

Le nuove tecnologie, come noto, stanno significativamente cambiando le strategie epistemiche dell'uomo. Sempre più frequente è il ricorso a filtri informatici per fronteggiare il sovraccarico informativo generato dalla diffusione delle conoscenze e dal fenomeno dei c.d. Big Data; del resto, algoritmi e intelligenza artificiale sono termini informatici ormai di uso sempre più comune. Questa monografia nasce dalla convinzione che gli attuali mutamenti tecnologici siano destinati a incidere sulle modalità di accertamento del fatto nel processo civile. Partendo dall'analisi del dibattito dottrinale sui poteri istruttori del giudice, lo studio tenta di prospettare alcune possibili riconfigurazioni di nozioni basilari del processo, quali il principio di disponibilità della prova, il divieto di scienza privata e la nozione di fatto notorio.

Paolo Comoglio è ricercatore in Diritto Processuale Civile presso l'Università di Genova. È autore di vari saggi e di opere monografiche. Con Giappichelli, ha pubblicato la monografia *Il giudice specializzato in materia di impresa. Problemi e prospettive* (2014). Unitamente ad Angelo Dondi e Vincenzo Ansanelli ha pubblicato *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata* (Milano, 2015).

€ 40,00



P. Comoglio – Nuove tecnologie e disponibilità della prova

**Paolo Comoglio**

# **Nuove tecnologie e disponibilità della prova**

**L'accertamento del fatto  
nella diffusione delle conoscenze**



**Giappichelli Editore**

Nuove tecnologie e disponibilità della prova  
L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze



Paolo Comoglio

# Nuove tecnologie e disponibilità della prova

L'accertamento del fatto  
nella diffusione delle conoscenze



G. Giappichelli Editore

G. Giappichelli Editore - Torino – 2018  
Via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111 - Fax 011-81.25.100

ISBN/EAN 978-88-921-1467-8

*Pubblicazione realizzata con il contributo del Fondo di Ricerca dell'Università degli Studi di Genova (FRA 2016 e 2017) e del Fondo di Finanziamento delle Attività Base di Ricerca (FFABR).*

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino



Opera distribuita con Licenza Creative Commons  
Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale.

«We thought that knowledge was scarce,  
when in fact it was just that our shelves were small»

David Weinberger

*Too Big to Know.  
Rethinking Knowledge  
Now That the Facts Aren't the Facts,  
Experts Are Everywhere,  
and the Smartest Person in the Room is the Room*



# INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	XI

## CAPITOLO 1

### ASCESA, RICONFIGURAZIONE E DECLINO DEI POTERI ISTRUTTORI

1.1. La sintesi della modernità: l'equilibrio «liberal» di Carnacini	1
1.2. Confronti in tema di fondamento del principio dispositivo	25
1.3. Vicende del principio dispositivo ed elaborazioni del «diritto alla prova»	34
1.4. Riforme processuali della seconda metà del Novecento e poteri istruttori del giudice	45
1.5. Autoritarismo, liberalismo e poteri istruttori nella «quotidianità» della fine del Novecento	55
1.6. Riletture e ripensamenti intorno al principio di disponibilità delle prove nella dottrina recente	78

## CAPITOLO 2

### NUOVE TECNOLOGIE E ACCESSIBILITÀ DELLE INFORMAZIONI – RIMODULAZIONE DEI POTERI ISTRUTTORI

2.1. Sopravvivenza «tecnica» della ripartizione delle iniziative probatorie	89
2.2. Problemi di esplicitazione della prospettiva teleologica	100
2.3. La verità come criterio dell'accertamento giudiziale dei fatti	116

	<i>pag.</i>
2.4. Utilità ed effettività dei poteri istruttori – La prospettiva dell’istruzione secondaria	123
2.5. Nuove tecnologie e poteri istruttori – Dalla disponibilità all’accessibilità delle prove	134

### CAPITOLO 3

#### INTERNET E NUOVI PARADIGMI CULTURALI – PROBLEMI E PROSPETTIVE IN TEMA DI NOTORIO

3.1. Notorietà e processo – Sintesi di una tradizione	155
3.2. Basi pregiudiziali del notorio nel pensiero di Calamandrei	165
3.3. Codificazione e consolidamento del notorio – Quiete prima della tempesta	173
3.4. Divergenze culturali e crisi del notorio: Chiovenda, <i>Wikipedia</i> e le incerte origini della Rivista di diritto processuale civile	191
3.5. Ipotesi e suggestioni evolutive nella prospettiva della <i>judicial notice</i>	215

### CAPITOLO 4

#### DIGITALIZZAZIONE DIFFUSA E SUOI RIFLESSI TECNICO-PROCESSUALI – IL FENOMENO DELL’E-DISCOVERY

4.1. Realtà economica post-industriale e cultura della documentazione	233
4.2. Nuove forme di documentazione nel <i>Discovery</i> statunitense	246
4.3. <i>Segue</i> : aspetti del dibattito su costi, efficienze e nuovo ruolo dell’avvocatura	254
4.4. Prova documentale, «documenti deboli» e riflessi nella disciplina processuale: <i>technology assisted review</i> e <i>predictive coding</i> nell’ <i>e-discovery</i> statunitense	264

### CAPITOLO 5

#### IL DISORDINE ORDINATO – IL PROCESSO E LE NUOVE STRATEGIE CONOSCITIVE

5.1. La scienza privata del giudice ai tempi di <i>Google</i>	283
---	-----

	<i>pag.</i>
5.2. Ricerca di nuovi confini – Incertezza e contestabilità del notorio	302
5.3. Accessibilità e notorietà della prova – Una proposta di reinterpretazione dell'art. 115 c.p.c.	319
5.4. Problemi di acquisizione probatoria – Algoritmi, contraddittorio e «allontanamento» dalla prova	328
5.5. Correlazioni vs. causalità: nuove strategie cognitive e decisione giudiziale	345



## PREMESSA

«Ora finalmente il discorso fu ripreso. L'esperto di sistemi in fibre ottiche si domandava come si sarebbe mai potuto impedire che i membri di una giuria svolgessero ricerche nella privacy di casa loro, o ingaggiassero un familiare incaricandolo di svolgerle per loro. Problema di soluzione relativamente semplice, a detta del professore di giurisprudenza. I giurati dovevano impegnarsi al controllo reciproco. Pena l'arresto, avrebbero avuto l'obbligo di denunciare chiunque introducesse argomenti non presentati in aula. Una condanna fino a due anni per chi commetteva il reato e sei mesi per omessa denuncia»<sup>1</sup>.

Questo è l'epilogo del discorso cui assiste Fiona Maye, giudice della sezione famiglia della *High Court* di Londra protagonista del romanzo *The Children Act* di Ian McEwan, durante il suo soggiorno presso la storica dimora di *Leadman Hall*, utilizzata per i pernottamenti nel corso delle trasferte alla sede distaccata di Newcastle. Arrivata in leggero ritardo all'aperitivo serale offerto ai pochi ospiti della villa, Fiona trova gli altri quattro commensali, un giudice penale, un funzionario statale addetto alla salvaguardia dei litorali e, appunto, l'esperto di sistemi in fibre ottiche e il professore di giurisprudenza, impegnati a discutere su un caso giudiziario che aveva da poco scosso l'opinione pubblica. Un processo per omicidio, infatti, era stato appena riaperto dopo l'annullamento del precedente dibattimento a seguito della scoperta che uno dei giurati aveva passato agli altri giurati alcuni dati appresi consultando Internet dal proprio cellulare<sup>2</sup>.

In realtà, la discussione sulla curiosità informatica del giurato costituisce un episodio marginale nella trama del romanzo; Fiona Maye, nel pieno di una crisi coniugale, si trova a dover fronteggiare un procedimento – che noi definiremmo di volontaria giurisdizione – carico di implicazioni morali e giuridiche; deve decidere, infatti, se autorizzare un trattamento medico obbligatorio su Adam Hen-

---

<sup>1</sup> MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, Torino, 2014, 142, trad. it. di *The Children Act*, London, 2014.

<sup>2</sup> Non sembra azzardato ipotizzare che qui McEwan si riferisca a un caso realmente accaduto e, precisamente, alla condanna di un giurato inglese per aver effettuato ricerche su Internet relative al caso su cui doveva decidere; sull'episodio, avvenuto nel 2012 e diffuso anche dalla stampa, si veda BOWCOTT, *Juror Jailed Over Online Research*, in *The Guardian*, 23 gennaio 2012, reperibile sul sito [www.theguardian.com/law/2012/jan/23/juror-contempt-court-online-research](http://www.theguardian.com/law/2012/jan/23/juror-contempt-court-online-research).

ry, minore gravemente malato di leucemia, nonostante il parere contrario suo e dei suoi genitori per ragioni di natura religiosa.

Tuttavia, la breve discussione raccontata nel romanzo di McEwan sintetizza in modo estremamente efficace il problema che costituisce il tema di fondo della presente ricerca; ossia il possibile influsso delle nuove tecnologie sul processo e, specificamente, sulla fase di accertamento dei fatti (intesa in senso ampio come fase di raccolta del materiale probatorio, di assunzione o di produzione dello stesso in sede processuale e di relativa valutazione).

Tale breve discussione, inoltre, consente di esplicitare le convinzioni che rappresentano i presupposti (gli assiomi, volendo usare la terminologia delle ricerche scientifiche) di questa indagine. Anzitutto, si ritiene che il problema dell'influsso delle nuove tecnologie non possa essere risolto semplicemente ignorandolo o facendo finta di nulla, come di fatto sembrerebbe suggerire la semplicistica (ma forse tratta dalla realtà giudiziaria inglese) soluzione del professore di giurisprudenza del romanzo di McEwan<sup>3</sup>. Ma soprattutto si è convinti che l'incidenza sul processo delle nuove tecnologie sia inevitabile. Il problema principale, quindi, non è tanto *se* le nuove tecnologie cambieranno l'accertamento giudiziale dei fatti, quanto piuttosto *come* lo cambieranno<sup>4</sup>.

Se vogliamo, un primo esempio degli effetti della curiosità informatica sul processo può essere rinvenuto nel *revirement* della Corte di Cassazione in tema di giudicato esterno. Come riconosciuto ancora recentemente, i giudici di legittimità affermano la rilevabilità officiosa di eventuali precedenti fra le stesse parti, in quanto la cognizione del giudice di legittimità «può avvenire anche mediante quell'attività di ricerca (relazioni, massime ufficiali e consultazione del Ced) che costituisce corredo del collegio giudicante nell'adempimento della funzione nomofilattica»<sup>5</sup>. E ciò in quanto, «la conoscenza dei propri precedenti

---

<sup>3</sup> Cfr. quanto già detto nella nota precedente. In effetti, il problema della *independent research* è particolarmente serio nei *jury trial*, tanto da essere oggetto di particolare attenzione da parte della stessa dottrina: cfr. HOFFMEISTER, *Google, Gadgets, and Guilt: Juror Misconduct in the Digital Age*, in 83 *U. Colo. L. Rev.*, 2012, 409, MYERS MORRISON, *Jury 2.0*, in 62 *Hastings L.J.*, 2011, 1579 e THORNBURG, *The Curious Appellate Judge: Ethical Limits on Independent Research*, in 28 *Rev. Litig.*, 2008, 131.

<sup>4</sup> Qui non è possibile prendere una specifica posizione nel dibattito fra determinismo tecnologico e determinismo sociologico. In estrema sintesi – e senza dubbio anche con una certa genericità – si può dire che i sostenitori del primo ritengono che la cultura e la società siano direttamente influenzati dall'evoluzione tecnologica dei mezzi di comunicazione, mentre i sostenitori del secondo ritengono che siano i nuovi bisogni della società a determinare i cambiamenti nelle tecnologie della comunicazione. Volendo comunque dare delle etichette o delle definizioni, l'assunto posto alla base della ricerca potrebbe essere definito come determinismo tecnologico moderato; in altri termini tale assunto si fonda sulla convinzione che le innovazioni tecnologiche costituiscano uno dei fattori di mutamento della società, anche se non l'unico; e ciò in quanto tali innovazioni si inseriscono in più generali trasformazioni sociali ed epistemiche già in atto nella società. In questo senso, oltre che per una sintetica analisi del dibattito in materia, LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, 11 ss.

<sup>5</sup> Cass. civ., sez. lav., 4 dicembre 2015, n. 24740, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Cosa giudicata civile*, n. 6.

da parte della corte di cassazione non si ritiene sia riconducibile alla scienza privata del giudicante, in quanto tale conoscenza si ricollega alla funzione istituzionale nomofilattica della cassazione (di cui all'art. 65 ordinamento giudiziario), per facilitare il cui assolvimento opera l'ufficio del massimario e sono predisposti presso la corte archivi elettronici»<sup>6</sup>.

Una precisazione è però doverosa; anzi, si tratta di una delimitazione dei confini della ricerca. L'espressione «nuove tecnologie», infatti, è generica (se non ambigua) e può essere facilmente fraintesa<sup>7</sup>. In questo lavoro si intende concentrare l'attenzione soprattutto sul diffuso e invero ormai dilagante uso di Internet, del *cloud computing*, nonché, in genere, delle nuove tecnologie informatiche per la conservazione e la gestione dei dati. Infatti, l'esponenziale facilità con cui conservare e accedere ai dati consentito da tali tecnologie (con il conseguente «sovraccarico informativo») sta progressivamente generando un «nuovo modo di conoscere»<sup>8</sup>. Ed è proprio al problema dell'influsso di tali nuove modalità conoscitive (o, meglio, di tali strategie epistemologiche) sul processo che si intende dedicare il presente studio.

Naturalmente qui non potranno essere affrontate le questioni più squisitamente epistemologiche connesse alle nuove tecnologie. Del pari si ritiene opportuno escludere dall'analisi il problema del rapporto fra epistemologia ed epistemologia giudiziaria<sup>9</sup>. È a tutti noto il fecondo – ma tuttora irrisolto – dibattito dottrinale sul rapporto fra i procedimenti conoscitivi di giudici, storici e scienziati. Ai fini di questo lavoro, tuttavia, sembra possibile ritenere pacifico che i mutamenti e le conquiste in campo scientifico ed epistemologico finiscano inevitabilmente per influenzare anche l'accertamento giudiziale dei fatti, in una sorta di «armoniosa confluenza in sede processuale degli apporti più fecondi

---

<sup>6</sup> Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2007, n. 26482, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Cosa giudicata civile*, n. 10, In senso critico, PANZAROLA, *Il notorio, la Judicial Notice e i «concetti» di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 610, il quale evidenzia l'impropria equiparazione dei precedenti agli elementi normativi (*escamotage* utilizzato dalla Corte di Cassazione proprio per non incorrere nella violazione del divieto di scienza privata), sottolineando, come nei fatti, la Corte di Cassazione abbia configurato un caso di notorio giudiziale.

<sup>7</sup> Sulla mancanza di una definizione generale di nuove tecnologie, cfr. SANTOSUOSSO, BOSCARATO, CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 494 ss.

<sup>8</sup> La citazione è tratta dalla prefazione (intitolata appunto «crisi della conoscenza») di WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, Torino, 2012, XV, trad. it. di *Too Big to Know. Retbinking Knowledge Now That the Facts Aren't the Facts, Experts Are Everywhere, and the Smartest Person in the Room is the Room*, New York, 2011. In tema, con specifico riferimento ai possibili effetti sul diritto, PAUL, BARON, *Information Inflation: Can The Legal System Adapt?*, in 13 *Rich. J.L. & Tech.*, 2007, 2 ss.

<sup>9</sup> Solo per citare uno dei possibili riferimenti relativi a un problema che ovviamente trascende la dimensione propriamente giuridica, cfr. HAACK, *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*, in ID., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, 2014, 1 ss.

della cultura contemporanea»<sup>10</sup>. Come la rivoluzione scientifica ha significativamente modificato le modalità dell'accertamento giudiziale del fatto, così pare destinata a fare anche l'attuale rivoluzione informatica (o «dell'informazione»)<sup>11</sup>.

È su queste basi che si tenterà, quindi, di valutare l'impatto delle nuove tecnologie sui principi tradizionalmente ritenuti alla base dell'accertamento giudiziale del fatto. Il punto di partenza sarà inevitabilmente il principio di disponibilità della prova, da oltre un secolo oggetto di un acceso dibattito dottrinale, non solo italiano. Il primo capitolo, infatti, sarà dedicato all'illustrazione delle tappe fondamentali di tale dibattito: ossia l'enucleazione del principio di disponibilità delle prove (e il suo coevo affrancamento dal principio della domanda), gli interrogativi sul suo fondamento e le discussioni sulla sua concreta configurazione normativa e sulla conseguente maggiore o minore ampiezza dei poteri di iniziativa istruttoria da parte del giudice.

Tuttavia, l'aspetto cui si cercherà di dedicare maggiore attenzione è il progressivo affievolimento del presupposto alla base di tale principio; presupposto costituito da quella che è stata efficacemente definita come «separatezza» del processo dal mondo reale. Infatti, come è stato icasticamente evidenziato, «il processo, come si sa, si colloca e si svolge – come un rito magico o religioso, o un dramma, ma soprattutto come un gioco, essendone carattere essenziale l'incertezza dell'esito – in una dimensione spaziale e temporale separata da quella della “vita reale”, ed è sottoposto a regole di comportamento e a gerarchie di valori diverse»<sup>12</sup>. Il tutto è chiaramente sintetizzato nel brocardo medievale *quod non est in actis, non est in mundo*. «Il processo, dunque, costituisce un mondo: vi troviamo quanto figura “agli atti”; il resto “non est in mundo”, anche se fosse avvenuto sotto gli occhi del giudice, nello spazio profano»<sup>13</sup>.

Il problema dell'acquisizione al processo degli elementi di convincimento presuppone inevitabilmente tale separatezza. È proprio la distinzione dal mondo reale che pone il problema di chi debba introdurre nel giudizio le prove. È proprio tale iato fisico, per converso, che la rivoluzione informatica sembra mettere in discussione. La progressiva digitalizzazione di quasi ogni aspetto della realtà sta progressivamente portando alla creazione di una realtà informatica pa-

---

<sup>10</sup> Cfr. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 12 (anche per gli opportuni riferimenti bibliografici), il quale non manca di sottolineare le specificità dell'approccio conoscitivo in sede giudiziaria. Sul tema, comunque, si rimanda anche a quanto si dirà nei capitoli due e quattro.

<sup>11</sup> La definizione è di FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, Torino, 2012, trad. it. di *Information. A Very Short Introduction*, Oxford, 2010.

<sup>12</sup> CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 862.

<sup>13</sup> CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985, 312.

rallela, una sorta di *alter-ego* in cui le medesime entità reali sono presenti sotto forma di informazione.

Non si tratta di una realtà diversa e alternativa (come quella prospettata in romanzi o film di fantascienza); al contrario si tratta di una sfera parallela e complementare alla realtà fisica, in cui ogni oggetto reale trova la propria corrispondenza. Per rendersene conto è sufficiente una semplice considerazione. Ormai nessuno si chiede più se qualcosa o qualcuno è su Internet; semmai ci si stupisce se qualcosa o qualcuno *non* è su Internet. In prospettiva, questa progressiva e diffusa informatizzazione della realtà potrebbe quasi ribaltare l'antico brocardo: *quod est in mundo, etiam est in actis*.

Senza arrivare a scenari così estremi, tale fenomeno può incidere comunque in modo significativo sull'accertamento giudiziale dei fatti. Si pensi a tutte le informazioni che già ora sono inserite in banche dati pubbliche; sarebbero sufficienti semplici accorgimenti informatici affinché i dati contenuti in esse siano acquisite automaticamente al fascicolo, a sua volta telematico, del processo. Ad esempio, si può immaginare che nelle cause in materia di separazione e divorzio vengano acquisite in modo automatico dagli uffici tributari (per il tramite del codice fiscale delle parti) le dichiarazioni dei redditi dei coniugi. Oppure ancora si potrebbe pensare all'acquisizione automatica dei bilanci e degli atti di una società pubblicati nel registro delle imprese in una specifica controversia societaria. In simili casi, parrebbe difficile parlare di poteri istruttori; di fatto mancherebbe proprio *tout court* l'iniziativa istruttoria, essendo le prove automaticamente acquisite al processo.

Ma gli effetti delle nuove tecnologie sembrano incidere sull'accertamento giudiziale del fatto anche in altri modi. Come già accennato, la facilità e la semplicità con cui è possibile archiviare e consultare i dati sta indirettamente provocando un radicale mutamento nelle forme e nelle tecniche della conoscenza umana.

Sino alla recente rivoluzione informatica la conservazione delle informazioni era faticosa e costosa (si pensi solo alle difficoltà per scrivere e stampare un libro); e da ciò ovviamente nasceva l'esigenza di scegliere e selezionare cosa conservare. Tale esigenza veniva risolta mediante il ricorso a quello che potremmo definire principio di autorità; ossia la scelta veniva delegata alle persone ritenute più competenti nei singoli settori. Si pensi, ad esempio, alle enciclopedie tradizionali o alle riviste scientifiche, in cui la rilevanza e l'attendibilità dei contributi pubblicati sono garantite dalla selezione preventiva di un comitato scientifico o redazionale.

Analogamente avveniva anche per la consultazione delle conoscenze che si era deciso di conservare. Tali conoscenze venivano specificamente catalogate secondo criteri razionali predeterminati; si pensi, banalmente, al catalogo di una biblioteca, strutturato secondo criteri di suddivisione (per materia, per autore, per anno ...) stabiliti prima della catalogazione dei singoli libri.

La attuali tecniche informatiche di conservazione delle informazioni stanno radicalmente modificando tale approccio. È del tutto intuitiva la differenza fra

una ricerca nello schedario di una biblioteca e una ricerca “per parole chiave” in un motore di ricerca su Internet. Tale nuovo approccio pone un delicato problema. Prima la scelta di cosa conservare in sé implicitamente “rilevava” e catalogava come ... rilevante quanto conservato. Ora invece vi sono moltissimi dati, ma poche informazioni sicuramente attendibili. Il problema attuale, quindi, è quello di filtrare, all'interno della mole di dati disponibili, quelli realmente utili; in definitiva le vere e proprie informazioni. Come acutamente si è rilevato, «saving is the default option. The problem becomes what to erase»<sup>14</sup>.

Simili mutamenti possono incidere anche sul processo. Si pensi, ad esempio, alla nozione di fatto notorio. Tale nozione è da sempre imperniata sul concetto di cultura media; un concetto che a sua volta presuppone l'esistenza di un principio di autorità attraverso cui selezionare le informazioni degne di essere conservate; secondo la definizione tradizionale fornita da Calamandrei i fatti notori sono il «resultato di una esperienza e di una critica collettiva» e quindi sono utilizzabili proprio «perché il controllo e la critica sono già stati compiuti fuori del processo»<sup>15</sup>.

Oggi da un lato la facilità di conservazione e di consultazione dei dati pare estendere all'infinito il concetto di cultura media (si pensi al controllo diffuso su cui si fonda *Wikipedia*), dall'altro però proprio la mole sempre più crescente dei dati appare difficilmente compatibile con un'attività di controllo e di critica in grado di garantire l'univocità delle informazioni appartenenti alla cultura media (si pensi, ad esempio, alla diffusione delle teorie complottiste legate agli attentati dell'11 settembre 2001). A tali problemi sarà specificamente dedicato il secondo capitolo.

Ma non solo. Il problema del sovraccarico informativo rischia di ripercuotersi sull'intero meccanismo processuale, soprattutto qualora, almeno in prospettiva futura, anche in ambito processuale venga mutuato il meccanismo di filtro “in uscita”, ossia “come selezione”, tipico delle nuove tecnologie.

Proprio in quest'ottica, si prenderà in esame il caso dell'*e-discovery* nel processo federale statunitense; fenomeno che costituisce un vero e proprio “caso scuola”. Pur con un po' di approssimazione, si può ritenere che il meccanismo del *discovery* funzioni in modo analogo agli attuali strumenti informatici; si acquisiscono in automatico tutti i documenti e i dati potenzialmente utili per la controversia e da essi si ricavano (si filtrano verrebbe da dire) le informazioni direttamente rilevanti per la decisione. Non casualmente tale meccanismo è entrato in grave difficoltà in conseguenza del sovraccarico informativo generato dalle nuove tecnologie informatiche di conservazione dei dati. A tale problema si dedicherà il terzo capitolo.

Le nuove tecnologie informatiche incidono anche sotto un ulteriore aspetto.

---

<sup>14</sup> FLORIDI, *The 4<sup>th</sup> revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, 21.

<sup>15</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 294 e 295.

A prescindere dal modello processuale utilizzato (isonomico o asimmetrico che sia), «l'acquisizione della conoscenza nel giudizio – sia nella “questione di diritto” sia nella “questione di fatto” – presuppone la categoria dell'*ordine*, cioè di uno dei termini più complessi del lessico filosofico della tradizione occidentale»; e ciò in quanto «l'ordine permette di selezionare – tra le numerose informazioni – quelle che sono rilevanti, e che pertanto costituiscono prova»<sup>16</sup>.

E non casualmente il principio di rilevanza, cruciale nell'accertamento giudiziale del fatto, si basa sulla modalità tradizionali di conoscenza, consentendo l'ammissione solo delle prove preventivamente ritenute rilevanti per la decisione. Infatti, l'attività di assunzione e di valutazione delle prove è un'attività che richiede tempo e soldi; e per questo deve essere ottimizzata in modo tale da sfruttare al meglio le risorse disponibili. Come autorevolmente si è affermato, «bisogna evitare l'acquisizione al giudizio di prove che, quand'anche venissero ammesse e venissero assunte con esito positivo, non fornirebbero comunque alcun elemento di conoscenza utile per la decisione sui fatti»<sup>17</sup>.

Si tratta di una strategia epistemologica tradizionale: prima si seleziona e si cataloga, poi si acquisisce e si conserva. Come detto, la strategia epistemologica imposta dalle nuove tecnologie è esattamente opposta: prima si acquisiscono i dati, poi li si filtra a seconda di quello che si cerca. Benché apparentemente disordinata, tale strategia propone un ordine differente<sup>18</sup>.

Ciò pone un ulteriore interrogativo; selezionare ingenti quantità di dati impone inevitabilmente il ricorso a strumenti di ricerca informatici, mediante l'applicazione di algoritmi predeterminati. In questo caso è il principio del contraddittorio a rischiare di essere messo in crisi, visto che la selezione dei dati è effettuata automaticamente e senza alcun controllo ad opera delle parti. È vero che l'algoritmo posto a base della selezione può essere discusso dalle parti; è altrettanto vero, però, che le parti medesime non possono verificare e controllare direttamente lo stesso procedimento di selezione stesso<sup>19</sup>.

Un'ultima considerazione, la quale, più che altro, costituisce un avvertimento. Con questo studio non si intende cercare soluzioni certe e definitive, del tutto impensabili in considerazione della continua e costante evoluzione delle tecnologie informatiche. Invece, si intende più realisticamente offrire spunti di ri-

<sup>16</sup> GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 599.

<sup>17</sup> TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012.

<sup>18</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, Milano, 2010, trad. it. di *Everything Is Miscellaneous: The Power of the New Digital Disorder*, New York, 2007.

<sup>19</sup> In generale, sul problema dell'utilizzazione degli algoritmi e sull'emersione degli algoritmi, ossia tecnici specificamente preparati nell'analisi nella gestione di algoritmi, si leggano MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, 243 ss., trad. it. di *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, London, 2013.

flessioni e porre interrogativi. E, d'altronde, forse è proprio questo il compito principale nel presente ipertecnologico. Come icasticamente fu già segnalato da Pablo Picasso, «los ordenadores son inútiles. Solo pueden darnos respuestas». All'uomo infatti spettano le domande.

