creo que, en cierta medida, se trata de una básica reserva mental, según la cual todo (o sea cualquier intención transformadora) debe enmarcarse o en cualquier caso mantener coherencia con respecto a principios absolutos y virtualmente *self-functioning* si no *self-evident*.

Quizás maliciosamente me atrevo a considerar que la atribución de un tal carácter absoluto resulte de veras muy útil. Es decir, en su mayoría sirva o tienda a ser utilizado habitualmente para oponer resistencias y objetar oportunidades de adaptación del modelo procesal a las verdaderas urgencias de la realidad actual. En otras palabras, una imposibilidad recurrente, pero no aleatoriamente dirigida a cualquier intento de modificar, sino sobre todo para afectar (negativamente, en mi opinión) a verdaderos puntos clave del proceso civil.

Por supuesto, cualquier indicación mía de estos núcleos problemáticos esenciales sólo puede ser muy previsible debido a mis limitados intereses y mi petulante insistencia en ellos. Evidentemente, temas como las modalidades de introducción del pleito, la configuración de sus actividades preparatorias y, principalmente en clave de dictámenes periciales, la utilización de los conocimientos expertos parece ser, repito en mi modesta opinión, ineludibles de un debate y centrales a cualquier verdadera reforma⁹. Sin embargo, y de cualquier manera que se quiera valorar esta circunstancia, es en torno a estos temas que significativamente tanto los debates como las reformas elaboradas o que se hayan intentado por el ordenamiento italiano resultan muy poco incisivos.

A esto también debería agregarse otra observación a mi aviso de importancia esencial, como que contextualiza apropiadamente en la realidad actual los problemas indicados arriba. De hecho, parece ausente en el debate italiano en torno a estos problemas lo que con referencia al proceso llamaría la «perspectiva de la complejidad», perspectiva especialmente derivada cuanto al proceso civil de la gran elaboración estadounidense sobre el tema de la *complex litigation* (o de los llamados *complex cases*)¹⁰. Me doy cuenta de que

⁸ Para más referencias, A. DONDI, *Una visión partidista de los acontecimientos de la Scuola Italiana del derecho procesal (civil) en la segunda mitad del siglo XX*, en *Justicia* 2018, 39 y sig.

⁹ Véase, entre otros, V. ANSANELLI, *El modelo italiano de la consulencia técnica d'ufficio. Falta de caracterización probatoria de los instrumentos de adquisición del conocimiento científico en el proceso civil*, en J. PICÓ I JUNOY (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona 2020, 241 y sig.

¹⁰ En este sentido véase, por ejemplo, A. DONDI, *Problemas recurrentes y organización metodológica*, en A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGGIO, *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada*, Madrid-Barcelona 2017, 25 y sig.; ID., *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, en A. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione*, cit., 3 y sig.

estoy siendo una vez más banal al conectar esta ausencia también a la propensión conceptualista que ya mencioné, pero es lo que creo que en realidad y precisamente en este sentido sucedió en Italia. Digo esto, aunque sea cierto que durante aproximadamente la última década la expresión complejidad se haya utilizado después de todo con bastante frecuencia en la literatura *processualcivilista* italiana.

A pesar de esta circunstancia, por así decirlo factual, claramente es el *cómo* de esta utilización que asume real importancia o, por el contrario, de veras manifiesta la poca importancia del asunto en la cultura jurídica (en nuestro caso procesal) italiana. De hecho, la forma en que se produce esta referencia parece estar inspirada en una taxonomía básica, una *art of distinguishing* del todo mínima solo útil para escanear y sobre todo catalogar enmarcando sumariamente. Esto para decir que finalmente también nos damos cuenta de diferencias macroscópicas a nivel de hipotéticas necesidades de gestión funcional de las controversias civiles. En breve lo que acontece es que se intenta lograr esto asumiendo, según una lógica binaria drástica, rutas específicas solo por las controversias menores o virtualmente más simples, así creando una yuxtaposición genérica y francamente un poco enyesada entre dos maxi-categorías, la de las *controversie semplici* y la de las *controversie complesse*¹¹.