# CAPITOLO 1

## ASCESA, RICONFIGURAZIONE E DECLINO DEI POTERI ISTRUTTORI

SOMMARIO: 1.1. La sintesi della modernità: l'equilibrio «liberal» di Carnacini. – 1.2. Confronti in tema di fondamento del principio dispositivo. – 1.3. Vicende del principio dispositivo ed elaborazioni del «diritto alla prova». – 1.4. Riforme processuali della seconda metà del Novecento e poteri istruttori del giudice. – 1.5. Autoritarismo, liberalismo e poteri istruttori nella «quotidianità» della fine del Novecento. – 1.6. Riletture e ripensamenti intorno al principio di disponibilità delle prove nella dottrina recente.

### 1.1. *La sintesi della modernità: l'equilibrio «liberal» di Carnacini*

Si può certamente affermare che l'ambivalenza fra tecnica e ideologie (intese genericamente come fattori «non tecnici») rappresenta il minimo comun denominatore dell'evoluzione del problema che qui affronteremo, ossia quello della ripartizione delle iniziative probatorie nel processo. Tale constatazione rappresenta, per così dire, il punto di partenza dell'analisi di tale evoluzione e allo stesso tempo la chiave di lettura del relativo dibattito. In effetti, oggi sembra possibile dare per acquisita la piena consapevolezza della dimensione teoretica e filosofica del diritto processuale; anzi, «la scienza processuale pare la più filosofica tra le discipline giuridiche»<sup>1</sup>. Anche su questa base si può concordare con la categorica affermazione con cui è stata inaugurata – e anche fondata – la Rivista di diritto processuale civile: «la concezione angusta e meccanica della procedura civile è definitivamente superata dal diritto processuale civile»<sup>2</sup>.

Tale considerazione, tuttavia, non è parsa sempre così ovvia. Essa comunque non appare completa. La disciplina del processo, infatti, è anche «procedura»,

---

<sup>1</sup> GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 653.

<sup>2</sup> CHIOVENDA, CARNELUTTI, *Ai lettori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 3.

ossia «proverbialmente la più tecnica e arida delle discipline giuridiche»<sup>3</sup>. Anzi, il processo civile è «il diritto tecnico, nella sua manifestazione più marcata, cioè un diritto dominato da fattori e convenienze cangianti e privo di valori eterni»<sup>4</sup>.

Non si tratta di una mera contrapposizione di definizioni o di punti di vista. E neppure si tratta, come ironicamente si è affermato a metà del secolo scorso, di una questione di «sesso» o, secondo la terminologia più politicamente corretta dei nostri giorni, di una questione di «genere»<sup>5</sup>.

Al contrario, ciò denota l'intrinseca ambivalenza di ogni disciplina processuale; ossia la costante e ineliminabile commistione fra teoria e tecnica alla base di ogni regolamentazione processuale. Si è giustamente rilevato che «il processo non è pura tecnica e la sua conoscenza non si esaurisce nella cultura tecnica. La tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l'ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire»<sup>6</sup>.

Più in generale, sembra possibile considerare acquisita l'intrinseca connessione del processo (e della sua disciplina) con il contesto sociale, economico e culturale di riferimento, ideologico appunto<sup>7</sup>. In qualche misura, la connessione è biunivoca, visto che la disciplina del processo influenza a sua volta la cultura e la società<sup>8</sup>; e ciò anche in considerazione del fatto che i processualisti (e, in genere, gli studiosi di diritto) sono «ricchi di conoscenze particolari e desiderosi di sistemarle e intenderne le relazioni e i limiti»<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 11 (in questo caso il riferimento è alla pagina dell'ebook).

<sup>4</sup> Definizione rinvenibile in STEIN-JUNCKER, *Principi di diritto processuale civile e di diritto fallimentare, Introduzione (Premessa alla prima edizione)*, XVI, Monaco, 1921, citata da BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 623.

<sup>5</sup> SATTÀ, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 29 e ID., *La dottrina del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 704. In argomento, cfr. anche PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1 ss.

<sup>6</sup> TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 71.

<sup>7</sup> TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 71. Molti hanno scritto sul rapporto del processo con il contesto storico e culturale di riferimento. Certamente essenziale è il riferimento a CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 3, spec. 5 ss. e ID., *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, sempre in *Processo e ideologie*, cit., 165. In argomento, con specifico riferimento agli influssi sulle riforme processuali, si rimanda a ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile. 1815-1942*, Torino, 2017, 19 e CARPI, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 106. Si vedano anche le risalenti riflessioni di L. ROSSI, voce *Procedimento civile (forme del)*, in *Dig. it.*, vol. XIX-2, Torino 1908-1913, 347 ss.

<sup>8</sup> CHASE, *Law, Culture, and Ritual*, New York, 2005 (da cui sono tratte le citazioni), pubblicato anche in Italia con il titolo, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Bari, 2009, 125.

<sup>9</sup> La citazione è di CROCE, *Recensione a Calamandrei, "Il giudice e lo storico" e "La relatività del concetto di azione"*, in *La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia*, 1939, 38.

Si tratta, come detto, di una constatazione ormai ovvia, ma che allo stesso tempo risulta forse anche troppo generica. I fattori culturali o ideologici che influenzano la disciplina processuale sono alquanto eterogenei fra loro. Ad esempio Cappelletti parla di «ideologie» nel senso di «ragioni e condizionamenti sociali e culturali che in un determinato contesto storico stanno e operano nella norma e nell'istituto, nella legge e nell'ordinamento, come pure nell'interpretazione e in genere nell'attività dei giudici e dei giuristi»<sup>10</sup>. Tale definizione, tuttavia, più che specificare in positivo il concetto di ideologia, sembra rappresentare una formula riassuntiva, tale da includere in un unico concetto, per così dire in negativo, tutti i fattori extra giuridici – o sarebbe meglio dire «non tecnici» – che influiscono sulla disciplina del processo.

Ma non solo. Appare indubbiamente condivisibile l'affermazione secondo cui il mascherare scelte ideologiche dietro opzioni tecniche «non sembra tanto una prerogativa dei giuristi di ieri rispetto a quelli di oggi, quanto un fenomeno ricorrente, originato dal sempre rinnovato tentativo di prospettare come “obiettivamente migliori” o “più razionali”, così accreditandone la forza persuasiva, soluzioni in realtà fondate su trasparenti giudizi di valore». Ed è altrettanto vero che spesso argomentazioni di matrice ideologica sono ricorrenti nella storia del processo e della sua elaborazione dottrinale<sup>11</sup>.

Tuttavia, a seconda dei periodi, variano il modo e soprattutto l'intensità con cui le ideologie – meglio, come detto, i fattori non tecnici – incidono sulla disciplina processuale. Si può certamente concordare, ad esempio, sul fatto che oggi (ma lo stesso non può dirsi con riferimento ad altri periodi storici o ad altri contesti) il termine ideologia possa essere inteso in un'accezione avulsa da componenti ideologico-politiche, probabilmente non più attuali nella società contemporanea<sup>12</sup>. Del resto, parafrasando un'icastica definizione del valore attuale dei miti e dei riti, in generale oggi le ideologie sembrano essere «a bassa intensità»<sup>13</sup>.

Come già detto all'inizio, l'ambivalenza fra tecnica e ideologie costituisce il punto di partenza e la chiave di lettura del dibattito del problema delle iniziative istruttorie nel processo. Del resto, se il diritto processuale è la più filosofica delle discipline giuridiche, allora senza dubbio il diritto probatorio rappresenta il

---

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, *Premessa*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, IX.

<sup>11</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, in *Il giudice e la prova*, 1991, 48 (ove anche la citazione nel testo), il quale individua tre “topoi” classici frequentemente utilizzati nell'ambito di tale dibattito.

<sup>12</sup> L.P. COMOGGIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 521.

<sup>13</sup> La definizione, riferita ai miti, in conseguenza della ridondante iterazione delle formule (e non più delle storie in senso proprio) dovuta alle nuove tecnologie di comunicazione (e alla televisione in particolare), si deve a ORTOLEVA, *Il secolo dei media. Riti, abitudini, mitologie*, Milano, 2008, 81 ss.

più filosofico dei problemi processuali<sup>14</sup>. Non a caso, già «i dottori medioevali ebbero ferma la convinzione che i temi fondamentali del processualista sono filosofici in senso lato: verità, errore, giudizio»<sup>15</sup>. Anzi, si potrebbe quasi sostenere che il problema stesso del processo si sostanzia in quello delle prove. Per citare una nota e icastica affermazione di Bentham, «la procedura non è, nella sua essenzialità, che l'arte di amministrare le prove»<sup>16</sup>.

Allo stesso tempo, però, il diritto delle prove si configura come essenzialmente tecnico e, proprio per questo, specifico e autonomo rispetto ad altri settori del sapere e della conoscenza. Come si è autorevolmente osservato per gli ordinamenti di *common law* – ma si tratta di considerazioni estensibili a qualsiasi modello processuale – «il metodo previsto dalla legge per la conduzione dell'accertamento dei fatti si allontana in larga misura dal metodo di investigazione utilizzato nella comune pratica sociale»<sup>17</sup>. E ciò sia perché sono poste specifiche limitazioni al materiale probatorio utilizzabile sia perché le forme del procedimento influenzano l'accertamento stesso<sup>18</sup>.

La scelta del tema, però, va delimitata e giustificata. Il problema delle iniziative istruttorie nel processo civile è del resto da sempre ricorrente nel dibattito accademico, anche se forse meno «di moda» rispetto a qualche anno fa<sup>19</sup>.

Certamente non lo è più per il legislatore. In realtà, fino alla fine del secolo scorso il legislatore era particolarmente attento a questo tema e manifestava senza incertezze (soprattutto negli anni Settanta e Ottanta) anche la propria preferenza verso un allargamento e un rafforzamento dei poteri istruttori del giudice<sup>20</sup>. A tale atteggiamento «militante» fa da contraltare oggi una sostanziale in-

<sup>14</sup>TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 80, secondo cui «il tema delle prove è forse quello che presenta più profonde e più numerose implicazioni culturali».

<sup>15</sup>GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, cit., 652.

<sup>16</sup>Citata da COPPOLA, voce *Prova (materia civile)*, in *Dig. it.*, vol. XIX, II, Torino, 1913, 873.

<sup>17</sup>DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, 23, trad. it. di *Evidence Law Adrift*, New York, 1997. Anzi, soprattutto con riferimento agli ordinamenti di *common law*, l'estensione, il numero e il carattere generale delle c.d. regole di esclusione «hanno contribuito a provocare spesso l'identificazione con il sistema probatorio nel suo complesso» (DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civil angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 101).

<sup>18</sup>CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss.

<sup>19</sup>CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 12, il quale rileva appunto che «il tema dei poteri istruttori del giudice, e della opportunità di un loro incremento, è stato fino a qualche decennio fa di gran moda tra i processualisti e gli studiosi di diritto comparato».

<sup>20</sup>Allora si era giustamente rilevato che «il legislatore processuale dei nostri giorni non nutre alcuna simpatia per quella regola della “disponibilità delle prove” che ancora vive tra le disposizioni generali del codice di procedura civile» (CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 3).

differenza al tema, mai seriamente preso in esame nelle pur innumerevoli riforme succedutesi negli ultimi quindici anni<sup>21</sup>.

Ma non è, ovviamente, solo una questione di preferenze o di mode. In effetti, i problemi del diritto probatorio sono molti e tutti con significative implicazioni culturali e ideologiche. È quasi banale ricordare il problema della definizione della prova e della sua funzione, oscillante fra persuasione e dimostrazione<sup>22</sup>. Oppure il problema (già brevemente accennato) della specialità della prova processuale rispetto ad altri settori scientifici, tradizionalmente estrinsecatosi nella dibattuta equiparazione del giudice allo storico<sup>23</sup>. Non meno importante è il problema della disciplina legale dei mezzi di prova, della loro tipicità e dell'ammissibilità di regole di esclusione<sup>24</sup>.

Analogamente deve dirsi per il problema dell'estensione dell'accertamento

---

<sup>21</sup> In effetti, l'ultima riforma connotata da un'accentuazione dei poteri istruttori del giudice civile risale alla abolizione delle preture e alla creazione del Giudice unico di primo grado (cfr. art. 68, d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, Istituzione del giudice unico di primo grado). In tale occasione, infatti, è stato introdotto l'art. 281-ter c.p.c., la quale, pur non attribuendo nuovi poteri istruttori (l'articolo in questione sostanzialmente riprende quanto previsto dal precedente art. 317 c.p.c. per i procedimenti davanti al pretore), ne ha quantomeno esteso la portata applicativa; come ormai ampiamente noto, infatti, salvo i (pochi e residuali) casi di riserva di collegialità di cui all'art. 50-bis c.p.c., tutte le controversie civili che non siano di competenza del giudice di pace vengono decise dal tribunale in composizione monocratica. Su tale riforma si tornerà più avanti nel testo; con particolare riferimento proprio ai poteri istruttori del giudice, si rimanda comunque a TARZIA, *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 633 (secondo il quale, invece, la norma avrebbe «una potenziale e ben maggiore carica eversiva degli oneri, di articolazione dei fatti e indicazione specifica dei testi, imposti a chi deduce la prova testimoniale dall'art. 244 c.p.c.»), GRASSO, *L'istituzione del giudice unico di primo grado. Prime osservazioni sulle disposizioni relative al processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 650, CARRATTA, *Poteri istruttori del tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. it.*, 2000, 660 AULETTA, *Le "specialità" del processo civile davanti al giudice monocratico*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 150 (secondo il quale, appunto, la norma ha funzione meramente integrativa).

<sup>22</sup> Senza pretese di completezza, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 8, CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 73, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, 7, TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 553 ss.

<sup>23</sup> I principali contributi sul tema nella dottrina processualciviltistica italiana si devono a CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 105, TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 438, CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 819, G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1129.

<sup>24</sup> GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, 159 ss., spec. 189 ss., CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss., DAMAŠKA, *Free Proof and its Detractors*, in 43 *Am. J. Comp. L.*, 1995, 343 e FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Milano, 2012 (da cui sono tratte le citazioni), trad. it. di *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, 21 ss.

giudiziale dei fatti (ossia dei limiti entro cui può o deve spingersi la ricerca del giudice); problema a sua volta strettamente connesso a quello dei criteri di valutazione delle prove (ossia dei criteri in base ai quali il giudice può ritenere un fatto provato)<sup>25</sup>.

Ultimo, non certo per importanza, ma solamente per il fatto di non aver «assunto autonomo rilievo» fra i temi classici del diritto probatorio nella dottrina italiana, è il problema dell'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice<sup>26</sup>.

Perché, quindi, affrontare il tema delle iniziative istruttorie? Sono essenzialmente tre le ragioni che hanno indotto questa scelta. La prima è rappresentata dalla constatazione che tale problema è centrale in qualsiasi processo, essendosi posto «da quanto esiste il processo»; o quantomeno da quando le prove «razionali» hanno preso il sopravvenuto su quelle «irrazionali»<sup>27</sup>.

La seconda consiste nel fatto che tale tema, pur essendo ovviamente collegato agli altri problemi di diritto probatorio sopra menzionati, non ne è stretta-

---

<sup>25</sup> Qualsiasi processo decisionale, del resto, richiede una *stopping rule*, ossia, una regola di blocco del procedimento medesimo, un criterio ovviamente variabile, e possibilmente influenzato da molti fattori, fra i quali soprattutto il tempo e il carico di lavoro. Secondo un approccio radicato nella cultura giuridica, e sostenuto da autorevole dottrina, il processo decisionale dovrebbe procedere sino a che il giudice non disponga di tutti gli elementi utili per la decisione. Cfr., in questo senso, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 140 (secondo il quale «la razionalità di un convincimento deve fondarsi – appunto – su tutti i dati conoscitivi esistenti», e sull'analogo principio di *comprehensiveness* o di *completeness*, in base al quale «le prove che fondano un'affermazione debbono essere complete»). Sul *total evidence principle*, si vedano GOLDMAN, *Knowledge in a Social World*, Oxford, 1999, 204, GOOD, *On the principle of total evidence*, in *British J. for the Philosophy of Science*, 1967; sul principio di *comprehensiveness* (o di *completeness*), si legga HAACK, *Epistemology Legalized: Or Truth, Justice, and the American Way*, in 49 *Am. J. Jur.*, 2004, 56. In una prospettiva differenziata, a seconda dell'approccio prescelto alla strategia decisionale, cfr. VERMEULE, *Three Strategies of Interpretation*, in 42 *San Diego L. Rev.*, 2005, 610. In argomento, sia consentito il rinvio anche a P. COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia di impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, 65 ss.

<sup>26</sup> DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 3, il quale parla giustamente di «marginalizzazione» del tema e di «confusione con altri problemi del processo civile». Sempre secondo le parole dell'Autore, «l'impressione è anzi che, nonostante il suo rilievo, esso si caratterizzi specialmente per la sua mancata autonomia rispetto ad alcune di tali problematiche». E si tratta di un'impressione certamente estensibile anche al dibattito attuale, considerando che gli ultimi studi in tema di effettività processuale si concentrano esclusivamente sull'efficacia del provvedimento conclusivo del processo o, in generale, sul processo nel suo insieme, senza alcuna particolare attenzione ai provvedimenti istruttori. Si veda, al riguardo, PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 825, il quale si concentra sull'effettività dell'azione e dell'esecuzione della sentenza, senza affrontare, secondo una tradizione consolidata, il problema dell'effettività dei provvedimenti istruttori. Il tema è accennato, ma non compiutamente approfondito, in alcuni studi dedicati al c.d. diritto alla prova; cfr. L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 32, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 90.

<sup>27</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 9; FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 108.

mente dipendente. Senza dubbio potrebbe sembrare anomalo, ad esempio, parlare di funzione dimostrativa delle prove e contemporaneamente imporre limiti legali al giudice nella valutazione delle stesse; così come potrebbe sembrare anomalo attribuire al giudice poteri istruttori ufficiosi e contemporaneamente escludere l'ammissibilità di prove atipiche. Tuttavia, si tratterebbe di mera incoerenza, non di incompatibilità logica o giuridica<sup>28</sup>. In realtà, come si cercherà di segnalare meglio in seguito, tutti questi problemi dipendono dalla soluzione di un unico problema comune, ossia la concreta individuazione dello scopo dell'accertamento del fatto all'interno del processo.

La terza, e forse più importante, ragione consiste nella convinzione che le nuove tecnologie possano incidere in modo estremamente significativo, nel momento presente o comunque in un futuro ormai molto prossimo, sul tema appunto delle iniziative istruttorie<sup>29</sup>. E ciò soprattutto in considerazione del fatto che tali tecnologie stanno erodendo la «separatezza» dal mondo reale che per secoli ha connotato, e connota ancora, il processo e, più in particolare, l'accertamento giudiziale dei fatti<sup>30</sup>.

Spiegare le ragioni della ricerca, paiono necessarie alcune ulteriori precisazioni, o meglio delimitazioni, del tema. Parlare di iniziative probatorie, infatti, sembra troppo generico. Tale definizione, presa in sé, include (o può includere) anche il tema delle modalità processuali con cui le prove vengono richieste e assunte nel processo. Qui, invece, ci si intende concentrare esclusivamente sul problema di chi (parti o giudice) debba o possa avere l'iniziativa di produrre o dedurre prove nel processo. Detto in altri termini, si cercherà di ricostruire le più recenti evoluzioni sul fondamento del c.d. principio di disponibilità della prova (volendo mutuare la rubrica dell'art. 115 c.p.c.). Ma qui già si entra nel merito dell'analisi, visto che gli aspetti terminologici e la corretta interpretazione del significato e dell'estensione di quest'ultima norma costituiscono argomenti centrali del dibattito dottrinale<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 761.

<sup>29</sup> Come si è già specificato nell'introduzione, alla base di questa ricerca vi è la convinzione (definibile, volendo dare delle etichette, come determinismo tecnologico moderato) secondo la quale le innovazioni tecnologiche costituiscono uno dei fattori di mutamento della società, ma non l'unico; e ciò in quanto tali innovazioni si inseriscono in più generali trasformazioni sociali ed epistemiche già in atto. Cfr. LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, 11 ss.

<sup>30</sup> CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 862.

<sup>31</sup> Come si vedrà meglio nel prosieguo dell'analisi, infatti, la terminologia è molto varia. Per citare solo alcune espressioni utilizzate dalla dottrina, si è parlato di principio dispositivo, di principio dispositivo in senso improprio, di principio di disponibilità delle prove, adoperate in coerenza a ben precise premesse sistematiche e dogmatiche. Il riferimento al principio di disponibilità della prova, di cui nel testo, quindi, proprio in quanto mutuato dall'art. 115 c.p.c., vuole essere semplicemente un riferimento neutro al problema, lasciando al prosieguo dell'analisi gli ulteriori appro-

Sempre a livello terminologico è necessario un ulteriore chiarimento, frutto questa volta non di una scelta neutrale, ma di una necessaria presa di posizione. Spesso, parlando delle iniziative probatorie, specialmente con riferimento a quelle del giudice, si tende a utilizzare riassuntivamente l'espressione «poteri istruttori». Si tratta, tuttavia, di un'espressione ambivalente, un po' ambigua e comunque caratterizzata da una «notevole indeterminatezza»<sup>32</sup>.

Spesso, infatti, tale espressione viene intesa come riferita anche ai poteri che spettano al giudice nella direzione del processo. Non è questo, però, l'aspetto principale su cui si vuole concentrare l'attenzione. Qui, infatti, si intende limitare l'analisi esclusivamente ai poteri che il giudice ha (potrebbe o dovrebbe avere) di disporre d'ufficio di mezzi di prova. Per semplicità, anche se con un po' di approssimazione, la nozione di poteri istruttori utilizzata in questo lavoro non include i poteri che costituiscono lo strumentario apprestato al giudice per svolgere quella che viene comunemente definita «direzione formale» del processo. Anche in questo caso, però, si tratta comunque di un'approssimazione: la nozione di poteri istruttori presa qui come riferimento, infatti, è senza dubbio più ristretta rispetto alla nozione di «direzione materiale» del processo, inclusiva anche dei poteri di chiarificazione delle allegazioni delle parti e dei poteri coercitivi di cui il giudice può servirsi per rendere effettivi i propri provvedimenti.

Infine, è doverosa una precisazione – anzi, una giustificazione – sulla scelta dell'estensione cronologica dell'analisi. Si è detto che, per così dire, il problema delle iniziative probatorie è nato con il processo. Il tema, quindi, non è certo nuovo; conseguentemente, anche il dibattito dottrinale relativo è risalente e molto esteso. Pur senza voler risalire troppo in là nel tempo è quantomeno a partire dalla fine del Settecento che si può parlare di una vera e propria «storia dogmatica» di tale problema<sup>33</sup>.

Certo, l'evoluzione di questa storia dogmatica, soprattutto per quanto riguarda le origini nella dottrina tedesca delle c.d. *Maximen* e la sua diffusione in Italia, è stata già ampiamente e autorevolmente analizzata<sup>34</sup>. Appare pertanto

---

fondamenti. Sulle ambiguità della terminologia utilizzata cfr., ad esempio, CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 40 e FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 233 ss. Del resto, come autorevolmente sottolineato, l'espressione principio di disponibilità delle prove è quella che «meno di ogni altra sembra prestare il fianco ad equivoci» (MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXV ed., Milano, 2016, 122, nota 60). In argomento, cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2017, 299 ss.

<sup>32</sup> CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 13.

<sup>33</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 5.

<sup>34</sup> Il riferimento è, ovviamente, agli approfonditi studi di CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 3 ss.

del tutto superflua e inutile ogni ulteriore riflessione al riguardo; e ciò anche in considerazione del fatto che la stessa dottrina tedesca considera il problema delle *Maximen* ormai sostanzialmente superato<sup>35</sup>.

Sembra, invece, preferibile concentrare l'attenzione sul dibattito in materia che, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, si è sviluppato nella dottrina processualistica italiana; dibattito di cui, oltre tutto, è facile individuare il punto di partenza. Pur nella diversità di opinioni, infatti, la dottrina individua l'origine di tale dibattito – forse sarebbe meglio dire il suo punto di svolta – nella pubblicazione del famosissimo saggio di Carnacini su «Tutela giurisdizionale e tecnica del processo» e nella relativa idea secondo cui la configurazione della fase istruttoria del processo risponde esclusivamente a ragioni di «tecnica processuale»<sup>36</sup>.

Non a caso, l'articolo – più correttamente «l'ampio studio di teoria generale»<sup>37</sup> – di Carnacini viene quasi sempre descritto come «classico» che ha «ridestato l'interesse degli studiosi sul tema»<sup>38</sup>, «scritto, denso di cultura e di pensiero»<sup>39</sup>, «limpida trattazione di teoria generale»<sup>40</sup> o, in termini ancora più elogiativi, «finissima indagine, storico-comparativo-dogmatica»<sup>41</sup> e «memorabile saggio»<sup>42</sup>. Anche le critiche, assai rare per la verità, non hanno mai dimostrato indifferenza. Alcune anche pesanti (e, lo si vedrà, ingiustificate); il riferimento è alle «analogie impressionanti» fra le tesi di Carnacini e la concezione del processo socialista di Kellner prospettate da una isolata dottrina<sup>43</sup>. Altre più puntuali e non prive di ironia, come quelle di Andrioli, che attribuisce un mero «valore allegorico» ad alcune affermazioni di Carnacini sul «signor Processo»<sup>44</sup>. Molti lo hanno elogiato, pochi lo hanno criticato, tutti, in ogni caso, non hanno potuto esimersi dal confrontarsi con il suo pensiero.

In definitiva, comunque la si consideri, «luogo comune» (secondo i rari criti-

<sup>35</sup> 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, 532.

<sup>36</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1955, II, 696.

<sup>37</sup> CARPI, *Tito Carnacini processualista e rettore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 373.

<sup>38</sup> E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 380.

<sup>39</sup> NICOLETTI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo: permanenza e attualità di una dottrina*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, *Studi di diritto processuale*, Milano, 1984, 491.

<sup>40</sup> CARPI, *Tito Carnacini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1224.

<sup>41</sup> VELLANI, *Tito Carnacini processualista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 641.

<sup>42</sup> VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 676.

<sup>43</sup> MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 8.

<sup>44</sup> In particolare, Andrioli, non senza ironia appunto, definisce come «descrizioni antropomorfe» con al centro «il signor Processo a guisa di beneficiario» la famosa affermazione di Carnacini secondo cui non è solo il processo che serve alla parte, ma è anche la parte che serve al processo (ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. dig. it.*, 1967, 279, nota 1).

ci)<sup>45</sup> oppure «geniale intuizione» (secondo i più convinti sostenitori)<sup>46</sup>, la tesi sostenuta da Carnacini ha senza dubbio condizionato, e per così dire in modo irreversibile, il successivo dibattito dottrinale. Può essere condivisa oppure no; tuttavia, è innegabile il fatto che solo una tesi profondamente innovativa potesse essere in grado di suscitare reazioni così vaste e profonde per quasi settanta anni.

È proprio da qui, pertanto, che si ritiene di poter partire. Non si tratta, però, di una questione di mero rispetto verso lo studioso che più ha inciso sul dibattito italiano in tema di poteri istruttori. Alla base di questa scelta vi è anche la sommessima convinzione che sul saggio di Carnacini si è detto tanto, ma, forse, non ancora tutto.

Come noto, Carnacini pubblica il proprio saggio negli *Studi in onore di Enrico Redenti*, editi nel 1951. Tuttavia, l'importanza dello stesso non viene subito percepita compiutamente dalla dottrina. I primi influssi sul dibattito dottrinale si riscontrano solo qualche anno dopo, precisamente alla fine degli anni Cinquanta, anche grazie al grande rilievo che alle tesi di Carnacini viene dato da un altro illustre processualista, Mauro Cappelletti<sup>47</sup>. Non è facile spiegare le ragioni di questo ritardo; tuttavia, non pare del tutto azzardato ipotizzare che tale ritardo sia dipeso anche dalla collocazione editoriale. Come ironicamente (ma non a torto) rilevato, «si sa che pubblicare uno scritto soltanto in una *Festschrift* è il metodo più sicuro per evitare che qualcuno lo legga»<sup>48</sup>.

In realtà, Carnacini aveva già pubblicato una prima versione del saggio nel 1941, sotto forma di corta monografia, pubblicata «in pochissimi esemplari» per meri fini universitari; «un saggio, abbastanza breve, dal titolo *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*»<sup>49</sup>. È lo stesso Carnacini a riconoscerlo,

<sup>45</sup> MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 568.

<sup>46</sup> CARPI, *Conclusioni*, in AA.VV., *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 154.

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Parte prima*, Milano, 1962, 305 ss. (questa parte della monografia era già stata pubblicata autonomamente col titolo di *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1959, 233 ss.). Sull'importanza di questa monografia nel dibattito dottrinale italiano cfr., recentemente, CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2015, 152.

<sup>48</sup> La citazione è di CAVALLONE, *Introduzione*, in ID., *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, 2016, XI, il quale, autoironicamente, si riferisce al proprio saggio «*Un frivolo amor proprio*». *Precognizione e imparzialità del giudice civile*, edito, per così dire in esclusiva, negli *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*.

<sup>49</sup> Così si esprime lo stesso Carnacini, a proposito della prima versione, nella «avvertenza» apposta in calce alla prima pagina dell'edizione del 1951; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 696. In proposito, cfr. VELLANI, *Tito Carnacini processualista*, cit., 641; FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 131, nota 36. Presumibilmente tale pubblicazione è servita per il concorso da ordinario, vinto proprio nel 1941 (cfr., a proposito della carriera accademica di Carnacini, CARPI, *Tito Carnacini processualista e rettore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 373).

proprio nella avvertenza posta quale nota iniziale del saggio del 1951, al fine di giustificare apparenti anacronismi, ossia la citazione di articoli favorevoli alla sua tesi pubblicati prima del 1951<sup>50</sup>.

Se l'importanza della seconda versione è stata colta con ritardo, la versione del 1941 è stata sostanzialmente trascurata<sup>51</sup>. Nell'unico caso in cui ciò è avvenuto, alla corretta intuizione iniziale circa l'importanza della prima versione nell'interpretazione delle idee di Carnacini non pare essere seguita un'analisi effettiva di tale versione. In tale occasione, infatti, dalla sola collocazione cronologica del saggio, forse senza una consultazione diretta del testo, sono state tratte (in modo sostanzialmente apodittico) alcune conclusioni sull'impostazione ideologica alla base del pensiero di Carnacini<sup>52</sup>.

Tale scarsa attenzione della dottrina, comunque, è giustificabile; e le ragioni sono ancora una volta di natura editoriale. Se le pubblicazioni collettanee in onore o in memoria di qualche studioso sono difficilmente reperibili, ancora di più lo sono (allora come oggi) le pubblicazioni edite a meri fini concorsuali. La piccola monografia del 1941, quindi, rappresenta, a tutti gli effetti, una «eccezionale rarità bibliografica»<sup>53</sup>.

Al di là di una libreria antiquaria online (nel cui catalogo l'opera era formalmente inserita, ma poi concretamente non disponibile per l'acquisto), la versione del 1941 è custodita unicamente nella biblioteca dell'Università di Bologna. E così non poteva non essere, vista la finalità concorsuale della pubblicazione; proprio a questo riguardo non sembra casuale che sul frontespizio sia stato apposto, con grande risalto, il timbro della data, 13 novembre 1941, di (probabile) acquisizione alla biblioteca. Allora come oggi, le scadenze concorsuali non ammettono istanze di rimessione in termini<sup>54</sup>.

Carnacini stesso definisce questa prima versione «del tutto provvisoria ed as-

<sup>50</sup> Sempre nell'avvertenza, infatti, Carnacini cita alcuni scritti di Pugliese e di Micheli (che citerà anche nel corso dell'articolo), adesivi alle tesi espresse nello scritto del 1941, CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 696.

<sup>51</sup> È facile notare come la quasi totalità della dottrina successiva citi solo la versione del 1951. Nei pochi casi in cui è riportata anche la versione del 1941, ciò avviene in modo del tutto acritico, a titolo sostanzialmente di mera informazione bibliografica; cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 131, nota 36.

<sup>52</sup> MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, cit., 6.

<sup>53</sup> Così viene definita, non senza ironia (ma l'ironia era rivolta all'interpretazione datane da Monteleone), da TARUFFO, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 725. Del resto, come si è già detto in precedenza, è lo stesso Carnacini ad aver ammesso di averla pubblicata in pochissimi esemplari. Nella bibliografia di Carnacini, pubblicata in suo omaggio, tale versione viene appunto indicata come provvisoria e fuori commercio: cfr. GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Bibliografia delle opere di Tito Carnacini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 647.

<sup>54</sup> Come detto, il testo del 1941 era reperibile unicamente nella biblioteca dell'Università di Bologna. Tuttavia, la consultazione è stata possibile solo grazie all'aiuto della professoressa Lea Querzola e della dottoressa Lucilla Galanti, che qui, quindi, approfitto per ringraziare nuovamente.

sai incompleta». E ciò è certamente vero, anche solo confrontandola sommariamente con quella successiva; la versione del 1951, oltre ad essere molto più argomentata e strutturata, è corredata da un più approfondito apparato di note; e da questo punto di vista il secondo saggio appare «completamente rifatto»<sup>55</sup>. Il confronto fra le due versioni, tuttavia, non può essere liquidato in questo dato puramente quantitativo. Come si cercherà di segnalare, le due versioni manifestano interessanti differenze, ma anche significative linee di continuità.

Senza dubbio lo scarto temporale fra le due versioni è estremamente rilevante, non solo perché dieci anni sono tanti, ma soprattutto perché in quei dieci anni, senza paura di esagerazioni, è cambiato il mondo. In effetti, nella versione del 1951 si trova chiaramente traccia sia dei mutamenti politici e sociali, sia delle evoluzioni giuridiche e dottrinali avvenuti successivamente al 1941.

In primo luogo, ed è quasi banale ricordarlo, è completamente cambiato il contesto politico e istituzionale. Se nel 1941 il fascismo era ancora saldamente al controllo dello Stato (pur incominciando a emergere le prime serie difficoltà derivanti dall'alleanza con la Germania nazista), nel 1951 la Repubblica e i mutamenti istituzionali derivanti dalla svolta repubblicana erano in via di consolidamento. Si tratta di momenti storici drammatici, sicuramente non facili e fra loro diametralmente opposti. In effetti, si può ritenere che l'unico tratto comune ad entrambi (seppur con modalità significativamente differenti) sia rappresentato dalla difficoltà di poter esprimere valutazioni completamente obiettive<sup>56</sup>.

Simile constatazione, del resto, ha trovato il consenso anche di due autorevoli processualisti che, come vedremo meglio in seguito, hanno espresso opinioni radicalmente differenti circa gli influssi ideologici di quel contesto storico sulle riforme processuali. Secondo Cipriani, «se nel 1940 non si poteva parlare (né tanto meno criticare una legge o addirittura un codice), nel 1944-1950, ad onta della restaurazione della democrazia e della libertà, troppe cose impedivano di parlare (e fors'anche di pensare) con la stessa libertà di oggi»<sup>57</sup>. Analogamente, Taruffo sottolinea che, nell'immediato dopo guerra, «l'attacco al codice» non si fondava su basi tecniche o corporative, ma «sulla linea di giustificazioni "più nobili", quali appunto la dichiarata avversione verso il "codice fascista", e la sottolineatura polemica dei suoi difetti»<sup>58</sup>.

D'altro canto, già allora, pur nelle difficoltà di espressione, era chiara la com-

<sup>55</sup> Così si esprime CARPI, *Tito Carnacini*, in BIROCCHI, CORTESE, MATTONE, MILETTI (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, 2013, 454.

<sup>56</sup> Come osservato proprio a proposito dell'evoluzione del pensiero, anche politico, di Carnacini, «gli americani ci avevano liberato dal fascismo ed era la loro forza ad evitarci il destino dei tedeschi orientali o degli ungheresi. Apprezzare una politica e i suoi valori, tuttavia, non significa capire una cultura» (MANCINI, *Il liberale Tito Carnacini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 628).

<sup>57</sup> CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 25.

<sup>58</sup> TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 291.

plexità e la gravità della situazione o, per usare un'espressione di Calamandrei, del «periodo d'accelerati trapassi che il mondo vive»<sup>59</sup>. E anche nell'immediato dopo guerra, «fra strepiti d'armi ed ansiose aspettative», di fatto non era «tempo di parlar di procedura»<sup>60</sup>.

La mancanza di serenità, in quegli «anni di nebbie diffuse, di coordinate instabili, di relativismo ed eclettismo imperanti»<sup>61</sup>, si riscontra molto chiaramente nelle due versioni di Carnacini. È sufficiente confrontare il punto in cui egli si sofferma sulla proposta di trasformazione del processo civile in giurisdizione volontaria elaborata negli anni Trenta dal giurista tedesco Baumbach sulla spinta dell'ideologia nazionalsocialista<sup>62</sup>.

In entrambe le versioni Carnacini ovviamente manifesta il proprio dissenso e ne contesta fermamente i contenuti. Tuttavia, nel testo del 1941 quello di Baumbach viene definito come uno «zelante tentativo di rendere il futuro diritto processuale più consono a quelle che vengono indicate come le esigenze dei tempi nuovi»<sup>63</sup>. Ben altri, invece, sono i toni del testo del 1951, in cui Baumbach non è neppure più menzionato personalmente e viene genericamente evocato come «farnetico scrittore»<sup>64</sup>.

Del resto, Carnacini non era l'unico ad avere queste difficoltà. Lo stesso Calamandrei, che pure aveva subito criticato la proposta di Baumbach, ammetteva comunque trattarsi «non della stramberia di un utopista, ma della meditata conclusione di un competente, alla quale, se si parte da certe premesse, non manca il pregio della consequenzialità»<sup>65</sup>.

Ma non è solo la situazione politica ad essere cambiata. Fra la fine degli anni Trenta e l'inizio degli anni Cinquanta si sono riscontrate radicali trasformazioni anche nel pensiero giuridico italiano; e di ciò si trova traccia negli scritti di Carnacini. Ne è un chiaro esempio la significativa modificazione del titolo fra la prima e la seconda versione. La «volontà finale» diventa «tutela giurisdizionale» e la «tecnica della parte» diventa «tecnica del processo».

<sup>59</sup> CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 25.

<sup>60</sup> REDENTI, *L'umanità del nuovo processo civile*, in ID., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, 759.

<sup>61</sup> 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, 132.

<sup>62</sup> BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in *Zeits. Der. Ak. F. d. Recht*, 1938, 583. In proposito, si veda, nella dottrina contemporanea, BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 623, spec. 631.

<sup>63</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 61.

<sup>64</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 766.

<sup>65</sup> CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1938, 336. Calamandrei accenna alla proposta di Baumbach anche in *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 44.

Tale riformulazione sembra rappresentare una significativa conferma di quello che Irti ha definito, molto efficacemente, «declino del linguaggio volontaristico» nella letteratura giuridica italiana, ossia declino «di un linguaggio, che, così nelle pagine di dottrina come nella giurisprudenza pratica, parla di “manifestazione della volontà”, di “accordo di volontà”, di “interpretazione della volontà”»<sup>66</sup>. Non è superfluo ricordare come Irti, pur con il «rischio indissociabile dalle sintesi e dalle impressioni d'insieme», collochi tale mutamento tra il 1935 e il 1943<sup>67</sup>.

Del resto, il linguaggio volontaristico era assai diffuso nella dottrina processualistica, soprattutto a partire dagli anni Trenta. È quasi scontato ricordare la monografia di Alessandro Pekelis, pubblicata nel 1930, intitolata emblematicamente «Il diritto come volontà costante»<sup>68</sup>. Si trattava di una monografia allora molto nota e apprezzata, tanto da essere stata oggetto di una corposa recensione (sotto forma di articolo) da parte di Carnelutti<sup>69</sup>. E si può dire che proprio in tale opera possano cogliersi le anticipazioni del prossimo mutamento filosofico-culturale, prima ancora che giuridico<sup>70</sup>.

I segni di questo cambiamento si ritrovano non solo nel confronto fra i titoli delle due versioni ma anche nell'analisi delle parti aggiunte o modificate nella seconda versione. Ad esempio, il «conseguimento dei propri scopi-extraprocessuali»<sup>71</sup> diventa «tutela giurisdizionale e attraverso questa il conseguimento dei propri scopi ultra-processuali»<sup>72</sup>; il «tentativo di tutelare un interesse materiale che la parte fa attraverso il processo»<sup>73</sup> diviene «tentativo di tutelare un interesse materiale che la parte realizza attraverso il processo civile, facendo dipendere dall'esito di quest'ultimo il regime giuridico dell'interesse stesso»<sup>74</sup>. In una aggiunta inserita solo nella seconda versione, poi, Carnacini (suffragato anche dal-

<sup>66</sup> IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 1978, 396.

<sup>67</sup> IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, cit., 396. In argomento, in prospettiva di analisi storica dell'evoluzione della dottrina italiana, CIANFEROTTI, 1914. *Le università italiane e la Germania*, Bologna, 2016, 173 ss. e CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, cit., 128.

<sup>68</sup> Si tratta della «prima e celebrata» monografia di Pekelis, frutto della rielaborazione della sua tesi di laurea discussa nel 1928 nell'Università di Firenze; sulla vita e sulle sfortunate vicissitudini di Alessandro Pekelis, cfr. VULLO, *Alessandro Pekelis*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 289 ss., spec. 293 (ove la precedente citazione), DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 131 ss. e DENTI, *Un ricordo: Alessandro Pekelis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 963 ss.

<sup>69</sup> CARNELUTTI, *Filosofia e scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 38.

<sup>70</sup> In questo senso, cfr. DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, cit., 132, il quale sottolinea come Pekelis, «nonostante la derivazione idealistica dei suoi studi di teoria generale del diritto», egli si indirizzasse già chiaramente verso il «superamento del tipico approccio idealistico, crociano o gentiliano, nei riguardi di una teorica generale del diritto».

<sup>71</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 9.

<sup>72</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 700.

<sup>73</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 15.

<sup>74</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 714.

la citazione del pensiero di Capograssi) precisa – non casualmente – che la volontà del singolo acquista valore solo adeguandosi alla volontà della legge<sup>75</sup>.

Non si tratta però, di un mutamento meramente linguistico. Il costante riferimento al linguaggio volontaristico della prima versione appare indicativo anche del significativo influsso (se non diretto, certamente indiretto) delle idee di Benedetto Croce sul pensiero di Carnacini. Si può certamente ritenere ormai acquisito il penetrante influsso della filosofia crociana sulla dottrina giuridica di inizio Novecento. Anzi, si è addirittura parlato di vera e propria «dittatura esercitata da Benedetto Croce su quasi tutti i settori delle scienze dello spirito nella cultura italiana di quegli anni»<sup>76</sup>. E ciò nonostante le critiche che, comunque, parte della dottrina già allora prospettava; Calamandrei, ad esempio, definiva senza mezzi termini le idee di Croce come «verità pericolose», «formulate al solo scopo di intendere e interpretare la realtà», ma in grado di «diventare armi micidiali per insegnare a metter lo scompiglio nel mondo e per giustificare le peggiori furfanterie»<sup>77</sup>.

Non sembra possibile qui ripercorrere e analizzare l'influsso della dottrina crociana sul pensiero giuridico della prima metà del Novecento<sup>78</sup>. Si ritiene di poter concordare sul fatto che il peso di tali teorie filosofiche abbia inciso in modo significativo sul pensiero di Carnacini, soprattutto con riguardo al saggio qui in esame. Specialmente nella versione del 1941, il frequente richiamo alla volontà come base dell'iniziativa processuale sembra influenzato dalla teoria crociana secondo cui le leggi sarebbero «irreali» e ciò che vale sarebbe il solo «concreto atto volitivo»<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 699, in cui viene anche citato il noto saggio di CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, 112, saggio che, per quanto anteriore, non era menzionato nella versione del 1941.

<sup>76</sup> CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 821. Si veda anche la nota 4, ove l'Autore rimarca la «tempestiva attenzione con cui il Croce seguiva gli influssi del proprio magistero nei settori diversi da quello filosofico e letterario a cui più direttamente si rivolgeva». Chiarloni ricorda la recensione al libro di Calogero, ma indubbiamente non può essere omessa anche la recensione che Croce dedica alla voce «Azione» di Peckel, in *La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia*, 1938, 457.

<sup>77</sup> CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, 62.

<sup>78</sup> Qui pare sufficiente rimandare, anche per ulteriori riferimenti, a PERAZZOLI, *Benedetto Croce e il diritto positivo. Sulla «realtà» del diritto*, Bologna, 2011, *passim*, spec. 67 ss., DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano 1974, FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma, Bari 1999, M. BARBERIS, *La filosofia del diritto nel primo Novecento*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, 568, NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana nel primo Novecento*, Milano, 2012 e SARTORI, *Studi Crociani*, I, Bologna, 1997, 227.

<sup>79</sup> In questi termini si esprime sul pensiero crociano CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, cit., 62. Del resto, come spiega chiaramente lo stesso Croce, «La legge è un atto volitivo che ha per contenuto una serie o classe di azioni» (CROCE, *Filosofia della pratica, economia ed etica*, Bari, 1923, 317).

Questa visione molto radicale viene (solo parzialmente) rivista nel 1951. Nella seconda versione del saggio, infatti, la volontà individuale, ossia la scelta di adire l'autorità giudiziaria, viene concepita non più come entità a sé stante che si autolegittima, ma come elemento inserito in un più ampio sistema di tutela giurisdizionale regolato dalla legge. La modificazione del titolo del saggio, come già si è detto, appare estremamente significativa al riguardo<sup>80</sup>.

Tuttavia, gli influssi del pensiero crociano non paiono fermarsi qui. In particolare, la relatività del concetto di diritto e la peculiare nozione di tecnica elaborati da Benedetto Croce sembrano aver inciso significativamente su alcuni delle idee centrali del saggio di Carnacini, idee riprese e ribadite anche nella versione del 1951. Ma su questo ci riserviamo di tornare fra breve.

Rimanendo sempre all'analisi comparativa delle due versioni, quella più recente e più nota manifesta in modo evidente anche la particolare attenzione riservata da Carnacini all'evoluzione del dibattito dottrinale italiano di allora. È quasi superfluo ricordare che nel 1949 e nel 1950 vengono pubblicati saggi poi divenuti famosissimi e oggi tranquillamente definibili come classici che segnano per così dire il ritorno della dottrina a temi generali e di ampio respiro<sup>81</sup>. Carnacini ovviamente coglie subito gli spunti di questi nuovi filoni dottrinali, considerandoli direttamente o anche solo implicitamente nella stesura finale del proprio saggio<sup>82</sup>.

Ad esempio, nella versione del 1951 sembra possibile cogliere il recepimento e la peculiare elaborazione dell'evoluzione del dibattito relativo al concetto di azione; come noto, il problema dell'azione era allora molto discusso nella dottrina processualistica, tanto che la sua stessa formulazione viene giustamente considerata come il «vero atto di nascita della scuola processualistica italiana»<sup>83</sup>.

Ovviamente, oggi il tema non suscita più l'interesse di allora. Già a partire dagli anni Sessanta del resto la dottrina più accorta poteva tranquillamente so-

<sup>80</sup> In proposito, mi pare significativa la differenza fra due affermazioni contenute nelle prime pagine di entrambe le versioni. Nel 1941, Carnacini definisce la parte come «colui il quale si serve del processo, ne diviene uno dei soggetti, cioè diviene uno degli elementi costitutivi del proprio mezzo, concorrendo per il primo a dargli vita legittima» (CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 2), mentre nel 1951 la definisce «colui il quale si serve del processo, ne diviene uno dei soggetti, diviene una "parte" del proprio mezzo, concorrendo per il primo a dargli vita legittima» (CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 698). Nel primo caso, la parte è vista come elemento costitutivo del mezzo, mentre nel secondo è essa stessa che diviene "parte" del mezzo medesimo.

<sup>81</sup> Ricordiamo, in particolare, CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 165, CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1 e CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 23.

<sup>82</sup> Ad esempio, il saggio di Capograssi è direttamente citato in CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 714.

<sup>83</sup> FAZZALARI, *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 368.

stenero che tale problema «è venuto man mano perdendo d'interesse»<sup>84</sup> e definire come «sterili» e semplici «episodi di una disputa dottrinale» le diatribe sulla natura del diritto di azione<sup>85</sup>. A maggior ragione oggi si ritiene autorevolmente che «di questo ampio dibattito [...] rimane poco o niente»<sup>86</sup>.

Allora certamente non era così. Invero, il dibattito sull'azione «ha occupato in modo tutto particolare processualcivili e civilisti nel corso della seconda metà dell'ottocento e della prima metà del secolo scorso»<sup>87</sup>. Negli anni Trenta e negli anni Quaranta il dibattito era più vivo che mai. Ad esempio, nel 1937, ossia solo quattro anni prima della prima versione del saggio di Carnacini, Pekelis pubblica sul Nuovo Digesto Italiano la voce Azione<sup>88</sup>, definita allora come «il contributo più originale e più penetrante che sia stato scritto sull'argomento dopo la classica prolusione di Chiovenda»<sup>89</sup>. Ovviamente non possono essere dimenticati gli importanti contributi di Carnelutti<sup>90</sup>, Betti<sup>91</sup>, Satta<sup>92</sup>, Cristofolini (proprio in diretta risposta a Satta)<sup>93</sup> e Calamandrei<sup>94</sup>, tutti pubblicati negli anni Trenta.

Non è qui ovviamente possibile riassumere il complesso dibattito di quegli

<sup>84</sup> FAZZALARI, *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*, cit., 368.

<sup>85</sup> DENTI, *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 225.

<sup>86</sup> PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 827.

<sup>87</sup> DENTI, *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, cit., 225.

<sup>88</sup> PEKELIS, voce *Azione*, in *Nuovo dig. it.*, vol. II., Torino, 1937, 91, poi ristampata l'anno successivo in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Torino 1938, 29, con postilla di Liebman. Sull'importanza di tale voce, «frutto di una cultura chiaramente ispirata allo storicismo crociano», nel contesto di allora, cfr. DENTI, *Un ricordo: Alessandro Pekelis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 962 e DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, cit., 134. Più recentemente, cfr. VULLO, *Alessandro Pekelis*, cit., 306.

<sup>89</sup> CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 24. In senso critico, però, cfr. CARNELUTTI, *Recensione e Alessandro Pekelis, Azione (Estr. dal "Nuovo digesto italiano")*, Torino, 1937, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1937, 200. Sull'importanza di questa voce e anche sulla mancata percezione, da parte della dottrina di allora, della portata davvero innovativa delle scelte metodologiche e culturali di Pekelis (in una sorta di «ridefinizione dell'attività propria del giurista» in termini di vera e «propria attività di tipo ideologico», con il conseguente «accostamento alle trasformazioni politiche e ideologiche relative all'assetto statale», cfr. DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, cit., 136.

<sup>90</sup> CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 345 ss. e, soprattutto, 888 ss.

<sup>91</sup> BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 205.

<sup>92</sup> SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 32, nonché (in risposta al saggio di Cristofolini, di cui alla nota successiva), ID., *Orientamenti e disorientamenti della scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, 376.

<sup>93</sup> CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 105, nonché (a sua volta in risposta alla risposta di Satta, di cui alla nota precedente), ID., *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 282.

<sup>94</sup> CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 24.

anni<sup>95</sup>. In ogni caso, nel saggio di Carnacini sembra possibile individuare una specifica e per certi versi peculiare concezione di azione (anche se rimasta sostanzialmente implicita). Per quanto egli non si occupi *ex professo* del tema, la concezione fortemente strumentale del processo, la collocazione della domanda di parte, *rectius* della volontà finale della parte, al di fuori dei principi processuali e la netta separazione fra domanda e tecnica del processo parrebbero presupporre una concezione sostanzialmente pubblicistica e astratta dell'azione, molto simile a quella di matrice carneluttiana<sup>96</sup>.

Alla netta separazione fra volontà e tecnica, ossia fra diritto soggettivo e processo evidenziati da Carnacini potrebbero certamente adattarsi le parole di Calamandrei con cui quest'ultimo descrive appunto la concezione astratta dell'azione: «in questo modo tutti i ponti tra l'azione e il diritto soggettivo sono rotti: a forza di insistere sulla indipendenza del diritto processuale dal diritto sostanziale, si è giunti a tirar su, tra di essi, una muraglia senza finestre»<sup>97</sup>.

Certamente la posizione di Carnacini nel 1941 si differenziava nettamente da quella di Calamandrei e, a maggior ragione, da quella di Chiovenda, a cui lo stesso Calamandrei sostanzialmente si rifà. In realtà, come già detto, non pare che Carnacini avesse intenzione di prendere una specifica posizione sul tema dell'azione. Del resto, il suo interesse principale, come si dirà meglio in seguito, era essenzialmente rivolto alla configurazione «tecnica» della fase istruttoria.

Soprattutto nella versione del 1941, però, Carnacini sembra comunque delineare, o più propriamente abbozzare, una propria concezione di azione. In proposito è interessante segnalare quanto lo stesso Carnacini afferma nella nota 1 di pagina 49 (affermazione poi non più riprodotta nella versione del 1951). Quasi a mo' di *obiter dictum*, dopo aver illustrato la posizione di Calamandrei in tema di azione (richiamando sinteticamente proprio i contenuti del saggio del 1937), egli afferma: «personalmente poi sarei indotto ad andare oltre, in quanto mi sembra che proprio questi esempi in cui si afferma che si avrebbe azione (intesa nel sen-

---

<sup>95</sup> In proposito, cfr. ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 786 ss., nonché FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana: dall'azione al "processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 911, nonché ID., «Processo» e *giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 11 ss. Sugli sviluppi ulteriori di quel risalente dibattito che – grazie all'apporto della scienza tedesca sul tema dell'azione in senso astratto – ha poi condotto all'elaborazione dell'azione come diritto pubblico subiettivo, cfr. altresì l'indagine storico-evolutiva di L.P. COMOGGIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, Parte I, 39 ss. In generale, sull'importanza del dibattito in tema di azione nel complessivo sviluppo della dottrina processualciviltistica italiana, cfr. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, cit., 143.

<sup>96</sup> Secondo Carnelutti, infatti, l'azione era un diritto soggettivo processuale nei confronti del giudice, diritto avente ad oggetto «l'interesse alla giusta composizione della lite, non l'interesse in lite. Questa è la ragione elementare della diversità tra il diritto subiettivo materiale e la azione», azione che, quindi, si configura come «diritto pubblico soggettivo, poiché l'interesse con essa tutelato è un interesse essenzialmente pubblico» (CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 890 e 891).