Sin embargo, de una manera totalmente similar a lo que ya fue en el siglo pasado, los italianos no nos ocupamos de esta última categoría en lo que verdaderamente respecta a sus características técnicas y necesidades funcionales. Dicho de otra manera, en la cultura italiana no parece haber un verdadero problema de complejidad procesal¹². Esto en el sentido de asumirlo como un problema a gestionar efectivamente con respecto a las necesidades específicas de una categoría de controversias además muy vasta y variada en su interior. De otro lado, puede también ser que esta supuesta inexistencia sea pretendida y que en realidad sirva para ocultar otros problemas o evitar enfrentarlos.

Así parece ser en cuanto a la configuración, virtualmente de concebir como más estructurada e inevitablemente... compleja, de los pleitos dentro de esta clase de controversias. Esta cuestión, si bien ha dado lugar a un acalorado debate en la cultura estadounidense, por la cultura jurídica italiana se disolvió básicamente en una negativa drástica. Un rechazo a todos los efectos en el que parece posible captar un vínculo muy estrecho con la visión neodogmática que se dijo y que parece indicar una postura cultural e ideológica mucho más amplia y arraigada de que justificaría la referencia a los problemas de configuración del pleito. Por otro lado, no es una casualidad que esta negativa se extienda mucho más allá de las escrituras iniciales afectando en general a las actividades preparatorias de la controversia (o sea la denominada *trattazione*) como, en este contexto (y de otra parte ya lo hemos dicho), también a los dictámenes periciales.

Es, *broadly speaking*, una condición bastante encerrada la que crea la atmosfera que trato de describir aquí. Una especie de cierre interno aparentemente con un carácter principalmente metodológico, pero de verdad profundamente ideológico y básicamente cultural. Lo que, en este contexto, explica una limitación, pero también una fundamental

¹¹ Así, por ejemplo, A. DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 927 y sig.; ID., *Prime impressioni su una riforma forse non tentative*, en *Pol. dir.* 2021, 557 y sig.

¹² Véase, por ejemplo, P. BLAVATI, *Le recenti riforme e la complessità trascurata*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 435 y sig.

desconfianza de los cambios, que tiende a convertirse en una falta de voluntad general para reformar que, además, se refleja plenamente en la mayoría de las reacciones negativas al intento reformador actual expresado por y en la llamada *riforma Cartabia*.

Para concluir, hay en definitivas una referencia a los esquematismos conceptuales de la pasada modernidad, seguramente apreciable. Sin embargo, su uso parece tener principalmente una función tranquilizadora, más que como adquisiciones e ideas y puntos de partida para reconsideraciones y cambios reales. Esta es, lo he dicho espero en voz baja también en otra parte, una *maniera italiana* pero también una imagen de sí mismo del jurista italiano y por supuesto, en algunos aspectos, por excelencia del *processualcivista* como un técnico orgulloso e inalcanzable de la «*rarefazione del tecnicismo*» (la definición es de un grande *processualpenalista* como Giovanni Leone) que por supuesto solo él puede manejar.

Siempre en clave conclusiva, sin embargo, me tomaría la libertad de señalar que todo esto me parecería estar en conflicto con una circunstancia en la que me he atrevido a pensar ya durante algún tiempo. Se trata de la hipótesis, nada más que esto, de que el derecho en cuanto régimen de reglas también debe ser un régimen de modestia generalizada. Que es lo que – evidentemente con la grada excepción de los participantes en esta conferencia – sería mejor también para nosotros los *processualciviliti* introyectar.

Angelo Dondi ha insegnato diritto processuale civile nelle Università di Pavia, Messina, Urbino e Genova.

Vincenzo Ansanelli è Professore Ordinario in Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova.

Paolo Comoglio è Professore Associato in Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova.

Il lavoro intende raccogliere i saggi scritti da Angelo Dondi nel corso di un quarantennio circa e pubblicati in varie riviste italiane e straniere. La finalità, autoevidente, di tale raccolta consiste nella compattazione di un'indagine che ha toccato vari argomenti del dibattito processualcivilistico, sviluppando alcune specifiche linee di ricerca. Si è selezionata tale produzione configurandone una scansione tematica che consenta di cogliere queste linee e in qualche modo semplificarne la consultazione. Il filo conduttore è quello indicato nel titolo, della comparazione e delle riforme che hanno interessato il processo civile, italiano e non solo, fra la seconda metà del XX secolo e la presente attualità.

e-ISBN (pdf) 978-88-3618-258-9