<sup>97</sup> CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 37.

so chiovendiano di diritto d'agire [...]) ma non diritto soggettivo, si prestino come uno dei possibili punti di partenza per una efficace revisione della stessa azione concepita nella maniera sopraindicata, specie una volta in cui si sia d'accordo nel ritenere che tanto essa quanto il diritto soggettivo, là dove si afferma che sia presente anche quest'ultimo, si riferiscono al medesimo interesse e per di più abbiano in comune di consistere del pari nella subordinazione della tutela alla volontà della stessa parte»<sup>98</sup>.

Difficile collocare sistematicamente queste affermazioni, nelle quali sembra comunque evidente la critica alla teoria chiovendiana dell'azione come diritto potestativo. Da ciò, tuttavia, non pare derivare l'adesione alla concezione sostanzialistica dell'azione. In effetti, l'esclusione della natura processuale della domanda potrebbe indurre a considerare l'azione come elemento del diritto soggettivo. Tuttavia, Carnacini distingue nettamente l'azione dal diritto soggettivo, pur riferendoli entrambi al medesimo interesse e subordinandoli alla volontà della parte. Non meno problematico è il confronto con la concezione astratta dell'azione. Invero, la netta distinzione fra azione e diritto soggettivo e la contemporanea equiparazione funzionale della prima al secondo non consentono neppure di qualificare come astratta (secondo la tesi di Carnelutti) la concezione di Carnacini; del resto, è proprio quest'ultimo a prendere le distanze dal pensiero di Carnelutti e, soprattutto, dalla concezione pubblicistica e astratta del processo propugnata da quest'ultimo<sup>99</sup>.

Si potrebbe quasi parlare di una posizione del tutto autonoma e indipendente, probabilmente molto influenzata dalla concezione volontaristica del diritto. L'azione, così come il diritto soggettivo, sembra essere intesa in senso dinamico come manifestazione della volontà individuale, collocata prima e al di fuori del diritto. Come il diritto sostanziale è l'insieme delle regole tecniche in cui si estrinseca la volontà individuale (la quale è comunque fonte e causa delle regole stesse), così il diritto processuale è l'insieme delle regole tecniche con cui la «volontà finale» si realizza. Quindi, azione non come parte del diritto soggettivo (e quindi sostanziata in esso), ma come manifestazione della volontà individuale non solo al di fuori e prima del processo, ma (soprattutto) al di fuori e prima del diritto stesso.

Ovviamente si tratta di mere supposizioni, soprattutto in considerazione del fatto che lo stesso Carnacini non solo non ha affrontato in modo sistematico il problema dell'azione, ma ha anche modificato sensibilmente la propria visione nella versione del 1951. Del resto, nei dieci anni intercorsi fra le due versioni il dibattito sul concetto di azione si era arricchito del fondamentale saggio di Liebman, finalmente rientrato dopo l'esilio forzato in Brasile a causa delle persecu-

---

<sup>98</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 49, nota 1.

<sup>99</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 49, nota 13, nota 2. Critica poi ripresa e ampliata nella versione del 1950.

zioni razziali<sup>100</sup>. Inutile sottolineare l'importanza, quasi dirompente, di tale contributo. Come autorevolmente osservato, infatti, «al concetto dell'azione come diritto alla sentenza favorevole si è sostituito, per merito di Liebman, il concetto di azione come diritto alla decisione sul merito; e la riflessione sull'azione come garanzia ha determinato una specie di esplosione concettuale, per i molteplici riflessi di cui l'azione come garanzia è dotata»<sup>101</sup>.

Per quanto probabilmente non fossero ancora evidenti le implicazioni in termini di garanzie processuali, il pensiero di Liebman, ha da subito segnato profondamente il dibattito dottrinale. E Carnacini non poteva non tenerne conto. Di ciò si trovano precisi riscontri proprio nella versione del 1951. Anzitutto, non sono più riproposte le personali riflessioni che egli aveva svolto con riferimento al concetto di azione nella versione del 1941. Ma soprattutto Carnacini dedica la prima nota della seconda versione (e la scelta di dare un simile risalto non pare certo casuale) proprio al tema dell'azione; egli, infatti, riferendosi non a caso al predetto saggio di Liebman, cerca di conciliare le proprie tesi (il suo «specifico angolo visuale», per usare le sue stesse parole) con quelle dell'illustre maestro<sup>102</sup>.

Più specificamente, Carnacini cerca di rendere più neutra la propria posizione, sostenendo che la concezione strumentale del processo illustrata nel saggio («le parti al servizio del processo e il processo al servizio delle parti» secondo l'icastica formula di Carnacini) sarebbe semplicemente uno dei possibili «angoli visuali» con cui vedere il fenomeno processuale. In sostanza, secondo Carnacini la configurazione strettamente strumentale del processo sarebbe esclusivamente funzionale alla migliore argomentazione delle tesi successivi (ossia appunto sulla natura meramente tecnica delle norme in tema di poteri istruttori), senza implicare, tuttavia, alcuna specifica concezione del processo e, soprattutto, del diritto di azione<sup>103</sup>.

Coerente con questa nuova impostazione è la modificazione del titolo del primo paragrafo del saggio. Nella versione del 1941 il primo paragrafo era intitolato espressamente «il processo civile come strumento»; nella versione definitiva esso, notevolmente integrato, è rinominato «le parti al servizio del processo e il processo al servizio delle parti». E proprio in questo senso può essere letta anche la precisazione di Carnacini (del tutto assente nella prima versione) secondo cui l'affermazione che la parte serve al processo rimane confinata alla di-

<sup>100</sup> LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 47.

<sup>101</sup> E.F. RICCI, *Chiovenda, Calamandrei e noi (riflessioni su un libro di Franco Cipriani)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1248.

<sup>102</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 696, nota 1.

<sup>103</sup> È interessante riportare proprio le parole usate da Carnacini; egli, infatti, non solo afferma che «l'angolo visuale di colui che per i suoi fini ultra-processuali ricorre al processo civile, non significa di certo che per me questo sia l'angolo visuale per eccellenza», ma sostiene anche che «nel seguito del lavoro ho cercato di assurgere via via ad una visione obbiettiva e perciò più completa» (CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 696, nota 1).

mensione puramente processuale, senza alcuna concessione alla nozione pubblicistica del processo<sup>104</sup>.

Ancor più significativa appare la precisazione (riportata in nota alle precedenti considerazioni) secondo cui «questa premessa sul carattere pubblicistico del processo e prima ancora della funzione giurisdizionale, per quanto ovvia, non è del tutto fuori luogo, giacché non vorrei che i risultati a cui pervengo nel presente lavoro potessero allarmare, sia pure a torto, coloro che vedono già un ritorno a dottrine processualistiche superate»<sup>105</sup>.

In realtà, questa *excusatio non petita* non sortisce effetto; come vedremo fra breve, infatti, Liebman, nel suo notissimo articolo dedicato al fondamento del principio dispositivo, sottoporrà ugualmente a critica anche la concezione di azione che, velatamente o comunque implicitamente, emerge dal pensiero di Carnacini; e ciò a prescindere dai *caveat* posti da quest'ultimo all'inizio del proprio saggio<sup>106</sup>.

Ovviamente, non vi è motivo per dubitare delle effettive intenzioni di Carnacini nel saggio del 1951. Probabilmente egli aveva davvero modificato le proprie idee sul concetto di azione rispetto a dieci anni prima; in effetti, la stessa dottrina successiva ha sottolineato che la collocazione extraprocessuale del principio della domanda svolga una funzione meramente descrittiva di un fenomeno, senza avere effettive implicazioni sistematiche<sup>107</sup>.

Si può dire, però, che l'impianto complessivo del saggio, così come concepito nel 1941 e sostanzialmente ripreso nel 1951, non si prestava pienamente a questo "revirement"; la categorica affermazione secondo cui «tutto quello che consacra il monopolio della parte di fronte al giudice nel ricorrere al processo civile e nel servirsene [...] non è riconducibile sotto alcun principio processuale», ripetuta in entrambe le versioni del saggio, appare difficilmente compatibile con una concezione dell'azione che non sia astratta<sup>108</sup>.

Al termine di questo confronto sembrano possibili alcune conclusioni. Senza

<sup>104</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 702.

<sup>105</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 702, nota 19.

<sup>106</sup> LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551. Sul punto si tornerà meglio in seguito. In argomento, cfr. anche CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, in *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, Milano, 1968, poi edito (e da qui sono prese le citazioni) in *Il giudice e la prova*, cit., 102.

<sup>107</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 30, secondo il quale la tesi di Carnacini secondo cui il principio della domanda esulerebbe dal diritto processuale servirebbe solo per segnalare che, stante la complessità di contenuti di tale principio (principio della domanda, divieto di ultrapetizione, disponibilità dell'oggetto della lite), tale principio è «capace di apparire come alquanto di unitario soltanto da un punto di vista diverso da quello della disciplina interna del processo».

<sup>108</sup> La frase citata (CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 42) si rinviene, identica, anche in ID., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 741. Cfr. ancora CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 102.

dubbio, il saggio di Carnacini affonda le proprie radici nella cultura filosofica e giuridica degli anni Trenta e dei primi anni Quaranta del Novecento. E, in questo solo senso, è corretta la già segnalata intuizione di Monteleone<sup>109</sup>. Appare particolarmente significativo l'influsso della filosofia di Benedetto Croce: la distinzione crociana fra intuizione e tecnica (probabilmente recepita attraverso le elaborazioni di Gorla) sembra aver rappresentato una solida base per la distinzione fra volontà-domanda (intesa come principio "non" processuale o, al più, "extra" processuale) e tecnica del processo<sup>110</sup>.

Analogamente la relatività del diritto e delle sue concrete soluzioni (tipica del pensiero crociano) pare aver costituito la base per la configurazione in termini eminentemente tecnici (e quindi relativi) della disciplina del processo. Ma non solo. La configurazione della disciplina del processo come problema di mera tecnica sembra scorgersi anche nel pensiero di altri processualisti nei primi anni Quaranta<sup>111</sup>; anche se, forse, ciò è dipeso pure da ragioni di opportunità, visto che un processo configurato come meramente tecnico poteva sfuggire più facilmente ai pesanti condizionamenti politici di allora<sup>112</sup>.

La collocazione delle radici delle idee centrali del saggio nella cultura filosofica e giuridica di fine anni Trenta, inizio anni Quaranta del secolo scorso, tuttavia, non consente invece di ritenere (come prospettato, in modo sostanzialmente apodittico, dallo stesso Monteleone) che il pensiero di Carnacini sia stato effettivamente influenzato dall'ideologia fascista di allora. Al contrario, l'immagine

<sup>109</sup> MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, cit., 6.

<sup>110</sup> In effetti, Carnacini, sia nella versione del 1941 che in quella del 1951, proprio nella nota esplicativa del concetto di tecnica, richiama prima di tutto l'opera (sostanzialmente coeva alla prima versione) di GORLA (*L'interpretazione del diritto*, 1941, p. 66; in realtà, Carnacini cita non la pagina ma il paragrafo 25) e poi i riferimenti crociani. Sulle peculiarità della dottrina crociana della tecnica, specialmente in raffronto alla tradizionale concezione kantiana di tecnica, poi generalmente recepita nella filosofia del diritto italiana (e non solo), cfr. AZZONI, *Regola tecnica*, in *Dig. IV ed., disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 472. In generale, sugli stretti rapporti fra processualisti e civilisti nella prima metà del Novecento, CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2015, 138, nonché già ID., *«Diritto sostanziale e processo» in un ideale dialogo tra Betti e Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 361.

<sup>111</sup> Cfr., ad esempio, CARNELUTTI, *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 35 ss., spec. 41 (ove da un lato afferma che «problema tecnico del processo, sul tema culminante della prova, sfocia nel problema etico», sottolineando che «tecnicamente si tratta di determinare le condizioni più favorevoli» al riguardo, e dall'altro, pone in evidenza «il lato tecnicamente più difficile del problema relativo alla provvista dei mezzi per la decisione», sottolineando che «questo è uno dei temi sui quali la scienza ha adempiuto verso la tecnica al suo dovere; i principi della meccanica processuale intorno ad esso sono ormai perfettamente conosciuti»).

<sup>112</sup> Ad esempio, proprio Calamandrei, commentando il nuovo codice di procedura, afferma solennemente che «Il nuovo codice, lungi dall'aprire il varco alle tendenze centrifughe e dissolventi del diritto libero, ha voluto consapevolmente essere una energica riaffermazione del sistema della legalità, e quindi un solenne riconoscimento della utilità della tecnica giuridica, necessario tramite dell'applicazione delle leggi ai casi concreti» (CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, cit., 53).

che traspare è quella di uno studioso consapevole del dibattito culturale a lui contemporaneo e sicuramente influenzato dalle correnti dottrinali del momento storico in cui scrive, ma allo stesso tempo attento alle evoluzioni successive e fermo nelle proprie convinzioni. E sotto questo aspetto sembra possibile riscontrare qualche significativa differenza rispetto allo stesso Calamandrei, le cui idee non paiono essere sempre del tutto coerenti. Con ciò non si vuole aderire alle opinioni, senza dubbio molto critiche, espresse da una parte della dottrina<sup>113</sup>. Non è di questo che vogliamo occuparci. Tuttavia, sembra difficile negare alcune ambivalenze nel pensiero di Calamandrei<sup>114</sup>.

Tali incertezze, invece, non riguardano il pensiero di Carnacini. Gli assunti fondamentali della sua tesi si ritrovano immutati in entrambe le versioni. Nella prima come nella seconda versione del proprio saggio, infatti, Carnacini critica la dottrina precedente per aver fatto «di tutta l'erba un solo fascio», ossia per aver dedotto, dal solo fatto che «spetta esclusivamente» alla parte il potere di dedurre in giudizio il proprio diritto, anche l'esclusività nella allegazione dei «fatti sui quali si basa la propria domanda e perfino, come regola, d'indicare le prove per rappresentarli al giudice»<sup>115</sup>.

Analogamente, in entrambe le versioni giunge alla conclusione – l'assunto centrale del suo pensiero – che «nulla si oppone a che si coordini il rispetto dell'iniziativa di parte nel ricorrere alla tutela giurisdizionale con la possibilità per il giudice, una volta che la macchina sia stata messa in moto e magari sia ancora alimentata, di non restare inerte, bensì d'indagare, in misura maggiore o minore, al fine di ricostruire nel migliore dei modi il fatto di causa»<sup>116</sup>. Certo,

---

<sup>113</sup> Si vedano, in particolare, i saggi raccolti in CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti leggende interpretazioni documenti*, Napoli, 2007.

<sup>114</sup> In proposito, è possibile confrontare il pensiero manifestato negli scritti coevi all'emanazione del codice di procedura civile e gli scritti del decennio successivo. Nei primi (cfr., ad esempio CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, vol. II, Padova, 1944, 241 ss., spec. 243), Calamandrei sostiene che il principio di disponibilità delle prove non rappresenta una manifestazione essenziale del principio dispositivo né un necessario riflesso della natura disponibile del rapporto dedotto in giudizio, ma semplicemente «una necessità di *ordine tecnico*, che non ha niente a che vedere col rispetto della volontà delle parti». Successivamente, però, proprio negli stessi anni in cui Carnacini pubblica la seconda e più famosa versione del saggio, Calamandrei, ricordando Goldschmidt, afferma che «nel processo non esiste distinzione tra scienza e tecnica: la tecnica è anzi elemento essenziale della costruzione dogmatica» e che il meccanismo processuale dispositivo (inteso come «una specie di auto-governo democratico di cittadini liberi e responsabili delle loro azioni») porta comunque al risultato più giusto e, in ogni caso, è il male minore (CALAMANDREI, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 6). In argomento, sull'evoluzione (e, soprattutto, sulla modificazione) del pensiero di Calamandrei a questo proposito, si veda CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, cit., 132.

<sup>115</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 19 e ID., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 716.

<sup>116</sup> La frase, del tutto identica, si trova in entrambe le versioni; cfr. CARNACINI, *Volontà finale e*

Carnacini era pienamente consapevole di questa continuità; e ciò tanto da affermarlo espressamente nella versione del 1951<sup>117</sup>.

Ne è una conferma anche l'utilizzazione, in entrambe le versioni, del paragone, «confacente ed espressivo», anche se apparentemente «umile», fra il ruolo dell'avvocato e quello del conducente di una «automobile pubblica» (un taxi diremmo oggi). Come nel primo caso il passeggero deve indicare la destinazione ma spetta all'autista scegliere la strada migliore per raggiungerla, così nel caso del processo l'obiettivo (ossia lo scopo extraprocessuale, la volontà finale) è voluto dalla parte, mentre spettano al difensore «il compito e la responsabilità della condotta del processo e quindi di risolvere con manifestazioni proprie tutti i relativi problemi»<sup>118</sup>.

Che vi fosse il rischio di essere considerati troppo poco fascisti o che vi fosse il rischio contrario di essere considerati troppo poco antifascisti, Carnacini si è dimostrato sempre coerente con sé stesso, certamente non avulso dal contesto culturale che lo circondava, ma del tutto autonomo nelle proprie riflessioni e fermamente coerente nelle proprie convinzioni<sup>119</sup>. E probabilmente è proprio grazie a quello che uno dei suoi più illustri allievi ha icasticamente definito come «equilibrio liberal» che il saggio ha avuto un successo così duraturo e convincente<sup>120</sup>.

---

*tecnica della parte nel processo civile*, cit., 57 e ID., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 760.

<sup>117</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 742, ove dà atto che «l'affermazione contenuta nel testo e che cerco di giustificare e di svolgere nell'attuale paragrafo e nei successivi, è quella che, già formulata da me nello scritto provvisorio citato nell'"avvertenza" posta all'inizio del presente lavoro, ha avuto il conforto dell'adesione del Pugliese e soprattutto del Micheli, come ho ivi indicato».

<sup>118</sup> Il paragone in questione è riportato in CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 715, nota 37 e ID., *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 16, nota 1. Con questo paragone, Carnacini intende contrastare la configurazione carneluttiana dell'avvocato come mero «trasformatore in formule giuridiche» della volontà della parte (cfr. CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 65).

<sup>119</sup> In questo senso, mi pare eccessivo definire l'atteggiamento di Carnacini come «agnostico», ossia puramente descrittivo e privo di una precisa posizione sul tema (così espressamente CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, in *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, Milano, 1968, poi edito in *Il giudice e la prova*, Milano, 1991, 318, da cui è tratta la citazione). Proprio il raffronto fra la prima e la seconda versione e la constatata linea di continuità fra le stesse paiono indurre a ritenere che Carnacini considerasse ragionevole ed appropriata proprio la soluzione di compromesso adottata nel codice del 1940.

<sup>120</sup> CARPI, *Conclusioni*, cit., 155, il quale, concludendo proprio una giornata dedicata al saggio che stiamo esaminando, ha affermato che «dell'equilibrio "liberal" di Tito Carnacini noi tutti siamo debitori, sia dal punto di vista scientifico sia, e ciò più conta, dell'ammaestramento». In argomento, con specifico riferimento alla figura di Redenti, ma con molti richiami a Carnacini e alla redazione del codice di rito e alla sua difesa immediatamente dopo la fine del conflitto mondiale, CARPI, *Spunti per il sessantesimo compleanno del codice di rito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1009 ss.

Sembra quindi possibile estendere anche a Carnacini le parole di Ferrajoli secondo il quale «il fascismo non difettò insomma di un suo organico e ambizioso progetto giuridico, tradottosi in una profonda riforma dello Stato in senso autoritario. Certamente esso rimase relativamente estraneo alla grande cultura accademica dei Chiovenda, dei Calamandrei, dei Manzini, degli Zanobini, i quali riuscirono a preservare un rilevante grado di autonomia del diritto e, diversamente da quanto accadde con le contemporanee esperienze totalitarie in Germania e Unione Sovietica, a conciliare nell'elaborazione dei codici, l'impianto autoritario con la difesa del principio di legalità»<sup>121</sup>.

## 1.2. Confronti in tema di fondamento del principio dispositivo

Come si è accennato nel precedente paragrafo, probabilmente il merito di aver dato diffusione e risalto al pensiero di Carnacini va ascrivito ad un altro illustre processualista, ossia Mauro Cappelletti. Quest'ultimo, infatti, alla fine degli anni Cinquanta, pone l'intuizione carnaciniana alla base della propria configurazione della fase istruttoria del processo<sup>122</sup>.

In realtà, l'analisi di Cappelletti non è specificamente dedicata ai poteri istruttori del giudice. Egli, infatti, parte dalla convinzione che «il soggetto meglio informato della fattispecie dedotta in giudizio è, normalmente, la parte. Di molti fatti, *soltanto la parte* può avere notizia»<sup>123</sup>; sulla base di tale convinzione, con «il saio e l'anima candida di un domenicano»<sup>124</sup>, cerca di ridare valore, in

---

<sup>121</sup> FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, II ed., Bari, 1999, 40. Del resto, è lo stesso Carnacini a lasciare alcuni vividi ricordi dei lavori di redazione del codice di rito e della (levissima) influenza che su di esso ebbe il fascismo. Cfr. CARNACINI, *Ne sutor supra crepidam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 280 ss. (ove in particolare il ricordo dei pochissimi – e sostanzialmente inattuati – interventi diretti di Mussolini), nonché ID., *Ricordo di tre magistrati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 1273.

<sup>122</sup> Ciò avviene in un lavoro autonomo (CAPPELLETTI, *Principio dispositivo e interrogatorio delle parti*, in *Annali Univ. Macerata*, XXIII, 1959, 233). Tale saggio, però, viene poi inserito all'interno del disegno sistematico di quella che, forse, è l'opera più rappresentativa di Cappelletti, ossia *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962. Questa duplice pubblicazione consente a Cappelletti, pur non modificando il testo del proprio saggio, di tenere conto della posizione di Liebman, cui dedica la corposa nota 9 di pagina 373 (su cui si tornerà più avanti nel testo).

<sup>123</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 3.

<sup>124</sup> Così lo definisce Carnelutti, recensendo la versione provvisoria del libro. Cfr. CARNELUTTI, *Recensione a Mauro Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1959, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 611, il quale definisce il libro «onesto [...], chiaro [e] appassionato», frutto di «una preparazione, che più coscienziosa di così non potrebbe essere, dogmatica, storica e comparatistica». Il giudizio viene pienamente confermato anche con riferimento all'edizione definitiva, tale «trovare pochi paragoni nella letteratura giuridica di tutti i paesi» (CARNELUTTI, *Re-*

una prospettiva di riforma del processo, alle conoscenze delle parti, considerate necessario tassello per la realizzazione di un altro «elemento imprescindibile e fondamentale» del processo, quale è l'oralità<sup>125</sup>.

Nell'ambito della sua approfondita ricerca, anche al fine di vincere l'equivoco secondo cui l'interrogatorio della parte viene rappresentato come una forma di inquisizione, Cappelletti si interroga sul valore del principio dispositivo<sup>126</sup>. Egli prende come punto di partenza proprio la «analisi storico-fenomenologica» svolta da Carnacini «con tutta la precisione e la completezza necessarie» e l'assunto che sta alla base della stessa (ossia la necessità di distinguere il momento della domanda da quello relativo alla «tecnica e struttura interna del procedimento»)<sup>127</sup>.

Fatta questa scelta di fondo, Cappelletti però poi si muove autonomamente cercando di correggere e in qualche modo di precisare la tesi di Carnacini<sup>128</sup>. Il primo punto su cui si sofferma è quello terminologico, con riferimento in particolare alla circostanza che, in effetti, la questione relativa ai poteri istruttori del giudice viene normalmente ricondotta al problema della vigenza (e dei relativi limiti) del c.d. principio dispositivo. Tuttavia, come lo stesso Cappelletti sottolinea, tale espressione appare ambigua e polisensa, essendo usata per indicare anche il principio della domanda e quello di corrispondenza fra chiesto e pronunciato<sup>129</sup>.

In realtà, già Carnacini aveva sottolineato l'ambiguità dell'espressione principio dispositivo, sottolineando come la scelta di utilizzarla sia dipesa dalla volontà di «usare una terminologia omnicomprensiva e non sopportando la traduzione letterale della parola *Verhandlung*»<sup>130</sup>.

censione a Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 305).

<sup>125</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 7.

<sup>126</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 304.

<sup>127</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 304-306.

<sup>128</sup> Come ricordato anche da VELLANI, *Tito Carnacini processualista*, cit., 641, le osservazioni di Cappelletti furono definite dallo stesso Carnacini, in occasione di un congresso a Venezia del 1962, come «meritevoli della più attenta considerazione».

<sup>129</sup> Del resto, l'ambiguità sembra essere stata sostanzialmente trasmessa dalla stessa dottrina tedesca che ha elaborato le *Maximen*. Come autorevolmente sottolineato, infatti, la c.d. *Verhandlungsmaxime* era comunque «un conglomerato di almeno tre regole», quali il principio della domanda, il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato e il principio di disponibilità della prova (CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 23 ss. ove anche per una approfondita analisi dello sviluppo e della diffusione di tale terminologia nella dottrina tedesca).

<sup>130</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 722. In realtà, nella versione del 1941, Carnacini era ancora più critico sottolineando che l'espressione era stata coniata, «male traducendosi alla lettera la "Verhandlungsmaxime" del Gönner (ancorché con un significato più ristretto)». ID., *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 25.

Cappelletti, quindi, propone una nuova terminologia, che, come vedremo, pur non fugando ogni dubbio interpretativo, avrà comunque molto successo nella dottrina successiva. Ovviamente, non si tratta di una mera questione terminologica. L'uso di una determinata espressione presuppone, a monte, una precisa scelta sistematica. Cappelletti, infatti, sottolinea come l'uso da parte di Carnacini, dell'espressione principio dispositivo si giustifichi proprio sulla base dell'esclusione della natura processuale del principio della domanda. Se il principio della domanda non è un principio processuale e se, anzi, non è un principio in senso proprio ma solo una manifestazione del diritto soggettivo, allora a maggior ragione non necessita neppure di una distinzione terminologica rispetto al principio dispositivo vero e proprio<sup>131</sup>.

A questo riguardo, appare interessante ricordare il progressivo affinamento della terminologia utilizzata da Carnacini fra la prima e la seconda versione del saggio; affinamento che sembra pienamente coerente con la sua precisa scelta dogmatica. Nella prima versione, infatti, Carnacini parla della *Verhandlungsmaxime* in termini di «principio dispositivo in senso ampio». Tale espressione, invece, non viene più riproposta nella versione del 1951, proprio in coerenza con la configurazione non processuale della domanda<sup>132</sup>.

Cappelletti critica la scelta di Carnacini, non condividendo l'idea che il principio della domanda cessi di essere un principio processuale. Proprio questa significativa differenza di posizioni conferma una volta di più il profondo radicamento del saggio di Carnacini nella cultura giuridica degli anni Trenta-Quaranta. Come già detto, la concezione volontaristica del diritto distingueva nettamente il momento di esercizio del diritto (o meglio, il momento in cui la volontà genera il diritto) dal momento in cui esplica i propri effetti (più specificamente giuridici).

Tuttavia, al di là di questa radice concettuale, non va enfatizzata troppo la distinzione di Carnacini; o, meglio, va considerata «sotto lo specifico angolo visuale» scelto da quest'ultimo per la sua analisi. L'intenzione di Carnacini non era certo iconoclastica, per parafrasare un'espressione cara a Cappelletti, nei confronti dei principi processuali, ma mirava essenzialmente a rimarcare la netta differenza di fondamento fra il principio della domanda e il principio di disponibilità delle prove<sup>133</sup>. In altri termini, l'intento principale di Carnacini, volendo mutuare alcune espressioni dalla filosofia del diritto, era quello di sottolineare

---

<sup>131</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 313.

<sup>132</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 30, ove appunto critica la dottrina tedesca per includere «sotto l'unica insegna del principio di trattazione (o principio dispositivo in senso lato)» aspetti intrinsecamente differenti.

<sup>133</sup> Lo stesso Carnacini, infatti, afferma di non avere nulla contro i principi in sé, a condizione che «non si elevi in tal e modo a concetti aprioristici e perciò assoluti quanto serve soltanto per indicare in maniera sintetica certe caratteristiche, di volta in volta accertate de iure condito o da attuarsi in sede legislativa in luogo di altre» (CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 740).

l'assenza di un rapporto di gerarchia logica, o comunque assiologica, fra il principio della domanda e il principio di disponibilità della prova<sup>134</sup>.

Al di là dell'aspetto terminologico (frutto, come detto, del diverso contesto dottrinale di elaborazione), le differenze con fra l'impostazione di Cappelletti e quella di Carnacini non devono essere eccessivamente enfatizzate; anche Cappelletti, infatti, esclude espressamente qualsiasi rapporto gerarchico fra principio della domanda e principio di disponibilità delle prove. Egli sottolinea che dal carattere privato del diritto «non discende affatto anche, di necessità, la conseguenza che il giudice non possa, una volta che il soggetto privato abbia instaurato il processo e non intenda rinunciarvi, esercitare un suo potere d'iniziativa e di direzione formale e, purché nei limiti della volontà monopolistica delle parti quanto alla fissazione dell'oggetto (merito) del giudizio, anche materiale»<sup>135</sup>.

Ben più significativa è, invece, la distinzione che Cappelletti opera fra allegazioni e prove. Egli, infatti, critica Carnacini e, più in generale, la dottrina «sceveratrice» per aver incluso nella tecnica processuale anche il problema delle allegazioni<sup>136</sup>. In effetti, Carnacini non ha realizzato alcuna distinzione al riguardo, anche se non sembra che ciò sia frutto di specifiche riflessioni sul punto. Nella prima versione del saggio, ad esempio, il tema delle allegazioni non viene neppure affrontato; nella seconda, invece, compare una sola volta; e in tal occasione Carnacini effettivamente sostiene che la conformazione dello strumento processuale rilevi «perfino relativamente all'affermazione dei fatti di causa», ma non si sofferma specificamente nella giustificazione di tale assunto<sup>137</sup>.

In proposito, si potrebbe quasi dubitare che Carnacini abbia davvero voluto prendere una specifica posizione sul tema delle allegazioni; più che altro sembra che sia l'esaltazione della *Verhandlungsmaxime* come principio «tecnico» processuale ad aver messo in ombra la distinzione fra allegazione di fatti rilevanti e allegazione di fatti secondari<sup>138</sup>.

In ogni caso, secondo Cappelletti l'allegazione dei fatti, intesa quale atto «normativo» o «imperativo» si colloca «nella stessa categoria, cui appartiene la

<sup>134</sup> In proposito, per una chiara illustrazione delle caratteristiche della gerarchia logica e della gerarchia assiologica fra norme si rimanda GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, 463.

<sup>135</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 325.

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 328.

<sup>137</sup> Volendo riprendere le precise parole di Carnacini, «quindi si può concludere che perfino relativamente all'affermazione dei fatti di causa nonché alla produzione dei mezzi di prova e alla loro influenza in giudizio, ciò che viene in gioco non è la conformazione della tutela che l'ordinamento accorda agli interessi materiali, del crisma in forza del quale essi divengono rilevanti dal punto di vista giuridico, bensì è la conformazione dello strumento che la legge predispone per attuare giurisdizionalmente tale tutela» (CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 759).

<sup>138</sup> In questi termini cfr. CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 31.

domanda giudiziale»<sup>139</sup>. Se non fosse riservato alle parti il potere di allegare i fatti, allora il processo cesserebbe di essere dispositivo, ossia di ispirarsi al carattere privato dell'oggetto<sup>140</sup>.

Tuttavia, ed è questa la precisazione che più ha influito sul dibattito dottrinale successivo, il potere monopolistico delle parti sconta due importanti eccezioni: i fatti secondari e i fatti che, in alcuni casi, il giudice può rilevare d'ufficio<sup>141</sup>. Con particolare riferimento ai primi Cappelletti considera «fatti secondari (o motivi)» quelli «suscettibili di esplicitare in giudizio una loro rilevanza non in quanto fatti costitutivi, estintivi o impeditivi del rapporto o stato *de quo agitur* (c.d. fatti principali o giuridici), sì bene in quanto fatti dai quali direttamente o indirettamente possa desumersi l'esistenza o l'inesistenza o comunque un modo di essere dei fatti giuridici»<sup>142</sup>.

Conseguentemente, ed è questo il passaggio cruciale della tesi di Cappelletti, posto che i fatti secondari servono per «cercare la verità dei fatti (e soltanto dei fatti) principali spontaneamente allegati dalle parti», allora tale ambito rientra nella tecnica processuale e non è (o comunque non deve necessariamente essere) riservato alla sfera esclusiva della parte<sup>143</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, constatata quindi l'inadeguatezza della traduzione letterale «principio della trattazione» e la genericità dell'espressione principio dispositivo, Cappelletti propone di distinguere fra «principio dispositivo in senso materiale o in senso proprio» (inteso come potere esclusivo delle parti nel chiedere la tutela e nel fissare l'oggetto del giudizio), inderogabile, e «principio dispositivo in senso processuale o improprio» (inteso come monopolio delle parti nella scelta delle prove), frutto di mere scelte di opportunità tecnica<sup>144</sup>.

È in ogni caso un fatto che la posizione di Cappelletti, frutto appunto della rielaborazione della «geniale intuizione» di Carnacini, costituisce «per la dottrina italiana, la conclusione (fino ad epoca molto recente) delle discussioni teoriche sul tema, e nel contempo [è] stata assunta come implicita premessa del dibattito, svoltosi negli anni seguenti, intorno al “fondamento politico” di quei principii»<sup>145</sup>.

<sup>139</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 330.

<sup>140</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 333.

<sup>141</sup> Sul punto cfr. CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 43.

<sup>142</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 340, ove precisa ulteriormente che «può ancora dirsi, più in generale, che fatto secondario sia l'esistenza o l'accadimento di ogni fonte di prova, intesa questa espressione nel significato carneltuttiano di “fatti percepiti dal giudice, che gli servono alla deduzione del fatto da provare”; e così dunque, oltre alla testimonianza, orale e scritta, dei terzi e delle parti, ed oltre agli indizi, anche l'esistenza del documento».

<sup>143</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 342.

<sup>144</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 357.

<sup>145</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 44. E non solo, visto che, secondo il medesimo

Ma appare anche vero che l'analisi della prima fase del dibattito italiano sui poteri istruttori del giudice non possa ovviamente prescindere dalla autorevole posizione assunta sul tema da Liebman; e ciò, piuttosto, non solo (e non tanto) per la «strettissima prossimità cronologica» con la posizione di Cappelletti<sup>146</sup>. Come vedremo, infatti, la tesi sostenuta da Liebman (e, in particolare, la *ratio* della sua opposizione all'estensione dei poteri istruttori del giudice) torna ricorrentemente nel dibattito successivo, tanto da essere ancora ripresa o criticata nelle più recenti posizioni dottrinali<sup>147</sup>.

La tesi di Liebman, illustrata nel notissimo saggio non a caso intitolato «fondamento del principio dispositivo», si incentra su due assunti fondamentali. In primo luogo, egli critica la ricostruzione a opera di Carnacini delle opinioni espresse dalla dottrina anteriore, sia in Germania sia in Italia. In effetti, quest'ultimo aveva sferrato un duro attacco alla dottrina anteriore. Su questa linea, anzi, nella versione del 1941 il giudizio era ancora più deciso rispetto alla versione successiva, soprattutto nei confronti della dottrina italiana, accusata senza mezzi termini di essere ancora «allineata», ossia di non distinguere fra domanda e tecnica processuale, secondo un metodo «tuttora radicato». Addirittura, Carnacini afferma che il nuovo codice rappresenterebbe finalmente l'affermazione anche in Italia della dottrina «sceveratrice»<sup>148</sup>.

Il giudizio presente nella versione del 1951 è senza dubbio meno *tranchant*, probabilmente anche in considerazione dell'evoluzione dottrinale degli ultimi dieci anni<sup>149</sup>. Carnacini, infatti, non sostiene più che la dottrina non si sarebbe posta il problema, ma più semplicemente ritiene che non abbia saputo cogliere la differenza essenziale nei motivi che portano ad attribuire alla parte il potere di iniziare il processo e in quelli che, invece, consentono di ripartire diversamente i poteri istruttori<sup>150</sup>.

---

Autore (cfr. la pagina 42 dell'opera appena citata) il pensiero di Cappelletti costituisce «il punto di maggior avvicinamento della nostra dottrina alla tradizione germanica, dalla quale recupera – difendendola dalle distruttive critiche di Carnacini – la concezione della Dispositionsmaxime come autonomo e non derogabile principio processuale».

<sup>146</sup> La citazione è di CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 45.

<sup>147</sup> A titolo meramente esemplificativo, ma sul punto si tornerà più ampiamente nel prosieguo dell'analisi, possiamo segnalare, in senso critico, TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in AA.VV., *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 101 e, in senso adesivo, MONTELEONE, *L'imparzialità del giudice e la prova nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 323.

<sup>148</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 37.

<sup>149</sup> In proposito, si veda SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, 106 s., il quale, con riferimento al codice del 1942, prima equipara i principi, poi però afferma immediatamente che «sarebbe un grave errore ritenere che la parte abbia la disponibilità assoluta de mezzi di prova, e cioè che le risultanze probatorie possano essere acquisite al processo soltanto attraverso i mezzi che la parte propone, escludendo ogni iniziativa ufficiale del giudice in proposito. Dipende esclusivamente dalla struttura del processo la misura dei poteri del giudice rispetto alla disposizione dei mezzi di prova».

<sup>150</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 731. In particolare, Carnacini si ri-

Invece, secondo Liebman, il quale si serve di alcuni esempi al riguardo, già prima della critica «sceveratrice» la dottrina, sia tedesca che italiana, aveva distinto la domanda dal suo concreto esercizio in giudizio<sup>151</sup>. Ovviamente, qui non si intende entrare specificamente nel merito di questi giudizi, anche perché ciò implicherebbe una più specifica analisi della dottrina anteriore (analisi che qui si è scelto di non considerare). Sembra tuttavia possibile ritenere che entrambe le posizioni siano fondate, in quanto, più propriamente, colgono aspetti diversi del medesimo dibattito. Certamente, come sostenuto da Liebman, la dottrina non era così allineata come ritenuto da Carnacini<sup>152</sup>.

Ad esempio, già Betti, parlando del momento relativo all'accertamento probatorio dei fatti, sottolineava che «alla legge stessa sembra meno giustificato un atteggiamento meramente passivo del giudice» rispetto a quello della determinazione dei fatti da accertare<sup>153</sup>. E in questa direzione sembrava essere indirizzato anche il progetto di nuovo codice elaborato da Chiovenda<sup>154</sup>. Ma soprattutto, lo stesso Calamandrei, proprio negli anni immediatamente successivi all'emanazione del codice, aveva affermato che il principio di disponibilità delle prove, «prevalente nel processo civile» ma allo stesso tempo soggetto ad «attenuazioni e limitazioni», derivava da «una necessità di *ordine tecnico*, che non ha niente a che vedere col rispetto della volontà delle parti»<sup>155</sup>.

---

ferisce a Carnelutti e alla sua famosissima opera *La prova civile*. In effetti, quest'ultimo non distingue specificamente i due profili, non tanto perché considera il secondo (quello della disciplina della prova) subordinato al primo, quanto piuttosto perché li considera frutto di scelte di opportunità del legislatore. Nella sostanza, Carnelutti pare considerare entrambi i profili come questioni di mera tecnica processuale; cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, Padova, 1942, 20 s. (secondo il quale il ricorso al principio dispositivo è «determinato da un intento pratico di sfruttamento della iniziativa delle parti per una più rapida e più sicura posizione del fatto conforme alla realtà medesima»). Sempre Carnelutti, d'altronde, parla di onere con riferimento sia alla domanda («onere della domanda») sia all'istruzione del processo (distinto in «onere della affermazione» e «onere della prova»); CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 409 ss.

<sup>151</sup> Cfr. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 554, in cui, oltre a citare numerosi autori dottrinali antecedenti a Carnacini, egli sostiene che la configurazione in termini meramente «tecnici» del principio di disponibilità delle prove rappresenta «una opportuna precisazione, che contribuisce a mettere in evidenza la diversità dei piani su cui incidono i due fenomeni, ma non si aggiunge molto di sostanzialmente nuovo al risultato cui era pervenuta la più autorevole dottrina anteriore».

<sup>152</sup> In questo senso cfr. anche CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondarii e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 100.

<sup>153</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Roma, 1936, 320. In senso analogo, ad esempio, REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1947, 198 s.

<sup>154</sup> Cfr., in particolare, gli artt. 30 e 31 di tale progetto (reperibile in CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. II, Milano, 1993, 124) e la relazione illustrativa del progetto medesimo (CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, cit., 61 ss.).

<sup>155</sup> CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit., 241 ss., spec. 243.

Tuttavia, come sostenuto da Carnacini, effettivamente la medesima dottrina (soprattutto quella anteriore al codice del 1942) non pare essersi mai posta il problema in termini molto sistematici. Invero, la dottrina di inizio Novecento aveva sempre ammesso l'esistenza di deroghe al principio di disponibilità della prova<sup>156</sup>. Si parlava di «rimedii di diritto o sussidii, o temperamenti coi quali il rigoroso principio – *is qui dicit., probare debet* – fu accomodato ai bisogni della pratica civile», persino ipotizzando che il giudice ove «sia convinto dall'esame stesso degli atti, potersi rinvenire la verità purché una delle parti corregga gli errori», possa pronunciare sentenza interlocutoria indicando alle parti «il dubbio tutt'ora sussistente e gli elementi con cui si può risolvere»<sup>157</sup>. E, del resto, questa era anche l'opinione prevalente nella giurisprudenza di fine dell'Ottocento, inizio del Novecento<sup>158</sup>.

Lo stesso Mortara, oltre a dare atto dell'esistenza di poteri istruttori ufficiosi, aveva segnalato, seppur quasi incidentalmente, «la possibilità logica di discutere, *de lege ferenda*, se il potere d'iniziativa del magistrato potesse utilmente ricevere una estensione maggiore»<sup>159</sup>. Anche successivamente, quasi in contemporanea con l'emanazione del nuovo codice, Furno si è posto il problema del rapporto fra l'«assetto interno del processo civile» e l'esterno (ossia la concezione generale del processo come strumento di attuazione del diritto); a tal proposito, egli segnala la necessità di «rintracciare un punto di equilibrio» al fine di «soddisfare esigenze pratiche (tecniche e politiche) del diritto, spesso in contrasto con la pura ed astratta logica»<sup>160</sup>.

Tuttavia, si può certamente ritenere che la dottrina contemporanea non abbia saputo cogliere tali spunti per elaborare una nuova concezione sistematica

---

<sup>156</sup> MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, vol. II, V ed., Torino, 1902, 288, il quale tuttavia si pone il problema in termini concreti, analizzando le singole disposizioni normative e ciò nella convinzione che «per rispondere adeguatamente alla domanda ci è d'uopo passare in rassegna le singole prove». Anche Ricci elenca singolarmente i casi in cui il giudice può disporre d'ufficio delle prove; cfr. RICCI, *Delle prove*, Torino, 1891, 32 (circa la possibilità di ordinare d'ufficio la produzione di un documento di cui si è accertata l'esistenza) e 217 (circa la facoltà di deferire il giuramento). Cfr., MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. III, III ed., Milano, 1906, 551 ss. e, con riferimento ai poteri del conciliatore, ID., *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. IV, III ed., Milano, 1906, 52. Si veda anche CAO, *Per la riforma del processo civile in Italia. Ricerche di sistema e tentativi di applicazione*, Cagliari, 1912, 52 ss.

<sup>157</sup> PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. I, parte I, Torino, 1864, 38 ss. (ove la prima citazione) e 72 ss. (ove le altre due citazioni). In senso contrario, però, MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. III, III ed., Milano, 1906, 552 e, soprattutto, LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, vol. I, *Parte generale. Confessione e interrogatorio*, Firenze, 1914, 76 ss.

<sup>158</sup> Ne dà specificamente atto, segnalando anche i contrasti giurisprudenziali, LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., 81 ss.

<sup>159</sup> MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, cit., nota 1.

<sup>160</sup> FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 137 ss.

del modello processuale<sup>161</sup>. Per così dire, l'analisi della dottrina anteriore può essere sintetizzata nell'affermazione senza dubbio icastica, ma dal sapore chiaramente esegetico, di Cesareo-Consolo: «se la legge ha stabilito quali prove possono ordinarsi d'ufficio, ciò è stato per escludere che le altre possano anche d'ufficio ordinarsi»<sup>162</sup>.

Liebman, tuttavia, formula una duplice critica al cuore della tesi di Carnacini, pur nel dichiarato intento di ridare un fondamento alla regola (il principio di disponibilità della prova) messa in crisi dall'impostazione tecnica carnaciniana. Tuttavia, ed è essenziale precisarlo, Liebman non cerca affatto di contestare la natura «tecnica» della disciplina delle iniziative istruttorie nel processo; anzi, al contrario, parte proprio dall'impostazione di Carnacini al fine di trovare un nuovo fondamento del principio dispositivo<sup>163</sup>. Molto chiaramente, infatti, Liebman afferma che «anche le regole tecniche hanno una loro precisa ragion d'essere, almeno in termini di adeguamento dei mezzi al fine da raggiungere» e che, quindi, il principio dispositivo può e deve trovare un «proprio ed autonomo fondamento»<sup>164</sup>.

Liebman, ispirandosi direttamente alla relazione al Re di accompagnamento al nuovo codice di procedura civile, pertanto, rinviene tale fondamento nella «virtù più preziosa del giudice», vale a dire nell'imparzialità. Egli giustifica la propria posizione sostenendo che «assai spesso il domandare è psicologicamente incompatibile col giudicare e l'accrescere oltre misura i poteri d'iniziativa del

---

<sup>161</sup> Parlano genericamente di principio dispositivo, riferendolo sia al principio della domanda sia al principio di disponibilità delle prove, CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, Padova, 1910, 484 s., L. ROSSI, voce *Procedimento civile (forme del)*, in *Dig. it.*, vol. XIX-2, Torino, 1908-1913, 399 e, con riferimento alla disciplina del codice del 1940, ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, vol. I, *Introduzione e parte generale*, Milano, 1942, 348, BORSARI, *Elementi di diritto processuale civile*, Trieste, 1943, 196. Come detto, Mattiolo, invece, analizza i singoli casi di deroga al principio dispositivo, ma da ciò non deriva alcuna costruzione sistematica; cfr. MATTIOLLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, cit., 288. Lo stesso Lessona, pur affermando categoricamente che «l'iniziativa spetta alle parti» non prospetta alcuna ricostruzione sistematica del principio affermato LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., 84. Anche Betti e Redenti, pur ammettendo il carattere attenuato del principio di disponibilità delle prove, hanno comunque prospettato un'interpretazione restrittiva delle deroghe, in un'ottica di mero ausilio alle parti (cfr. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 320. In senso analogo, ad esempio, REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 198 s.).

<sup>162</sup> CESAREO-CONSOLO, *Trattato della prova per testimoni e del relativo procedimento d'esame. Con introduzione sul sistema probatorio in materia civile*, Torino, 1904, 16.

<sup>163</sup> Questo punto è stato subito colto da CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 373, nota 9, il quale constata come anche per Liebman il principio dispositivo sia «un principio di opportunità e non di assoluta necessità». Semmai, come nota sempre Cappelletti, è il principio della domanda che diventa anch'esso tecnico, ossia frutto di ragioni di mera opportunità. In questo senso, cfr. anche MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 195.

<sup>164</sup> LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., 554 s.

giudice può indurlo a prender partito prima di aver giudicato e trasformarsi da giudice sereno in appassionato difensore di una tesi già scelta in anticipo»<sup>165</sup>.

In definitiva, secondo Liebman la necessità, psicologica prima ancora che giuridica, di conservare l'imparzialità del giudice, costituisce il (nuovo) fondamento del principio dispositivo (anche se configurato in chiave puramente tecnica), quale «necessaria garanzia del retto funzionamento della giurisdizione»<sup>166</sup>.

Proprio quest'argomentazione costituirà uno dei *leit-motive* del dibattito dottrinale successivo; e la ragione di ciò (più ideologica che tecnica, come si dirà), si comprende facilmente nelle riflessioni che Cappelletti dedica proprio alla tesi di Liebman. Secondo il primo, infatti, se non si coglie la differenza di fondamento fra principio della domanda e principio di disponibilità delle prove «ci si preclude insomma, in tal modo, la possibilità d'intendere il solco profondo che separa la figura di un giudice che può, anche con iniziative ufficiali, cercare la verità dei fatti (ma soltanto dei fatti) liberamente allegati *hinc et inde* dalle parti; da quella di un giudice svincolato anche sul piano delle allegazioni (e quindi delle domande), e non soltanto sul piano delle prove, dalla volontà delle parti»<sup>167</sup>.

### 1.3. *Vicende del principio dispositivo ed elaborazioni del «diritto alla prova»*

Sembra possibile collocare intorno agli anni Sessanta la prima significativa evoluzione del dibattito dottrinale in tema di poteri istruttori, e appare altresì possibile individuare il tratto distintivo di tale evoluzione nella sua forte impostazione ideologica. Come si è già detto all'inizio del presente capitolo, nel dibattito sui poteri istruttori del giudice ricorrono frequentemente motivazioni di carattere tecnico e motivazioni di carattere ideologico. Si è anche detto che tuttavia l'influsso dei fattori non tecnici varia, per modi e intensità. Senza dubbio, e la considerazione è quasi banale, a partire dagli anni Sessanta – fatta salva la peculiarità del poliedrico pensiero di Pekelis – la componente ideologica assume un'importanza fondamentale, non solo nel diritto<sup>168</sup>.

Con ciò non si vuole ovviamente dire che il dibattito dottrinale sia stato esclusivamente ideologico. Al contrario, come si vedrà, gli aspetti tecnici sono

<sup>165</sup> LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., 557.

<sup>166</sup> LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., 564.

<sup>167</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 373, nota 9 (in realtà la citazione, vista la lunghezza della nota, è a pagina 375).

<sup>168</sup> In proposito è doveroso ricordare il noto saggio PEKELIS, *Legal Techniques and Political Ideologies*, in 41 *Mich. L. Rev.*, 1943, tradotto in italiano come *Tecniche giuridiche e ideologie politiche*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 141 ss. Sull'importanza dell'accostamento ai problemi ideologico-sociali del processo nel pensiero di Pekelis, si veda DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 139 s.

rimasti comunque al centro della discussione. Si intende, invece, segnalare la preponderante importanza delle ideologie nelle scelte delle soluzioni tecniche (da intendersi sia come interpretazioni del diritto vigente sia come proposte di riforma normativa)<sup>169</sup>. Sul punto, comunque, si tornerà meglio in seguito.

Prima di procedere oltre, invece, occorre giustificare – per non correre il rischio di essere imputati di dimenticanze od omissioni – la mancata considerazione, nel paragrafo precedente, del pensiero di Benvenuti<sup>170</sup>. Non si tratta, appunto, di una omissione (o, meglio, lo è, ma è solo momentanea); ciò discende da una precisa scelta espositiva, ritenendosi preferibile posticipare l'analisi delle soluzioni teoriche prospettate da quest'ultimo in un successivo momento della trattazione. Tale scelta sembra giustificabile anzitutto per la sostanziale anomalia con cui il contributo di Benvenuti si inserisce nel dibattito dottrinale italiano<sup>171</sup>. Ma pare possa giustificarsi anche in ragione della maggiore utilità che l'illustrazione posticipata delle sue posizioni possa avere nello sviluppo del discorso che qui si intende perseguire<sup>172</sup>.

Si è detto della maggiore carica ideologica del dibattito dottrinale sviluppatosi a partire dagli anni Sessanta. Un riscontro di questa evoluzione si può ritrovare nel pensiero di Mauro Cappelletti, non a caso inserito in entrambi i gruppi in cui è stata autorevolmente divisa la «storia dogmatica» della dottrina italiana in tema di poteri istruttori del giudice, a seconda del prevalere della «definizione teorica» del principio di disponibilità della prova oppure del relativo «fondamento politico»<sup>173</sup>.

Pur con la consapevolezza dei rischi di semplificazione intrinseci a qualsiasi

<sup>169</sup> Questo approccio verrà emblematicamente illustrato da SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 553, spec. 574, ove molto efficacemente conclude che «ancora una volta, scavando sino ai fondamenti del metodo giuridico, abbiamo scoperto problemi di scelta, di presa di posizione, di applicazione di norme e valori metagiuridici, e la metodologia giuridica è sboccata nella filosofia politica».

<sup>170</sup> Tale pensiero, benché espresso nell'opera dedicata all'istruttoria nel processo amministrativo, prende chiaramente le mosse dal relativo dibattito processualcivilistico; BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, passim, spec. 187 ss.

<sup>171</sup> Al di là del diverso settore disciplinare in cui si colloca l'opera di Benvenuti, le posizioni assunte da quest'ultimo non paiono essere mai entrate a far completamente parte del dibattito in materia. In questo senso, ad esempio, CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 33. E del resto non poteva essere molto diversamente, vista la recensione fortemente critica alla sua opera fatta da Carnelutti; cfr. CARNELUTTI, *Recensione a Feliciano Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 69, il quale, pur dando atto della «notevole e lodevole apertura» di Benvenuti, ritiene che sarebbe stata necessaria una diversa consapevolezza da parte dell'autore, «consapevolezza che se ci fosse stata, il libro ne sarebbe riuscito diverso e migliore»; ciò in quanto, sempre a detta di Carnelutti, Benvenuti «non ha, per ora, neanche il sospetto che i cultori di qualunque scienza, ma quelli della scienza giuridica ancora più degli altri, abbiano bisogno di fondazioni, le quali non si vedono anzi non si debbono vedere ma se non ci sono non reggono l'edificio».

<sup>172</sup> Più specificamente, si rimanda a quanto si dirà nel quarto paragrafo del prossimo capitolo.

<sup>173</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 6.

classificazione o suddivisione, si può comunque riscontrare un mutamento nel pensiero di Cappelletti proprio fra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Sessanta. Nella fondamentale opera sulla testimonianza della parte, infatti, Cappelletti, per sua stessa ammissione, fa «politica normativa», ma «col metodo dell'indagine»; ossia rinuncia a punti astratti, ammettendo la relatività delle soluzioni, ma contestualmente parametrizza l'adeguatezza delle soluzioni prospettate alla «obiettiva realtà, storicamente e fenomenologicamente (sperimentalmente, dunque) considerata»<sup>174</sup>.

Invece, in un'opera di poco successiva, altrettanto famosa, l'atteggiamento appare significativamente più progressista, per non dire militante. Già il titolo (il riferimento, come facilmente intuibile, è a *Processo e ideologie*) denota un'impostazione decisamente meno sistematica e ricostruttiva rispetto alla precedente monografia; in quest'opera, infatti, come giustamente osservato, «lo studio di alcuni fra i temi centrali del processo si è venuto trasformando in un esame appassionato della stessa realtà sociale in cui il processo è chiamato ad operare»<sup>175</sup>.

Ciò emerge in modo ancora più evidente nella premessa dell'opera. A fronte della constatazione circa lo stato «d'incertezza di crisi di angoscia, quale è in maniera eccezionalmente drammatica il tempo presente», Cappelletti ritiene che, se «ciò che si vuol conservare non risponde più alle nuove inderogabili esigenze sociali, materiali e ideali, allora la conservazione non è più ordine, ma reazione». Da ciò l'autore conclude – quasi in una sorta di proclama – che «il giurista, fattosi consapevole della insopprimibile creatività del proprio operare, ha l'obbligo scientifico, oltreché morale, di riportare il centro della propria indagine verso quelle esigenze»<sup>176</sup>.

Come si vedrà, questo nuovo atteggiamento è rivolto soprattutto (anche se non solo) alla disciplina delle prove, ritenuta non più appropriata al contesto sociale e politico del tempo. Questo nuovo atteggiamento si riscontra anche nel pensiero di altri autorevoli processualisti di allora. Il riferimento è, ovviamente, a Denti e al suo famosissimo saggio dedicato all'evoluzione del diritto delle prove, pubblicato proprio a metà degli anni Sessanta<sup>177</sup>.

<sup>174</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 33.

<sup>175</sup> COLESANTI, *Recensione a Mauro Cappelletti, Processo e ideologie*. Bologna, 1969, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 290.

<sup>176</sup> CAPPELLETTI, *Premessa*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, X s. Non a caso, proprio con riferimento a tale raccolta, si è rilevato come i saggi ivi contenuti siano «legati dal filo conduttore del superamento della neutralità della norma giuridica e dall'impegno nel ricercare le migliori riforme possibili per la realizzazione non solo delle situazioni intersoggettive, ma anche dei diritti fondamentali di libertà» (CARPI, *Mauro Cappelletti: una gioiosa curiosità oltre i recinti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 388). Si veda anche DENTI, *Recensione a Cappelletti, Processo e Ideologie*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 75.

<sup>177</sup> DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 30. Sull'evoluzione (e per così dire sulla «trasformazione») del suo pensiero, anche in chiave

Al pari di Cappelletti, il pensiero di Denti è importante non tanto per le soluzioni prospettate quanto soprattutto per il nuovo approccio con cui affronta il tema delle prove e, più specificamente, il problema dei poteri istruttori del giudice<sup>178</sup>. Come è stato giustamente rilevato, né Denti né Cappelletti formulano specifiche proposte di riforma in tema di poteri istruttori; tuttavia, la loro importanza sta proprio nel nuovo spirito, o se vogliono nella nuova ideologia, sottesi all'analisi della disciplina delle prove<sup>179</sup>.

Tale mutamento di approccio si coglie con chiarezza nel saggio di Denti, il quale, in modo molto netto, afferma che il problema di riforma del diritto delle prove non può essere in alcun modo considerato come «mero problema tecnico», implicando al contrario profonde valutazioni politiche e ideologiche<sup>180</sup>; anche perché, continua sempre Denti, «nel campo del processo, non vi è altra materia che più del diritto delle prove rispecchi il travaglio politico, sociale e culturale del mondo contemporaneo»<sup>181</sup>. Ciò implica, nel momento in cui si considera la possibilità di riformare o modificare il diritto delle prove, la necessità di «vedere chiaramente le implicazioni politiche di questa scelta, senza trincerarsi dietro la neutralità delle mere opzioni tecniche»<sup>182</sup>.

I successivi contributi sul tema dei poteri istruttori si inseriscono (e si spiegano) proprio nel contesto di questo mutato atteggiamento, atteggiamento che ha inciso profondamente sull'orientamento della dottrina italiana per almeno tre decenni<sup>183</sup>. Per così dire, tale nuovo approccio metodologico ha dunque «rap-

---

comparatistica, negli anni Sessanta cfr. DONDI, *Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 484, spec. 490 ss.

<sup>178</sup> Per un ulteriore esempio di questo approccio, si veda il dialogo, proprio fra Denti e Cappelletti, sul tema della natura delle prove; entrambi, infatti, auspicano un sostanziale superamento del problema (puramente formale) dell'inquadramento teorico della disciplina delle prove, a favore di un deciso rafforzamento dell'adeguatezza della relativa disciplina alle nuove esigenze sociali. Cfr. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 35 (il quale sottolinea «l'importanza di studiare queste esigenze, di squarciare il velo che copre, con l'apparente neutralità delle operazioni di qualificazione, la realtà dei problemi politici e sociali che spingono verso l'una o verso l'altra soluzione. Si tratta, d'altronde, di una esigenza che oggi è più che mai viva in tutti i nostri studi») e CAPPELLETTI, *La «natura» delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 92.

<sup>179</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 86, il quale afferma che, in effetti, Denti e Cappelletti, pur sottolineando l'aspetto intrinsecamente ideologico, non «prendono posizione» sul sistema migliore.

<sup>180</sup> DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit., 66.

<sup>181</sup> DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit., 70. Sull'importanza di tale passo, cfr. DONDI, *Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, cit., 492.

<sup>182</sup> DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit., 68.

<sup>183</sup> Ancora all'inizio degli anni Novanta, ad esempio, si affermava che «la legge processuale serve anche ad educare e a creare i presupposti per una nuova cultura del processo, che si fondi sulla

presentato una sorta di piedistallo dal quale godere di una vista migliore e davvero favorita»<sup>184</sup>.

L'evoluzione dottrinale successiva, tuttavia, non si spiega né si giustifica solo in base a tale profonda elaborazione. Occorre considerare anche il significativo influsso che, in quegli anni, ha avuto l'effettivo recepimento dei principi costituzionali. Come noto, tale recepimento non è stato immediato; e ciò a causa sia della ritardata entrata in funzione della Corte Costituzionale sia, comunque, della oggettiva difficoltà di applicare principi (se non rivoluzionari) senza dubbio fortemente innovativi rispetto alla tradizione previgente<sup>185</sup>.

Si è trattato, invero, di un «cammino lento ed incerto»<sup>186</sup>. Per contro, si è parlato addirittura di «azione di congelamento della Costituzione, nella quale si coalizzano la scienza giuridica, la giurisprudenza e la politica», azione che ha consentito «alla cultura giuridica di mantenere e riproporre, ancora per tutti gli anni cinquanta, i vecchi paradigmi della neutralità del diritto, della continuità ed apoliticità dello Stato e della scientificità ed avalutatività della dottrina giuridica»<sup>187</sup>.

Nel corso degli anni Sessanta, invece, si assiste a un vero e proprio «disgelo costituzionale»<sup>188</sup>. È a tal riguardo che, in particolare, sfruttando il mutato contesto sociale ed economico, la Corte Costituzionale, divenuta nel frattempo definitivamente operativa, non solo interviene in modo estremamente significativo adeguando molte norme ai nuovi principi della Costituzione, ma, così facendo, facilita la diffusione e il recepimento di tali principi, preparando poi il terreno per le fondamentali riforme del decennio successivo<sup>189</sup>. In proposito è stato giu-

corretta collaborazione tra giudice e parti» (VERDE, *Processo, giudice, giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 756). Cfr. altresì L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 14 ss. Sull'importanza del pensiero di Denti e di Cappelletti nell'evoluzione dottrinale, e anche legislativa, degli anni Sessanta e Settanta, cfr. ancora DONDI, *Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, cit., 495 e CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 612.

<sup>184</sup> DONDI, *Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, cit., 495.

<sup>185</sup> In proposito, si è sottolineato che «l'innovazione basilare della costituzione sta [...] nella stabilizzazione del punto di vista morale all'interno del diritto positivo come istanza di controllo di legittimità sostanziale delle leggi» MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 7. Come si è autorevolmente detto, anche i processualisti hanno maturato tardi un interesse per i principi costituzionali. In questo senso cfr. PROTO PISANI, *Il processo di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 39, CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, cit., 612 e PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 683.

<sup>186</sup> FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 193.

<sup>187</sup> FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., 63.

<sup>188</sup> L'icastica definizione è di PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in *Storia dell'Italia Repubblicana*, vol. II/2, Torino, 1995, 115.

<sup>189</sup> Sull'importanza (non solo in Italia) dell'emersione negli anni successivi alla cessazione del secondo conflitto mondiale, di quella che è stata autorevolmente definita come «giustizia costitu-

stamente affermato che la «stagione riformatrice degli anni '70» si spiega proprio nell'ottica di una effettiva «attuazione degli artt. 3 e 24 della costituzione, principio di uguaglianza, diritti di azione e di difesa, della cui importanza ci si avvede, sulla scorta di una consolidata elaborazione dottrinale, con notevole ritardo al momento di entrata in vigore della costituzione repubblicana»<sup>190</sup>.

Così è avvenuto anche in materia processuale, con particolare riferimento all'elaborazione del diritto alla prova, quale specificazione del più generale diritto di azione, riconosciuto dall'art. 24 Cost.<sup>191</sup>. In effetti, sembra possibile collocare proprio fra l'inizio degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta le principali pronunce con cui la Corte Costituzionale ha riconosciuto e progressivamente affinato la nozione di diritto alla prova<sup>192</sup>. Si rinvengono, in particolare, tre pronunce che delineano il contenuto e i confini di tale diritto, inteso quale «manifestazione essenziale della garanzia dell'azione»<sup>193</sup>.

In particolare, la Corte ha riconosciuto la centralità dell'assunzione giudiziale della prova<sup>194</sup>, l'illegittimità di limitazioni discrezionali immotivate all'esibizione di prove necessarie per conoscere i fatti<sup>195</sup> e la prevalenza del singolo accertamento

---

zionale» cfr. CAPPELLETTI, *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1397 ss.

<sup>190</sup> CARPI, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 111. Parla di ritardi della dottrina processualistica anche PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquant'anni di ritardo*, in *Quad. fior.*, 1999, 734.

<sup>191</sup> In generale, sul tema, cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24 (rapporti civili)*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 13 ss., spec. 63 ss., ID., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, ID., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 965 ss., spec. 979, ID., *Le prove civili*, cit., 35 ss., TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 e E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del "diritto alla prova"*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1984, 159. Più recentemente, FERRER BELTRÁN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion pratica*, 2003, 149 ss.

<sup>192</sup> In argomento cfr. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 867.

<sup>193</sup> TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 74.

<sup>194</sup> Corte Cost., 7 dicembre 1961, n. 70, in *Foro it.*, 1962, I, 13 ss., e in *Giur. it.*, 1961, 1282, con nota di CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e «due process of law clause»)*. In particolare, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che attribuiva efficacia diretta e vincolante nei giudizi di civili all'accertamento amministrativo compiuto dal Genio Civile sulla sussistenza di determinate condizioni tecniche per lo sgombero di immobili; e ciò a prescindere dall'attuazione del contraddittorio in sede amministrativa, in quanto «resterebbe sempre il fatto che il giudice ne è estraneo». In tema si veda diffusamente L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit., 217 ss., spec. 218, nota 10, anche per i riferimenti alla giurisprudenza di legittimità che qualificava l'accertamento del genio civile come «prova legale atipica».

<sup>195</sup> Corte Cost., 3 giugno 1966, n. 53, in *Foro it.*, 1966, I, c. 994, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità delle norme che consentivano alle imprese ferroviarie di non esibire nei giudizi

giudiziale, anche a scapito di esigenze sistematiche o di economia processuale<sup>196</sup>.

Appare piuttosto certamente riscontrabile una linea evolutiva in tali pronunce e un conseguente progressivo affinamento del concetto di diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost.<sup>197</sup>. È soprattutto nella pronuncia del 1966 che tale diritto assume «un contenuto di pienezza correlativo al suo rapporto di necessità con l'esercizio della tutela giurisdizionale»<sup>198</sup> e, come giustamente sottolineato in dottrina, «viene colto il contrasto tra l'interesse generale all'accertamento della verità nel processo e la facoltà, riconosciuta dalla normativa» dichiarata incostituzionale, di non comunicare determinati fatti<sup>199</sup>.

La Corte sottolinea anzi tutto la piena centralità dell'accertamento giudiziale, in quanto, come ritenuto dalla più autorevole dottrina dell'epoca, «sottrarre al giudice (e alle garanzie processuali) l'istruzione significa sottrargli, in ultima analisi, il fondamento stesso della sua decisione»<sup>200</sup>. La stessa Corte, tuttavia, ma evidenza anche la pienezza dell'accertamento. Per citare ancora una volta la sentenza del 1966, «il diritto di difesa non si può risolvere unicamente nella libertà di promuovere l'azione giudiziaria; e il potere del giudice di ricercare o di disporre le prove che ritiene necessarie alla formazione del suo convincimento viene menomato proprio con il negargli la conoscenza di quegli accertamenti»<sup>201</sup>.

All'esito di tale evoluzione della giurisprudenza costituzionale, il diritto alla prova assume concretamente il significato di «diritto di concorrere alla formazione del convincimento del giudice con tutti i mezzi di prova dotati di rilevanza rispetto al *thema decidendum* (salvo i mezzi espressamente vietati o costituzionalmente illeciti)»<sup>202</sup>. E, conseguentemente, il diritto alla prova diventa l'ineli-

civili gli atti e le relazioni relative alle inchieste svolte in caso di sinistri con danni a persone o a cose. In proposito, cfr. ancora L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit., 220.

<sup>196</sup> Corte Cost., 11 marzo 1971, n. 55, <http://www.giurcost.org/decisioni/1971/0055s-71.html>, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 28 del c.p.p. allora vigente, nella parte disponeva che nel giudizio civile o amministrativo l'accertamento dei fatti materiali avvenuto nel processo penale fosse vincolante anche nei confronti di coloro che erano rimasti estranei al procedimento penale. A commento, cfr. L.P. COMOGLIO, *L'incostituzionalità dell'art. 28 cod. proc. pen. e la decisione "overruling" della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 716 ss.

<sup>197</sup> CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 867.

<sup>198</sup> Corte Cost., 3 giugno 1966, n. 53, cit.: ove si afferma chiaramente che «se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita quella tutela».

<sup>199</sup> CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 869.

<sup>200</sup> CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e «due process of law clause»)*, cit., 1292.

<sup>201</sup> Corte Cost., 3 giugno 1966, n. 53, cit.

<sup>202</sup> DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim.*

minabile metro per la decisione dei casi dubbi in cui non sono chiari i limiti alla valutazione del giudice.

Il diverso atteggiamento della dottrina e il significativo influsso della giurisprudenza costituzionale rispecchiano, del resto, proprio le percezioni allora diffuse. Non è ovviamente possibile addentrarsi in analisi di tipo sociologico o politico. Senza dubbio, però, come già rilevava la dottrina in allora, «il conflitto ideologico, che ci è venuto qui in considerazione, sembra costituire oggi la tremenda spada di Damocle che incombe minacciosa sulla esistenza stessa della umanità e quindi della civiltà»<sup>203</sup>. Riprendendo una parafrasi già utilizzata all'inizio di questo capitolo, gli anni Sessanta e Settanta sono molto probabilmente configurabili come periodi del tutto caratterizzati da ideologie «ad alta definizione»<sup>204</sup>.

Anche in questo caso, ovviamente, il discorso non va estremizzato. L'evoluzione dottrinale e legislativa di quegli anni non si spiega certo esclusivamente nel travaglio ideologico e sociale di allora. In proposito, è stato autorevolmente obiettato che la «convulsione dei tempi» e le «correnti eversive» di allora, pur facendosi sentire anche nella scienza del processo, abbiano rappresentato mere «velleità politiche, che non disturbano il cammino glorioso della scienza che riconosce in Chiovenda il suo autore»<sup>205</sup>. Indubbiamente, però, non si può negare che «nel processo civile degli ordinamenti più moderni si riflette invece quel travaglio di “socializzazione” (che non vuol dire necessariamente socialistizzazione) di cui si è parlato»<sup>206</sup>.

D'altro canto, è la complessiva concezione dello Stato che muta a partire dagli anni Sessanta. «È l'epoca – come noto – dell'affermarsi dello ‘stato sociale di diritto’ o *welfare state*, che mira a soppiantare il vecchio ideale ottocentesco dello Stato di diritto liberale-individualistico»<sup>207</sup>. Non si tratta più, ovviamente, dei «bisogni sociali» di Chiovenda (ossia della tutela dei deboli), ma di effettività dei diritti (di tutti i diritti, soprattutto di quelli nuovi, tendenzialmente indisponibili)<sup>208</sup>. Si sviluppa, in sostanza, quella che è stata definita come concezione

---

*dir. proc. civ.*, 1984, 735. In senso conforme, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 78, FERRER BELTRÁN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., 152 ss., nonché L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 35 ss.

<sup>203</sup> CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, cit., 34.

<sup>204</sup> La definizione è parafrasata dall'espressione utilizzata da Ortoleva per indicare i miti e i riti attuali, definiti appunto a «bassa intensità»; cfr. ORTOLEVA, *Il secolo dei media. Riti, abitudini, mitologie*, Milano, 2008, 81 ss.

<sup>205</sup> SATTÀ, *La dottrina del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 709; questo articolo, pubblicato solo nel 1992, è in realtà la trascrizione della registrazione di una conferenza radiofonica di Satta alla Rai del 3 maggio 1974.

<sup>206</sup> CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, cit., 18.

<sup>207</sup> CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, cit., 612.

<sup>208</sup> DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 739.

«neo-garantistica» dello Stato, finalizzata all'attuazione dell'effettiva parità delle armi nel processo. Non si tratta solo di proteggere la parte debole, ma di attuare l'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.<sup>209</sup>.

I principi costituzionali di solidarietà e di eguaglianza incidono non solo sulla disciplina del processo, ma sul processo *tout court*, imponendone la trasformazione «in uno strumento di progresso sociale»<sup>210</sup>. Anzi, secondo Cappelletti «le corti giudiziarie sono il più importante strumento umano creato specificamente per porre rimedio alle ingiustizie»<sup>211</sup>.

Come accennato, questo nuovo approccio ha caratterizzato significativamente almeno gli ultimi tre decenni. Pur nella consapevolezza del rischio di semplificazione implicito in ogni classificazione, sembra comunque individuabile una linea di tendenza in questo lasso di tempo, per quanto lungo e variegato. A una prima fase di elaborazione e di affinamento dei principi o, se vogliamo, delle ideologie da parte della dottrina, indicativamente coincidente con gli anni Sessanta, è seguita una seconda fase (sostanzialmente coincidente con gli anni Settanta) che potremmo definire sperimentale, di applicazione concreta, ma settoriale dei principi elaborati. Si registra, infine, una terza fase, per così dire di piena maturità, in cui i medesimi principi vengono posti alla base di «proposte di politica legislativa e di politica interpretativa» di riforma complessiva del processo civile<sup>212</sup>.

È, in effetti, soprattutto negli anni Sessanta che la dottrina appare concentrata precipuamente nella rielaborazione dei principi processuali e nell'individuazione delle tendenze evolutive del processo, soprattutto alla luce della sua rinnovata funzione sociale. Risalgono proprio a questo periodo alcuni famosi saggi, di ampio respiro culturale prima ancora che giuridico, di Denti e Cappelletti<sup>213</sup>. Se in questi scritti manca una precisa elaborazione di concrete proposte di riforma del diritto vigente, in essi sono comunque delineate le linee di tendenza che influenzeranno gran parte del dibattito successivo<sup>214</sup>. In questo quadro, assume importanza decisiva il dato comparatistico, fino ad allora trascurato o, quantomeno, considerato senza la dovuta consapevolezza<sup>215</sup>. Ed è proprio dal

<sup>209</sup> DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, cit., 730.

<sup>210</sup> L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, cit., 18.

<sup>211</sup> CAPPELLETTI, *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, cit., 1423.

<sup>212</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 190. In realtà, come giustamente è stato osservato, lo spirito riformatore del legislatore italiano di allora (per certi versi «unico nei paesi occidentali») riguardava molti settori del diritto; cfr. V. FERRARI, *Sociologia del diritto e riforma del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1233.

<sup>213</sup> Solo per citarne alcuni, ricordiamo DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit., 30 e CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, cit., 169.

<sup>214</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 86.

<sup>215</sup> DONDI, *Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, cit., 490 ss.

dato comparatistico che Denti e Cappelletti traggono la convinzione che la «tendenza evolutiva di tutti gli ordinamenti processuali moderni» è nel senso di un incremento dei poteri istruttori del giudice<sup>216</sup>.

In estrema sintesi, con specifico riferimento alla questione dei poteri istruttori del giudice, il grande merito (e la conseguente importanza) del pensiero di Denti e Cappelletti risiede soprattutto nell'individuazione di alcuni assunti che costituiranno il fondamento del dibattito successivo; ossia, l'importanza del dato comparatistico, la fine del dogma della neutralità del ruolo del giudice e la consapevolezza delle implicazioni ideologiche e sociali nelle scelte di politica legislativa. Il tutto ovviamente nella cornice di un processo concepito non più (solo) come strumento al servizio del diritto sostanziale, ma come mezzo di effettiva realizzazione delle esigenze di uguaglianza e di giustizia sostanziale dello Stato moderno<sup>217</sup>.

La prima vera presa di posizione di riforma ispirata a questi nuovi orientamenti si rinviene in un noto saggio di Grasso<sup>218</sup>. È appunto ispirandosi al pensiero di Denti e Cappelletti e chiaramente ispirandosi al principio costituzionale di uguaglianza sostanziale, che egli elabora (o meglio colora di nuova intensità) il principio di collaborazione nel processo civile. Più specificamente, Grasso pone in evidenza come in passato la collaborazione nel processo fosse concepita, per così dire, "in negativo", come limitazione e condizionamento reciproco. Egli ritiene cioè che, al contrario, a essa vada attribuito un valore eminentemente propositivo. «L'idea della collaborazione è invece essenzialmente positiva; essa è suggerita da una pluralità di persone operanti contemporaneamente e di concerto per conseguire un risultato di sintesi, quale non può essere raggiunto da un solo individuo»<sup>219</sup>.

Nel pensiero di Grasso si manifesta con chiarezza l'influsso dell'idea di un'uguaglianza intesa in senso materiale e sostanziale. Ed è proprio alla luce di tale idea di uguaglianza che devono essere reinterpretati i principi tradizionali del processo, come in particolare quello del contraddittorio. In proposito, egli molto lucidamente sottolinea che «la posizione paritaria, che si assicura in tal modo

---

<sup>216</sup> CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 151. In senso sostanzialmente analogo DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit., 33 (ove la critica al dogma della neutralità del giudice) e 42.

<sup>217</sup> Per una esplicitazione di tale nuova concezione e del suo influsso sulle riforme processuali, con specifico riferimento al rito del lavoro, cfr. PROTO PISANI, *Nuovo processo del lavoro e prospettive di riforma della giustizia civile in Italia*, in ID., *Nuovi studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1992, 42 ss., spec. 53 ss. Si veda ancora DONDI, *Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, cit., 490 ss., nonché L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, cit., 14.

<sup>218</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 89.

<sup>219</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 586.

alla parte, cessa di essere il platonico riconoscimento di un diritto naturale di eguaglianza e diventa strumento positivo di ricerca della verità, solo se può sempre estrinsecarsi in un intervento, che realizzi, fra i soggetti del processo, quell'incontro senza il quale la preparazione della causa resta, nella sostanza, opera individuale, pur nella formale pluralità degli agenti»<sup>220</sup>.

In coerenza con tale impostazione, vengono da Grasso ricavati alcuni corollari. E segnatamente che: il processo non è una lotta o un gioco, ma «un dialogo», in cui, pur nella contrapposizione fra le parti, il giudice deve avere la possibilità di avere a disposizione per la propria decisione elementi di giudizio compiutamente elaborati, e non solo «ciò che l'opportunità o la debolezza e l'imprudenza dell'avversario abbiano consigliato di somministrare e di mettere in evidenza»<sup>221</sup>. Di conseguenza, al giudice devono essere attribuiti i poteri necessari per «promuovere l'attività necessaria per la preparazione dei dati della decisione»; poteri tuttavia da esercitarsi, però, non in via suppletiva o sostitutiva, ma con la «simultanea partecipazione dei soggetti privati»<sup>222</sup>. Infine il principio di collaborazione, inteso in senso sostanziale e conseguentemente potenziato, induce a reinterpretare l'art. 88 c.p.c. come istitutivo di un vero e proprio dovere di verità in capo alle parti<sup>223</sup>.

Sulla base di queste premesse Grasso perviene alla logica conclusione che «il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei tre soggetti, nell'intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (*unus actus*) che penetra nella materia della ricerca della verità»<sup>224</sup>.

La posizione di Grasso appare radicale; e ciò in quanto, in qualche misura, estremizza o comunque porta alle estreme conseguenze gli insegnamenti di Denti e Cappelletti. È a questo punto, però, che il dibattito dottrinale si modifica significativamente. Dopo il saggio di Carnacini, la dottrina considera ormai acquisita la compatibilità dell'attribuzione al giudice di poteri istruttori con un processo improntato sul principio della domanda; il tutto, a condizione che, come ritenuto da Cappelletti, anche l'allegazione dei fatti principali rimanga nel monopolio esclusivo delle parti<sup>225</sup>. Il dibattito ora si sposta nel cercare di indivi-

<sup>220</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., 589.

<sup>221</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., 593.

<sup>222</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., 597.

<sup>223</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., 600.

<sup>224</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., 608.

<sup>225</sup> Questo costituisce un assunto sostanzialmente comune a quasi tutti i saggi pubblicati nel corso degli anni Settanta. Cfr. in proposito, VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, II, *Il diritto italiano vigente*, Bologna, 1970, 638, FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 593, VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del la-*

duare i limiti entro cui sia possibile «slegare le mani al giudice» pur rimanendo all'interno del principio dispositivo<sup>226</sup>.

#### 1.4. *Riforme processuali della seconda metà del Novecento e poteri istruttori del giudice*

Come già si accennava nel precedente paragrafo, successivamente all'elaborazione teorica, i nuovi principi hanno trovato concreta applicazione, anche se settoriale. In effetti, il dibattito sui poteri è stato rinfocolato da alcune importanti riforme avvenute agli inizi degli anni Settanta, tutte chiaramente caratterizzate da un forte aumento dei poteri istruttori del giudice e dalla concezione del processo come strumento di attuazione dell'uguaglianza sostanziale. Il riferimento è, ovviamente, alla riforma del processo del lavoro, alla riforma del processo locatizio e alle norme processuali contenute nella legge introduttiva del divorzio<sup>227</sup>.

Tutte queste riforme appaiono ispirate all'esigenza (anch'essa coniugazione del principio di uguaglianza sostanziale) di differenziazione delle tutele. In effetti, soprattutto in occasione della riforma realizzata con la l. 11 agosto 1973, n. 533, la dottrina italiana si è a lungo e vivacemente interrogata su cosa si debba intendere per «tutela giurisdizionale differenziata» e su quali siano i limiti eventualmente imposti al legislatore nella predisposizione di specifiche e settoriali discipline processuali. In realtà, come è stato riconosciuto anche dagli stessi studiosi impegnati in tale dibattito, la predisposizione di apposite regole processuali per determinate controversie non era e non è certamente una novità per l'ordinamento italiano<sup>228</sup>.

---

vo, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 224 e MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189. In proposito, si veda anche CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 92 secondo il quale la concezione risultante dall'elaborazione di Carnacini e di Cappelletti appariva comunque tranquillizzante alla dottrina o, comunque, tale da non prospettare seri rischi di destabilizzazione. Sui principi invocabili in tema di allegazione, cfr. infine la compiuta e approfondita sintesi di L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 102 ss.

<sup>226</sup> VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, II, *Il diritto italiano vigente*, Bologna, 1965, 654.

<sup>227</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 4. In generale, sulle tendenze complessive di riforma del processo di quegli anni, nel dichiarato intento di rendere il processo «meno curiale e più accessibile», cfr. V. FERRARI, *Sociologia del diritto e riforma del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1229 ss., spec. 1236. Sulla comune linea di tendenza di tali riforme, proprio nell'ottica del rafforzamento dei poteri istruttori del giudice, cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 614, MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXV ed., Milano, 2016. In tema cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2017, 299 ss.

<sup>228</sup> I contributi più significativi in merito a questo dibattito si devono a: PROTO PISANI, *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Cacucci editore, Bari, 1982; ID.,

In realtà, gran parte delle riforme di allora, fortemente ispirate dalla dottrina contemporanea, appaiono connotate da un notevole rafforzamento dei poteri istruttori del giudice all'interno di interventi organici di modifica<sup>229</sup>. In proposito, appare significativa soprattutto la riforma del processo del lavoro; l'attribuzione al giudice di amplissimi poteri istruttori, infatti, per quanto in realtà già prevista nella disciplina previgente, assume connotati del tutto nuovi. L'art. 421 c.p.c., infatti, costituisce anzitutto «forse il profilo più saliente del nuovo processo del lavoro», proprio nell'ottica della differenziazione delle tutele<sup>230</sup>; allo stesso tempo rappresenta una sorta di anticipazione della successiva evoluzione dell'intero processo di cognizione<sup>231</sup>.

È quasi superfluo sottolineare come si collochi in tale contesto l'ampio dibattito dottrinale in tema di poteri istruttori con il correlato il problema dell'imparzialità del giudice. L'attribuzione al giudice del potere di disporre d'ufficio «ogni mezzo di prova», per giunta «in qualsiasi momento» e «anche al di fuori dei limiti stabiliti dal Codice civile», come stabilito dall'art. 421 c.p.c., non a caso icasticamente definito come «manifesto inquisitorio» del processo del lavoro<sup>232</sup>, portano nuovamente al centro dell'attenzione il problema dell'individua-

---

*Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536, CAPPELLETTI, *Giustizia e Società*, Milano, 1972, spec. 299 ss.; CARPI, *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 237; CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 752; COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, 163 ss.; MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutele differenziate" nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592; NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3 ss.; VERDE, *Profili del processo civile. Parte generale*, Napoli, Jovene, 1994, IV ed., spec. 9 ss.; ID., *Unicità e pluralità di riti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 659; e VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, Milano, 1983, II, 761.

<sup>229</sup> In argomento, cfr. CIPRIANI, *Il contributo dei processualisti alla legislazione italiana (1946-1996)*, in *Foro it.*, 1997, V, 19 ss.

<sup>230</sup> FAZZALARI, *I poteri istruttori del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 592. Per ulteriori approfondimenti, circa l'evoluzione e l'ambito operativo di siffatti poteri, cfr. più recentemente, L.P. COMOGLIO, *I poteri istruttori del giudice del lavoro*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro. Problemi attuali sul processo del lavoro*, vol. 3, Milano, 2006, 219 ss. e RUFFINI, *Nuove produzioni documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario ed in quello del lavoro*, in *Corr. Giur.*, 2003, 918.

<sup>231</sup> In questo senso, si legga DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 40, il quale pone in luce l'approccio innovativo della riforma del processo del lavoro e la configurazione di tali norme come espressione «di esigenze tecnico-processuali valide in generale, e tendenzialmente trasferibili al procedimento ordinario». Più diffusamente, si vedano PROTO PISANI, *Nuovo processo del lavoro e prospettive di riforma della giustizia civile in Italia*, cit., 42 ss., spec. 53 ss. e V. FERRARI, *Sociologia del diritto e riforma del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1245.

<sup>232</sup> La definizione è di CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 15.

zione dei limiti entro cui il giudice possa esercitare i poteri attribuitigli senza perdere la propria imparzialità.

Proprio questo rappresenta il filo conduttore che accomuna gli interventi che in quegli anni sono stati pubblicati sul tema dalla più autorevole dottrina di allora, sostanzialmente accomunata dal timore, variamente percepito, che gli incisivi poteri istruttori attribuiti dalle recenti riforme trasformassero in chiave inquisitoria l'istruttoria<sup>233</sup>. Ad onor del vero, si trattava di preoccupazioni forse eccessive, «data la mentalità antiinquisitoria della grande maggioranza dei nostri magistrati»<sup>234</sup>. A maggior ragione oggi simili preoccupazioni possono apparire eccessive, in considerazione dello scarsissimo uso di tali poteri nella pratica giudiziaria<sup>235</sup>. In ogni caso, è proprio nella rilevanza sistematica, potenzialmente dirompente delle nuove norme che può rinvenirsi la ragione fondante delle proposte di «giustificare seri tentativi di prevenzione»<sup>236</sup>.

In effetti, pur con toni molto differenziati, la dottrina di tale periodo manifesta comunque un certo timore nei confronti dell'attribuzione al giudice di poteri istruttori molto vasti, come appunto avvenuto nel rito del lavoro. E ciò pur al netto del constatato insuccesso dell'attribuzione dei poteri di iniziativa processuale al pubblico ministero<sup>237</sup>. Si va dalle posizioni decisamente contrarie all'estensione dei poteri istruttori del giudice di Montesano e di Fazzalari, a quelle più concilianti, ma comunque prudenti, di Vellani e Verde. Se i primi sono certi che l'attribuzione di tali poteri incida negativamente sull'imparzialità del giudice, i secondi sono invece preoccupati che, in concreto, l'attribuzione di tali poteri possa effettivamente influenzare il giudice.

La posizione più radicale, e in questo senso più ideologica, è quella di Fazzalari, il quale contesta in radice la ragione di fondo che è stata prospettata per attribuire al giudice maggiori poteri istruttori, ossa la tutela della parte debole. Egli parla di tale obiettivo in termini di mero «slogan», utilizzato al solo fine di riformare le norme sulla base di valori «tratti aliunde, dalle proprie vedute private (o, peggio, di parte)»<sup>238</sup>. L'attacco è certamente molto duro; più specificamente, secondo Fazzalari, al di là delle difficoltà di reperire un criterio chiaro per individuare la parte debole, il problema andrebbe risolto prima e al di fuori del processo. La parte, in-

---

<sup>233</sup> Il riferimento è, ovviamente, ai notissimi contributi di VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, II, *Il diritto italiano vigente*, cit., 654, FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 193, VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 220 e MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 189.

<sup>234</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 190.

<sup>235</sup> CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 12.

<sup>236</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 190.

<sup>237</sup> VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 225.

<sup>238</sup> FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, cit., 194.

fatti, dovrebbe comparire davanti al giudice «già munito dell'usbergo che lo metta al sicuro della sua stessa debolezza e che renda omnimamente superflui poteri, per così dire suppletori, del giudice in di lui vantaggio»<sup>239</sup>.

Da ciò discende la conclusione che «parità nel processo significa attribuzione alle parti contrapposte di simmetrici poteri, facoltà, doveri»<sup>240</sup>. Tale conclusione, però, è in parte (e inaspettatamente) attenuata; Fazzalari, infatti, ritiene comunque possibile l'attribuzione al giudice di qualche potere istruttorio, purché, però, tali poteri non siano usati per favorire una sola parte<sup>241</sup>.

Non meno critica (ma probabilmente meno ideologica, almeno all'apparenza) è la posizione di Montesano. O meglio, il discorso è certamente influenzato da una ben precisa ideologia di fondo (del resto egli stesso afferma di credere che «un civile diritto del processo civile abbia sana e lunga vita solo in liberale cultura») <sup>242</sup>. Tuttavia, Montesano cerca di giustificare la propria contrarietà all'attribuzione di poteri istruttori al giudice sulla base di ragioni tecniche. Egli ritiene che non siano sufficienti le argomentazioni «psicologiche» prospettate da Liebman, né ritiene possibile interpretare restrittivamente i casi in cui la disciplina vigente attribuisce al giudice poteri ufficiosi<sup>243</sup>.

In effetti, la soluzione proposta da Montesano è molto interessante e, come vedremo, ha sicuramente influito sul successivo dibattito e, soprattutto, sull'interpretazione giurisprudenziale dei poteri ufficiosi del giudice. Montesano distingue «la fonte materiale di prova, che va cercata e trovata fuori del processo» dal vero e proprio «mezzo istruttorio di quella fonte, cioè il procedimento, tipizzato dalla legge, che, sull'impulso dello stesso soggetto che ha acquisito quella fonte, o di altri, viene svolto per “assumere” al giudizio la fonte medesima»<sup>244</sup>.

<sup>239</sup> FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, cit., 198.

<sup>240</sup> FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, cit., 200. Cfr. anche FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 202 s.

<sup>241</sup> FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, cit., 202. Si veda in proposito, FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 203, il quale sottolinea la configurazione tendenzialmente inderogabile del principio di imparzialità del giudice nel pensiero di Fazzalari, configurazione ritenuta frutto di «una significativa evoluzione rispetto alla precedente posizione di Liebman [proprio] in quanto il principio della terzietà ed imparzialità del giudice cessa di essere un principio derogabile».

<sup>242</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 190.

<sup>243</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 193 ss. Per una specifica analisi delle critiche mosse alla tesi di Liebman, cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 205.

<sup>244</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 195. Sul punto, cfr. ancora una volta FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 206 ss., il quale giustamente rileva come, stando alla posizione di Montesano, al giudice sarebbero sempre vietati poteri di autonoma ricerca delle fonti di prova. Infine, sui rapporti fra poteri istruttori d'ufficio e imparzialità del giudice, cfr. pure L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 136 ss.

Questa distinzione presenta molti tratti comuni con quella proposta un decennio prima da Benvenuti fra istruzione primaria e istruzione secondaria (su cui si tornerà meglio in seguito). In sostanza, Montesano sostiene che l'imparzialità del giudice sia messa in pericolo esclusivamente nel caso in cui gli fosse attribuito il potere di ricercare nella realtà extraprocessuale le fonti materiali di prova<sup>245</sup>. In ragione di ciò sempre Montesano ritiene che il divieto di tale tipo di iniziativa sia sancito (non dall'art. 115 c.p.c., bensì) dall'art. 2697 c.c. e che, quindi, tale articolo conterrebbe in realtà «due norme: l'una disciplinante (con la regola del giudizio sul fatto incerto) una parte della decisione giudiziaria, l'altra riguardante la ricerca e la preparazione, fuori del processo, delle fonti di prova e la loro immissione nelle vicende del processo medesimo»<sup>246</sup>.

Una tale lettura della norma in tema di onere della prova appare un po' forzata e, se vogliamo, piegata proprio in funzione dell'obiettivo prefisso, ossia escludere l'attribuzione al giudice di poteri di istruzione extraprocessuale. Paradossalmente, però, la tesi di Montesano ha reso legittimi tali poteri, se circoscritti a specifici contesti e garantiti da una successiva fase a cognizione ordinaria, e ha ammesso la compatibilità dei poteri istruttori del giudice se limitati «alle fonti di prova che sono emerse, nei sensi già chiariti, da allegazioni e difese delle parti solo in fase successive a quelle preclusioni»<sup>247</sup>.

Come si tenterà di chiarire meglio in seguito parlando della posizione di Benvenuti, sostanzialmente per Montesano risulterebbero incompatibili con l'imparzialità del giudice i poteri di istruzione primaria (salvi alcuni e limitati casi), mentre appaiono pienamente legittimi i poteri di istruzione secondaria. Sul punto, comunque, occorrerà anche segnalare come proprio la posizione di Montesano sia quella poi effettivamente accolta, non si sa quanto consapevolmente, dalla giurisprudenza<sup>248</sup>.

Ma torniamo, invece, al dibattito dottrinale degli anni Settanta. Si è detto delle posizioni più permissive di Vellani e Verde. Non molto convincente appa-

<sup>245</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 195, il quale, inoltre sottolinea, in ciò criticando Cavallone, come il giudice in teoria potrebbe avrebbe strumenti "procedimentali" per la propria autonoma ricerca delle fonti di prova. Cfr., al riguardo, CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678, poi edito anche in ID., *Il giudice e la prova*, Milano, 1991, 318 (da cui sono tratte le citazioni).

<sup>246</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 200.

<sup>247</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 205. In questi termini, cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 212 s., secondo il quale «particolarmente significativo, pare, dunque, non solo il tentativo effettuato di rendere compatibile l'attribuzione al giudice di poteri di iniziativa probatoria ufficiosa con il rispetto della sua terzietà ed imparzialità, ma anche, e direi soprattutto, il netto distinguo al contempo operato fra mera attribuzione al giudice di poteri di questo tipo ed attribuzione allo stesso di poteri propriamente inquisitori».

<sup>248</sup> In proposito si rimanda a quanto si dirà nel successivo paragrafo 1.5.

re la prima, non per le conclusioni in sé, quanto per la latente incertezza delle argomentazioni utilizzate. Secondo Vellani, infatti, pur non essendovi incompatibilità fra un processo imperniato sul principio della domanda e l'attribuzione di poteri istruttori al giudice, tuttavia, sarebbe «in linea di massima opportuno» lasciare alle parti l'iniziativa istruttoria<sup>249</sup>. In altri termini, proprio per evitare di minare l'imparzialità del giudice e per non rendere inquisitorio il processo, sarebbe necessario che «la prevalenza [dell'iniziativa istruttoria, n.d.r.] resti alle parti»<sup>250</sup>.

Sembra possibile affermare che la posizione di Vellani si spieghi anche in ragione del diverso obiettivo della sua ricerca, essenzialmente dedicata al ruolo del pubblico ministero; tanto è vero che egli comunque conclude per la necessità di rafforzarne il ruolo, proprio al fine di evitare il rischio di minare l'imparzialità del giudice<sup>251</sup>. Questo, tuttavia, non pare sufficiente per giustificare le argomentazioni utilizzate, certamente non convincenti; lo si ripeta, la critica non riguarda in sé le conclusioni raggiunte, quanto essenzialmente per la genericità delle argomentazioni utilizzate. Egli, infatti, non chiarisce – e il punto non poteva certo essere obliterato – come si possa capire quando vi sia prevalenza dell'iniziativa istruttoria in capo alle parti né perché vi debba essere tale prevalenza. Ovviamente, l'incertezza delle argomentazioni non consente di accettare neppure le conclusioni, ma sul punto appare opportuno ritornare in seguito.

Più conciliante appare la posizione di Verde, il quale, pur con prudenza, si mostra sostanzialmente favorevole all'attribuzione di poteri istruttori al giudice. Va detto, però, che tale presa di posizione si differenzia alquanto rispetto a quelle esaminate in precedenza, visto il diverso angolo visuale in cui si colloca. Questo autore, infatti, affronta il problema dei poteri istruttori del giudice soprattutto con riferimento al problema delle controversie relative a diritti indisponibili o, comunque, concernenti norme inderogabili. In effetti, Verde rimarca l'attualità del problema della differenziazione della disciplina processuale a seconda del diverso regime di disponibilità del diritto. Si tratta di un problema ben presente alla dottrina anteriore al codice del 1940 e apparentemente risolto dal legislatore mediante l'attribuzione dei poteri di iniziativa al pubblico ministero<sup>252</sup>.

È proprio sotto questo specifico angolo visuale che si comprende la posizione di Verde. Il punto di partenza, come già detto, è rappresentato dalle conclusioni raggiunte da Carnacini e da Cappelletti. Anzitutto, Verde ritiene che sia

<sup>249</sup> VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, II, *Il diritto italiano vigente*, cit., 655.

<sup>250</sup> VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, II, *Il diritto italiano vigente*, cit., 659.

<sup>251</sup> VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, II, *Il diritto italiano vigente*, cit., 661.

<sup>252</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti, VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, I, *Profilo storico*, Bologna, 1965, *passim*. Sul problema si veda anche LIEBMAN, *Il fondamento del principio dispositivo*, cit., 7.

altamente sconsigliabile attribuire al giudice poteri di iniziativa in termini di allegazione, anche per le controversie su diritti indisponibili (in cui, semmai, occorrerebbe estendere la legittimazione ad agire a più soggetti)<sup>253</sup>. Diverso è il discorso per quanto riguarda le iniziative istruttorie. Egli, infatti, ammette la possibilità di derogare al regime monopolistico delle parti in materia istruttoria, ma sottolinea le possibili diversità di ragioni. Nel rito del lavoro, ad esempio, tali deroghe servono a bilanciare una disparità sostanziale fra le parti; nel caso di controversie su diritti indisponibili invece, i poteri istruttori sarebbero «un logico corollario della situazione sostanziale, così che non ne venga permessa l'elusione»<sup>254</sup>.

La posizione di Verde è particolarmente interessante; innanzi tutto, con grande sensibilità egli coglie quei rischi di irrigidimento in senso dispositivo cui poi il rito del lavoro andrà effettivamente incontro. In senso esattamente contrario rispetto a Montesano, infatti, Verde ritiene che i poteri istruttori del giudice non possano e non debbano essere interpretati restrittivamente, ossia limitati all'istruzione secondaria; analogamente egli ritiene che tali poteri non possano essere esclusi qualora la parte sia incorsa in qualche preclusione o decadenza<sup>255</sup>.

Inoltre, decisamente interessante, per quanto non sviluppato in modo completo, è anche la considerazione secondo cui l'eliminazione o comunque l'attenuazione del monopolio delle parti nelle cause su diritti indisponibili si giustifichi non tanto per ragioni di mera opportunità, quanto piuttosto per ragioni di necessità logica, derivanti proprio dalla particolare struttura del diritto oggetto di controversia. Tale rilievo, decisamente innovativo e fecondo, avrebbe probabilmente necessitato qualche chiarimento ulteriore (non essendo molto chiaro, ad esempio, se ciò valga solo per le controversie su diritti indisponibili o anche per le controversie su diritti disponibili qualora sia necessario applicare norme inderogabili). Lo spunto non pare essere stato colto, tuttavia, dalla dottrina successiva, che ha affrontato il problema dei poteri istruttori senza alcuna particolare distinzione in merito alla natura del diritto controverso.

Dopo l'elaborazione teorica e la sperimentazione settoriale, si può dire che la dottrina si interroghi sulla possibile estensione dei poteri istruttori del giudice del lavoro anche al processo ordinario di cognizione. In primo luogo, si propone di rileggere e reinterpretare le norme regolanti il rapporto fra parti e giudice in tema di iniziative istruttorie; in secondo luogo, si propone, *de lege ferenda*, la complessiva riforma del processo ordinario di cognizione in conformità alle tendenze evolutive del diritto delle prove. Del resto, come giustamente notato,

---

<sup>253</sup> VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 228. Sul punto, cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 301, nota 348.

<sup>254</sup> VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 239.

<sup>255</sup> VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 249.

questo poteva considerarsi «il prevedibile punto d'arrivo di una lunga storia di dogmi e di ideologie del processo civile, al cui svolgimento ha contribuito, negli ultimi decenni, soprattutto la nostra dottrina, o almeno quella parte di essa che più attentamente si è occupata dei modi in cui possono atteggiarsi, nella disciplina dell'istruzione probatoria, il ruolo delle parti e quello del giudice»<sup>256</sup>.

Notoriamente, il primo a proporre una rilettura del diritto vigente sulla base dei nuovi orientamenti dottrinali e dei principi costituzionali, è Edoardo Flavio Ricci, che non a caso, *ex professo*, come dimostra chiaramente il titolo di un suo saggio famosissimo, parla del principio dispositivo come di un «problema di diritto vigente»<sup>257</sup>.

La tesi esposta da Ricci è tanto nota quanto certamente molto raffinata. Egli, facendo proprio l'*acquis* del pensiero dottrinale precedente (con particolare riferimento alle elaborazioni di Carnacini e di Cappelletti), contesta l'effettiva vigenza nel nostro ordinamento di un principio dispositivo (o del principio dispositivo in senso improprio, secondo Cappelletti, o del principio di disponibilità delle prove, secondo la terminologia codicistica). Più specificamente, Ricci ritiene che, contrariamente a quanto fino ad allora ritenuto dalla dottrina in modo sostanzialmente unanime, l'art. 115 c.p.c. non riconosca affatto tale principio, ma al contrario disciplini unicamente il c.d. diritto alla prova. Detto in altri termini, l'inciso «salvi i casi previsti dalla legge» andrebbe riferito non ai casi di prove disponibili d'ufficio (configurandoli così eccezionali), ma ai casi di inammissibilità o irrilevanza delle prove<sup>258</sup>.

Si tratta, a tutti gli effetti, di un tentativo di rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 115 c.p.c.; posto che ovviamente il legislatore del 1940, nel redigere tale norma, non poteva aver presente il diritto alla prova, sia perché la

<sup>256</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 6.

<sup>257</sup> E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 380. In effetti la dottrina precedente riteneva pacificamente che l'art. 115 c.p.c. riconoscesse esplicitamente il principio di disponibilità della prova; cfr., ad esempio e per ulteriori riferimenti ANDRIOLI, *Dei poteri del giudice*, in ID., *Commentario al codice di procedura civile*, II ed., vol. I, *Disposizioni generali*, Napoli, 1943, 315 (il quale, tuttavia, equipara il principio anche a quello individuato dal brocardo *quod non est in actis non est in mundo*; su questi argomenti, circa la non coincidenza fra tali principi, si rimanda in particolare all'ultimo capitolo), SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, 106, GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in ALLORIO, *Commentario del codice di procedura civile*, Libro I, Tomo II, *Art. 69-162*, Torino, 1973, 1301 (il quale, comunque, rilevava che in considerazione delle numerose eccezioni previste, il principio di disponibilità della prova non potesse comunque considerarsi esclusivo, prospettandosi «due regimi coesistenti, dei quali uno è posto come regola e l'altro come eccezione»), nonché, nella dottrina immediatamente successiva all'emanazione del codice, del resto, CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit., 241, ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, vol. I, *Introduzione e parte generale*, Milano, 1942, 348, BORSARI, *Elementi di diritto processuale civile*, Trieste, 1943, 196.

<sup>258</sup> E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., 383.

Costituzione ancora non c'era sia perché, come si è visto in precedenza, l'elaborazione di tale diritto è avvenuta solo negli anni Sessanta<sup>259</sup>. Altrettanto, Ricci è del tutto consapevole del carattere fortemente innovativo della propria interpretazione; in effetti, non ritiene di aver raggiunto una conclusione, ma si limita a sottolineare «l'esigenza di una rinnovata discussione»<sup>260</sup>.

Si può affermare che quantomeno quest'ultimo intento è perfettamente riuscito. Non solo la posizione di Ricci ha avuta una vasta eco nella dottrina di allora, ma soprattutto la sua rilettura dell'art. 115 c.p.c. è stata presa come riferimento e punto di partenza dalla più recente dottrina. Fra i primi a reagire alle «affermazioni eterodosse» di Ricci è Cavallone<sup>261</sup>. Le obiezioni mosse da quest'ultimo riguardano sia in generale la rilettura dell'art. 115 c.p.c. proposta da Ricci sia, più in particolare, la riconfigurazione della disciplina della testimonianza ipotizzata da quest'ultimo. Tutte obiezioni che meriterebbero nel loro complesso un effettivo approfondimento. Qui, tuttavia, appare opportuno limitarsi a quelle dedicate all'art. 115 c.p.c., con riserva di approfondire le altre al termine dell'illustrazione dell'evoluzione del dibattito dottrinale in tema di poteri istruttori<sup>262</sup>.

Più precisamente, secondo Cavallone la codificazione del principio dispositivo nell'art. 115 c.p.c. sarebbe dimostrata dalla relazione al Re di accompagnamento al codice, dalla presenza di altre norme incompatibili con una generale ammissibilità di iniziative istruttorie da parte del giudice (quali gli artt. 187, quarto comma, 209 e 245, primo comma, c.p.c.) e, infine, dal fatto che l'utilizzabilità dei fatti notori non derogherebbe al diritto alla prova quanto piuttosto al divieto di scienza privata<sup>263</sup>.

Le argomentazioni svolte da Cavallone appaiono molto sofisticate e in gran parte condivisibili. Ad esempio, sembra difficile negare che l'impianto complessivo del sistema probatorio configuri l'attribuzione al giudice di poteri di iniziativa istruttoria come eccezionale. Altrettanto condivisibile è l'affermazione secondo cui il secondo comma dell'art. 115 c.p.c. non deroga al diritto alla prova, anche perché, come sottolinea Cavallone, la nozione di diritto alla prova utilizzata da Ricci non è del tutto coerente con quella elaborata dalla dottrina e, so-

<sup>259</sup> Di questo Ricci è pienamente consapevole, del resto; cfr. E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., 384.

<sup>260</sup> E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., 389.

<sup>261</sup> CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., 290.

<sup>262</sup> Anche in questo caso si rimanda più specificamente al paragrafo 1.5. di questo capitolo, in cui si cercherà di trarre alcuni spunti di sintesi dal dibattito in tema di poteri istruttori.

<sup>263</sup> CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., 293. La tesi secondo cui l'art. 115 c.p.c. rappresenti la codificazione del divieto di scienza privata da parte del giudice sarà poi ulteriormente ribadita e ampliata da Cavallone successivamente (CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, 2016, 231, già pubblicato in *Riv. dir. proc.*, 2009, 861). Sullo specifico tema della scienza privata del giudice si tornerà alla fine di questo capitolo.

prattutto, dalla Corte Costituzionale. In effetti, come si è detto in precedenza, il diritto alla prova si configura come diritto a richiedere i mezzi di prova e ad ottenerne l'ammissione; non rientra, invece, in tale nozione il diritto che il convincimento del giudice sia necessariamente fondato sulle prove proposte<sup>264</sup>.

Ma non solo. Anche seguendo il discorso di Ricci non pare comunque possibile considerare il secondo comma dell'art. 115 c.p.c. come una vera e propria deroga al diritto alla prova. Pur ipotizzando di includere nel diritto alla prova il diritto non solo di richiedere i mezzi di prova ma anche di imporre al giudice la valutazione degli stessi, questo non implica comunque che il giudice debba per ciò solo limitarsi a esaminare le prove proposte dalle parti. Un conto è sostenere che il giudice "deve" considerare le prove proposte dalle parti, ben altro è sostenere che il giudice deve considerare "solo" le prove proposte dalle parti. A rigore solo la prima interpretazione può rientrare nella nozione di diritto alla prova. E, conseguentemente, la possibilità per il giudice di valutare, ai fini del proprio convincimento, elementi diversi e ulteriori rispetto a quelli proposti dalle parti non può considerarsi, in senso proprio, una deroga a tale diritto. Sul punto si tornerà più ampiamente nei prossimi paragrafi.

Ritornando alle obiezioni di Cavallone, l'aspetto che non convince è un altro. Come detto, la complessiva struttura del sistema probatorio vigente denota la sostanziale vigenza, quantomeno come regola generale, del principio di disponibilità della prova. Ciò, tuttavia, non implica necessariamente che questo principio possa trovare il proprio fondamento nell'art. 115 c.p.c. Tanto è vero che lo stesso Cavallone sostanzialmente vede in tale norma il riconoscimento del divieto di scienza privata. Ed è proprio per questo che, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, il dibattito intorno all'effettivo significato dell'art. 115 c.p.c. risulta tutt'altro che chiuso.

Come si è accennato in precedenza, la nuova concezione dei poteri istruttori del giudice si è tradotta anche in forti spinte di riforma complessiva del processo italiano. Senza soverchi dubbi si può individuare l'apice di tale tendenza nel progetto formulato dalla Commissione presieduta da Liebman<sup>265</sup>. Un elaborato non a caso definito come «il contributo più alto ed approfondito che la civilprocessualistica italiana di questo secondo dopoguerra abbia saputo offrire in tema di riforme processuali»<sup>266</sup>.

Il testo prodotto da tale commissione era innegabilmente ispirato «a principi

---

<sup>264</sup> CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., 299.

<sup>265</sup> In generale, sul progetto elaborato dalla Commissione presieduta da Liebman, si vedano le relazioni esposte al Convegno di Milano del maggio 1978, organizzato proprio per la presentazione del progetto, e pubblicate, in AA.VV., *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, Milano, 1979. In tema, cfr. TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 30 ss.

<sup>266</sup> PICARDI, *Intervento*, in AA.VV., *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, cit., 125.

analoghi a quelli che avevano ispirato la riforma del rito del lavoro»<sup>267</sup>. Esso, tuttavia, rappresentava anche il portato delle elaborazioni dottrinali precedenti; elaborazioni che, nell'ambito di un disegno di complessiva rinnovazione della disciplina delle prove, suggerivano l'attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori<sup>268</sup>. Coerentemente con tale impostazione, il progetto prevedeva specificamente di introdurre, anche nel processo ordinario di cognizione, la possibilità per il giudice di disporre «d'ufficio l'ammissione dei mezzi di prova non riservati alle parti» (cfr. l'art. 174, primo comma, lett. c), così chiaramente ribaltando, a prescindere da ogni disquisizione ermeneutica, il principio di disponibilità delle prove<sup>269</sup>.

La proposta, come tutti sanno, presentata in occasione di un noto convegno milanese dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, non è stata poi tramutata in legge<sup>270</sup>. Essa, tuttavia, rappresenta per così dire il manifesto di un'epoca e il chiaro segno dell'evoluzione, sociale prima ancora che dottrinale, progressivamente intervenuta. Del resto, la più evidente dimostrazione di ciò si ha dal fatto, certamente curioso, di ritrovare il «ripudio del principio dispositivo in un testo che va sotto il nome di chi ne è stato, nella dottrina recente, il più autorevole e persuasivo difensore»<sup>271</sup>.

### 1.5. *Autoritarismo, liberalismo e poteri istruttori nella «quotidianità» della fine del Novecento*

Dopo la proposta della commissione Liebman, sembra perdere progressivamente di interesse il tema dei poteri istruttori e, in generale, della riforma (sarebbe meglio dire rifondazione) della disciplina delle prove nel processo civi-

<sup>267</sup> V. FERRARI, *Sociologia del diritto e riforma del processo*, cit., 1248; cfr. anche PICARDI, *Intervento*, cit., 126, il quale definisce il rito del lavoro come l'archetipo del progetto Liebman.

<sup>268</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 90, il quale rileva, non senza qualche accenno polemico, che «proprio la nostra migliore dottrina delle prove civili, nonostante il citato suo atteggiamento relativistico, e la propensione a sottrarsi a quelle scelte politiche di cui essa stessa proclamava la ineluttabilità, finiva per indicare in realtà ai riformatori una strada obbligata».

<sup>269</sup> Su questa specifica previsione, cfr. PUNZI, *Il procedimento*, in AA.VV., *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, cit., 17, MONTESANO, *Le prove*, *ibidem*, 40.

<sup>270</sup> Non erano mancate, del resto, le critiche a tale proposta; cfr., in particolare, MONTESANO, *Le prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 480 e CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 686, nonché già ID., *Intervento*, in AA.VV., *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, cit., 201 (secondo il quale «si tratta di innocue e velleitarie enunciazioni di principio, sostanzialmente estranee alla disciplina effettiva dell'istruzione probatoria»). In tema si veda anche DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 10 ss.

<sup>271</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 93, anche se forse, aggiunge Cavallone, «è lecito supporre che ciò sia accaduto a seguito di una decisione non unanime».

le<sup>272</sup>. Questa tendenza si riscontra a partire dalla fine degli anni Ottanta e, soprattutto, nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, sia in dottrina sia, soprattutto, nelle riforme legislative via via succedutesi.

In realtà, soprattutto alla fine degli anni Ottanta, in dottrina non mancano studi e riflessioni di ampio respiro sul tema delle prove. Si possono ricordare, ad esempio, la voce di Fabbrini sui poteri del giudice, le «note» ancora di Taruffo per una riforma del diritto delle prove e, infine, i saggi di Giuliani e ancora di Taruffo sulle origini storiche e sugli sviluppi dei modelli probatori nei processi europei.

La voce di Fabbrini, ad esempio, rappresenta una lucidissima sintesi dei risultati del precedente dibattito in tema di poteri istruttori e coglie, probabilmente più di tutta la dottrina precedente, lo strettissimo rapporto fra l'esercizio dei poteri del giudice, la garanzia costituzionale riconosciuta dall'art. 24 Cost. e la conseguente necessaria doverosità (e, quindi, controllabilità) dei poteri del giudice<sup>273</sup>. Essa, tuttavia, costituisce anche – o forse soprattutto – una chiara anticipazione dell'interpretazione restrittiva dei poteri istruttori poi effettivamente accolta (e in parte stravolta) dalla giurisprudenza successiva<sup>274</sup>.

Fabbrini parte dall'assunto, ormai dato per acquisito dalla dottrina dopo gli studi di Carnacini, secondo cui «nessuno può dire che l'iniziativa officiosa in tema di prova sia tecnicamente incompatibile con la struttura del processo civile e tanto meno che lega di per sé posizioni soggettive delle parti»<sup>275</sup>. Tuttavia, egli dubita che l'attribuzione di poteri al giudice sia «in armonia logica perfetta» con un processo dominato dal principio della domanda ed è comunque convinto che il giudice civile non abbia poteri di indagine extraprocessuali<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> Per una ipotesi sulle ragioni dell'insuccesso del progetto Liebman, specie in raffronto all'esito opposto avuto al processo riformatore del codice di procedura penale, che V. FERRARI, *Sociologia del diritto e riforma del processo*, cit., 1248, spec. nota 59, il quale ipotizza che il motivo principale debba rinvenirsi nell'impostazione essenzialmente sociologico-politica del progetto Liebman, di più difficile accettazione rispetto alla spinta riformatrice del processo penale, in quanto «polarizzata su argomenti di principio», tali da facilitare «le contrapposizioni ideologiche».

<sup>273</sup> In questi termini, cfr. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquant'anni di ritardo*, cit., 736. Cfr. anche FABBIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 213 ss. e 694.

<sup>274</sup> In particolare, come si vedrà meglio in seguito parlando dell'art. 281-ter c.p.c., la giurisprudenza (anche costituzionale) è poi arrivata a sostenere che i poteri istruttori del giudice siano soggetti a preclusioni o, meglio, alle stesse preclusioni. Tuttavia, come sottolineato da Chiarloni a proposito del saggio di Montesano (MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 205), la sentita necessità di controllo dei poteri del giudice, propugnata da Montesano e Fabbrini, implica che i poteri officiosi siano controllabili dalle parti, non invece che gli stessi debbano soggiacere alle preclusioni delle parti. Cfr., in questo senso CHIARLONI, *Poteri istruttori d'ufficio del giudice civile: le sirene dell'ideologia liberista inducono la Corte costituzionale in un errore di interpretazione del diritto positivo*, in *Giur. it.*, 2003, 7.

<sup>275</sup> FABBRINI, voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 734.

<sup>276</sup> FABBRINI, voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 734, ove l'autore infatti afferma «che,

Su questa base, riprendendo alcuni spunti della dottrina precedente, egli non ritiene accettabile l'idea che i poteri del giudice servano a bilanciare i rapporti con le parti deboli<sup>277</sup>; da ciò egli deriva tre distinti limiti per i poteri istruttori del giudice: i) non possono violare la scienza privata, ii) non possono violare la disciplina sostanziale del rapporto, iii) non possono ovviare alle preclusioni in cui sono incorse le parti<sup>278</sup>.

Questa lucida sintesi costituisce la migliore enunciazione di quanto effettivamente rimarrà del dibattito precedente in tema di poteri istruttori; una sorta di versione ridotta o, potremmo dire, "depotenziata", dei poteri istruttori così come inizialmente concepiti. Come vedremo meglio in seguito, soprattutto la giurisprudenza accoglierà questa configurazione, attribuendo a tali poteri una funzione meramente integrativa delle «piste probatorie» emergenti dagli atti di causa<sup>279</sup>. E ciò a conferma dei timori già chiaramente colti da Verde a proposito delle possibili interpretazioni restrittive dei poteri istruttori nel rito del lavoro, fondate su una rinnovata neutralità dello strumento processuale<sup>280</sup>.

A sintetizzare magistralmente gli esiti dei dibattiti degli ultimi tre decenni è anche, nel 1986, il saggio di Taruffo «per la» riforma del diritto alle prove. È quest'ultimo studio che, oltre tutto, preannuncia gli sviluppi del dibattito successivo; e soprattutto di quello del primo decennio di questo secolo. Per così di-

---

fermo il divieto di scienza privata, la mancanza istituzionale di strumenti di indagine a disposizione del giudice rende abbastanza evanescente l'ampliamento dei suoi poteri di iniziativa probatoria».

<sup>277</sup> FABBRINI, voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 735, ove, dopo aver dichiarato la propria adesione al pensiero di Fazzalari, egli afferma che «alla norma spetta [...] organizzare poteri delle parti sufficienti in astratto ad assicurare, fra l'altro, il miglior accertamento possibile dei fatti».

<sup>278</sup> FABBRINI, voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 735.

<sup>279</sup> Cfr. Cass. civ., sez. lav., 8 novembre 1991, n. 11915, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, 737 nota di ZECCA e in *Giust. civ.*, 1992, I, 2143 nota di BELLÈ. Per una più specifica illustrazione dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di poteri istruttori si rimanda al prossimo capitolo. Sin da ora, comunque, appare evidente la consonanza di tale orientamento non solo con il pensiero di Fabbrini, ma anche con le conclusioni in precedenza espresse da MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 205.

<sup>280</sup> VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 251, ove l'autore affermava lucidamente «in altri termini, bisogna evitare che, in nome della «neutralità» dello strumento processuale, si compia un'operazione che, attraverso il processo, riduca la tutela già accordata al contraente più debole in sede sostanziale». Cfr., sempre del medesimo autore, il pensiero espresso in occasione della presentazione del progetto Liebman, VERDE, *Intervento*, in AA.VV., *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, cit., 167. Del resto, già Fazzalari, pur non essendo mai stato un paladino del rafforzamento dei poteri del giudice, aveva comunque sottolineato che «chi ritenga che il giudice non possa esercitare i poteri istruttori per disporre prove dalla cui proposizione la parte sia decaduta finisce con l'obliterare del tutto i poteri ex officio» (FAZZALARI, *I poteri istruttori del giudice nel processo del lavoro*, cit., 594).

re, però, rappresenta anche la fine di un periodo segnato da aspirazioni ideali di riforma complessiva del diritto probatorio<sup>281</sup>.

Da questo momento in poi, infatti, la giurisprudenza e soprattutto il legislatore abbandonano approcci idealistici e velleità di riforma complessiva per tornare alla «quotidianità» del processo, nella convinzione, progressivamente sempre più diffusa, della necessità che «le ideologie si pieghino alle esigenze pratiche delle cose»<sup>282</sup>.

Una quotidianità fatta, del resto e notoriamente, di processi lentissimi, di cause civili in aumento esponenziale e di uffici giudiziari disorganizzati e in costante carenza di organico. Pertanto, il problema di fondo non sembra più essere l'accesso alla giustizia ma la gestione delle sopravvenienze; non si parla più di direzione del processo ma di smaltimento dell'arretrato<sup>283</sup>. Proprio a partire dalla fine degli anni Ottanta, e la situazione è comune ad altri Paesi europei, la prospettiva con cui è concepita la giustizia civile si modifica radicalmente: «Non è più tanto questione di sapere se la giustizia abbia giudicato bene, quanto se abbia smaltito in maniera efficiente i flussi di procedimenti che le sono stati sottoposti»<sup>284</sup>.

Proprio in questi termini si era espressa allora parte della dottrina, affermando che l'unico parametro di riferimento per la valutazione delle norme processuali è l'«attenzione al modo in cui il processo raggiunge nella maniera migliore lo scopo per il quale è predisposto, che è quello di rendere giustizia con rapidità ed efficienza»<sup>285</sup>.

In proposito si è parlato – con riferimento alla realtà francese, ma si tratta di considerazioni del tutto estensibili alla realtà italiana – di una sorta di «deteriorazione» della giustizia. «Il processo non è più concepito come una du-

<sup>281</sup> TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 237.

<sup>282</sup> Questo è il pensiero espresso, nel 2005 (e a proposito della polemica sulle ideologie processuali alla base del codice del 1940, su cui si dirà fra breve nel testo), da G.F. RICCI, *Il processo fra ideologie e quotidianità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 100, pensiero che pare possa rappresentare la perfetta sintesi dell'evoluzione (o forse involuzione) del dibattito avutasi a partire dalla fine degli anni Ottanta.

<sup>283</sup> Emblematico, in questa nuova direzione, pare il saggio di CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1243, spec. 1258, ove, proprio quale conclusione dell'articolo, egli ritiene che il giudice in fondo eserciti un mero servizio.

<sup>284</sup> GARAPON, *Lo Stato Minimo*, Milano, 2012, 38 (trad. it. di *La Raison du moindre État: Le néolibéralisme et la justice*, Parigi, 2010). Per considerazioni analoghe, riferite al sistema inglese, cfr. HAZEL GENN, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2009, 38, la quale parla di vera e propria «battle for resources» nella gestione dei fondi per la giustizia civile.

<sup>285</sup> G.F. RICCI, *Il processo fra ideologie e quotidianità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 88, e CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 465, il quale, in senso sostanzialmente analogo, afferma che «non si tratta di scegliere tra pubblico e privato o tra destra e sinistra, ma tra soluzioni ragionevoli e funzionali e soluzioni ragionevoli e controproducenti».

plicazione controllata di un fatto irrevocabilmente passato che deve essere riprodotto per mettervi definitivamente termine, ma come un dispositivo per fronteggiare in tempo reale nuove situazioni generate dai fatti iniziali; esso deve permettere di riorganizzarsi in ogni momento in funzione *di ciò che succede*<sup>286</sup>.

Si è anche parlato di una nuova funzione sociale del processo o, meglio, di una «terza» funzione sociale, successiva e distinta rispetto a quella kleiniana e a quella egualitaria diffusasi negli anni Sessanta. In altri termini, il processo viene ora concepito come fattore determinante nel corretto funzionamento dell'economia<sup>287</sup>.

Di tale mutamento si trova un chiaro riscontro nelle riforme legislative degli anni Novanta. Negli anni Settanta la realizzazione dei principi costituzionali rappresentava per così dire il vessillo degli interventi riformatori; da qui in poi, invece, si verifica un susseguirsi di riforme per così dire di retroguardia, tanto «che quasi si ha l'impressione di assistere all'attività affannosa di medici che, per curare nel miglior modo possibile un ammalato grave, gli somministrano tali e tante medicine da ridurlo in fin di vita»<sup>288</sup>. Ed è probabilmente da qui che si sviluppa la tendenza alle riforme urgenti che connoterà progressivamente l'atteggiamento (che si potrebbe quasi definire compulsivo) del legislatore, atteggiamento icasticamente riassunto nel «mito della riforma perenne»<sup>289</sup>.

Questa inversione di tendenza traspare in modo evidente già nelle riforme dei primi anni Novanta. Per quanto ispirate a una concezione processuale più vicina alle origini della disciplina codicistica, le riforme del 1990 e del 1995, pur

---

<sup>286</sup> GARAPON, *Lo Stato Minimo*, cit., 36, il quale ricollega il fenomeno ai mutamenti politici avvenuti alla fine degli anni Ottanta (con la diffusione in gran parte dell'Europa di teorie neoliberiste) e all'aumento esponenziale del numero delle cause civili. Egli, inoltre, sottolinea come, in precedenza, il processo fosse connotato da una tendenza a temporeggiare; ciò al fine di «introdurre una distanza temporale tra il fatto e il suo giudizio per pacificare l'emotività del pubblico e per tutelare i giudici dalla pressione degli eventi». Sulla declinazione empirica e sociologica della dottrina processualcivilistica francese, cfr. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2015, 136.

<sup>287</sup> CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 613, il quale pure sottolinea l'influsso delle nuove correnti politiche sopravvenute alla fine degli anni Ottanta. Cfr. anche CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, 10 ss. e CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, cit., 132. Non pareva, invece, cogliere queste differenti concezioni della funzione sociale CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1257, ove si equiparava la funzione sociale del processo prospettata negli anni Settanta dalla dottrina a quella proposta da Chiovenda, il quale già sosteneva che il «giudice civile dovesse aiutare l'uomo debole e incolto». Certamente più consapevole delle differenze, ma decisamente più critico nei confronti di qualsiasi funzione sociale del processo è MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, cit., 567.

<sup>288</sup> CARPI, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, cit., 116.

<sup>289</sup> SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1429.

potendo essere considerate come il «precipitato storico» del dibattito dottrinale dei precedenti quaranta anni, accolgono solo in parte i suggerimenti della dottrina e, con particolare riferimento ai poteri del giudice, sostanzialmente ignorano il problema<sup>290</sup>.

Ad esempio, pur adottando l'auspicato irrigidimento delle preclusioni suggerito dalla dottrina, il legislatore non coglie l'esigenza di elasticità che avrebbe comunque dovuto accompagnare tale irrigidimento in un sistema ispirato al modello partecipativo (e non liberistico) suggerito dalla prevalente dottrina<sup>291</sup>. Come autorevolmente sottolineato, infatti, «il legislatore del '90 ha scelto la strada della disciplina analitica, puntuale, per certi aspetti non priva di pedanteria, di tutte le mosse che le parti dovrebbero effettuare nella fase preliminare»<sup>292</sup>.

Per quanto riguarda i poteri del giudice (istruttori e non), il legislatore dei primi anni del Novecento manifesta se non contrarietà<sup>293</sup>, quantomeno sostanziale indifferenza<sup>294</sup>. A prescindere da questo, però, si può concordare sul fatto che «né il processo del lavoro né la riforma del processo ordinario di cognizione hanno inteso accogliere il principio di collaborazione; anzi, per certe significative omissioni, hanno mostrato di respingerlo»<sup>295</sup>.

Il definitivo superamento del favore legislativo verso i poteri istruttori ufficiali è sancito, paradossalmente, proprio dall'unica riforma che incide sul punto. La legge istitutiva del giudice unico di primo grado, infatti, pur conferendo

<sup>290</sup> La citazione è di FAZZALARI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La legge di riforma del codice di procedura civile e la tutela del credito*, Milano, 1993, 202. In argomento, cfr. anche CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 29.

<sup>291</sup> VERDE, *Processo, giudice, giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 756, secondo il quale, infatti, «poiché il modello di democrazia partecipativa, alla quale ci andiamo ispirando in questi anni, è agli antipodi con quella ideologia [la liberale ottocentesca, n.d.r.], sicuramente è strano che si voglia imporre alle parti un modello processuale costruito in maniera totalmente anelastica». Cfr. anche CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 666, il quale sottolinea come la previsione di un sistema rigido di preclusioni avrebbe richiesto «per un suo razionale funzionamento» l'attribuzione al giudice di un ampio potere discrezionale nella fase preparatoria.

<sup>292</sup> TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 298.

<sup>293</sup> CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, cit., 666, il quale parla di vera e propria «diffidenza nei confronti della discrezionalità del giudice», e TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, cit., 298. Si legga anche TARZIA, *Crisi e riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 641 ss.

<sup>294</sup> GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 711, secondo il quale «è assai improbabile che il recente legislatore abbia coltivato l'intento di prendere posizione sulla sostanza e sulla misura dei poteri del giudice e di averli voluti regolare seguendo una qualche ideologia o comunque un indirizzo certo. Sembra proprio il contrario».

<sup>295</sup> GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, cit., 713.

al giudice istruttore, *rectius* al novello giudice unico delle cause di competenza monocratica, i poteri istruttori una volta attribuiti al pretore, sostanzialmente si ispira ad una concezione depotenziata dei poteri istruttori del giudice<sup>296</sup>.

Anzitutto, come rilevato in dottrina, proprio rispetto alla norma prima vigente per il pretore, «vi è – peraltro – qualcosa che si perde», non essendo più stato riprodotto il potere-dovere del giudice di indicare alle parti le lacune nell'istruzione<sup>297</sup>. Ma non solo. Il nuovo art. 281-*ter* c.p.c., infatti, consente al giudice di disporre d'ufficio non qualsiasi prova, ma la sola «prova testimoniale» e non per qualsiasi ragione, ma solo «quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità». Non si vuole, ovviamente, sminuire l'importanza di questa norma; appare tuttavia evidente come l'esercizio dei poteri del giudice sia limitato alla sola istruzione secondaria, volendo usare la terminologia di Benvenuti (sulla quale si tornerà in seguito), e solo come attività di supplenza rispetto alle allegazioni delle parti<sup>298</sup>.

La certificazione definitiva di questo nuovo corso viene apposta addirittura dalla Corte Costituzionale. All'inizio degli anni Duemila, il Tribunale di Grosseto solleva questione di costituzionalità proprio dell'art. 281-*ter* c.p.c., lamentando la violazione dell'art. 3 e dell'art. 24 Cost.; nella sostanza si prospetta come irragionevole la limitazione della sua applicazione al solo procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica. La Corte, con una sbrigativa ordinanza, dichiara manifestamente irrilevante la questione in quanto, nel caso di

---

<sup>296</sup> Come emblematicamente si è rilevato, «in questa norma, dunque, non vi è nulla che trasformi il giudice in un attivo ricercatore della verità» (L.P. COMOGLIO, *La transizione dal giudice unico in tribunale al giudice unico di primo grado*, in TARUFFO (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 2000, 309). In argomento, si vedano TARZIA, *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 633 (secondo il quale, invece, la norma avrebbe una portata potenzialmente “eversiva”) GRASSO, *L'istituzione del giudice unico di primo grado. Prime osservazioni sulle disposizioni relative al processo civile*, cit., 650, CARRATTA, *Poteri istruttori del tribunale in composizione monocratica*, cit., 658 e AULETTA, *Le “specialità” del processo civile davanti al giudice monocratico*, cit., 150 (secondo il quale, appunto, la norma ha funzione meramente integrativa).

<sup>297</sup> TARUFFO, *La transizione dal giudice unico in tribunale al giudice unico di primo grado*, cit., 309.

<sup>298</sup> In questo senso, cfr. L.P. COMOGLIO, *La transizione dal giudice unico in tribunale al giudice unico di primo grado*, in TARUFFO (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 2000, 58, il quale prospetta, infatti, la possibilità di intendere tali poteri come finalizzati esclusivamente a «rimediare ad omissioni strumentali (e, tutto sommato, “veniali”) della parte che, pur richiamandosi al teste nell'esposizione dei fatti, abbia già tempestivamente assolto i propri oneri primari». Per la sostanziale incoerenza e la portata certamente più limitata rispetto all'art. 421 c.p.c. si veda CARRATTA, *Poteri istruttori del tribunale in composizione monocratica*, cit., 660, il quale ne prospetta un'interpretazione ancora più restrittiva, vincolando anche il potere riconosciuto dall'art. 281-*ter* c.p.c. al rispetto delle preclusioni e sulla natura meramente discrezionale dello stesso (a differenza dell'art. 421 c.p.c., che configurerebbe veri e propri poteri-doveri).

specie, l'esercizio dei poteri istruttori sarebbe avvenuto (inammissibilmente) dopo il maturarsi delle preclusioni istruttorie<sup>299</sup>.

La Corte, quindi, non solo non prende in esame la prospettata irragionevolezza della norma, ma si libera velocemente della questione sulla base di un'interpretazione ancor più restrittiva dei poteri istruttori ufficiosi, ritenendo certa (tutt'altro che scontata) inammissibilità del ricorso ai poteri di cui all'art. 281-ter c.p.c. successivamente al maturarsi delle preclusioni istruttorie in capo alle parti. Se la dottrina si attendeva «l'apporto costruttivo delle prime esperienze applicative» la risposta è arrivata chiara e netta<sup>300</sup>. Sono certamente molto distanti i tempi in cui la Consulta contribuiva fattivamente a forgiare e ad elaborare il diritto alla prova in Italia<sup>301</sup>. E ciò nonostante l'allora recente riconoscimento espresso dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost.<sup>302</sup>.

Risalgono a quegli anni – e si potrebbe dire non a caso – anche le sentenze gemelle con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione risolvono in senso restrittivo l'annosa questione relativa alla qualificazione dei «documenti» come mezzi di prova, vincolandone quindi la produzione alle medesime preclusioni delle altre istanze istruttorie<sup>303</sup>; orientamento poi puntualmente recepito (e, quindi, positivizzato) dallo stesso legislatore.

---

<sup>299</sup> Corte Cost. (ord.), 14 marzo 2003, n. 69, in *Giur. it.*, 2003, 1330, con nota di CHIARLONI, in *Foro it.*, 2003, 1, 1631 nota di CEA e in *Guida al Diritto*, 2003, 14, 64 nota di FINOCCHIARO.

<sup>300</sup> La citazione è di L.P. COMOGLIO, *La transizione dal giudice unico in tribunale al giudice unico di primo grado*, cit., 59.

<sup>301</sup> Proprio con riferimento alla situazione delle riforme all'inizio del nuovo Millennio, si è parlato di vera e propria «morte delle ideologie» (cfr. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella recente riforma italiana del processo civile*, in *Pol. dir.*, 2004, 252). In argomento cfr. anche ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile. 1815-1942*, Torino, 2017, 28.

<sup>302</sup> In proposito, si veda CHIARLONI, *Poteri istruttori d'ufficio del giudice civile: le sirene dell'ideologia liberista inducono la Corte costituzionale in un errore di interpretazione del diritto positivo*, in *Giur. it.*, 2003, 7, secondo il quale, infatti, la Consulta sostanzialmente manifesterebbe «una concezione del processo civile che può anche piacere ai settori più smalzati e tecnicamente meglio preparati di un ceto professionale, ma che non ha nulla a che fare con la concezione sottesa alla nostra Carta fondamentale, per cui scopo del processo è la tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini».

<sup>303</sup> Cfr. Cass., sez. un., 20 aprile 2005, nn. 8202 e 8203, in *Foro it.*, 2005, I, 1690, con note di PROTO PISANI, *Nuove prove in appello e funzione del processo*, DALFINO, *Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)* e BARONE, *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*; in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1051, con nota di CAVALLONE, *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*; in *Corr. giur.*, 2005, 929, con note di RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3, e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, e di CAVALLINI, *Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano*; e in *Giur. it.*, 2005, 1460, con nota di SOCI, *Le sezioni unite sulla produzione dei documenti (in appello e in primo grado) e sui poteri del giudice nel rito ordinario e del lavoro, tra stop and go*. In argomento, si veda anche RUFFINI, *Produzione ed esibizione di documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 433.

Forse per sfuggire a questa quotidianità o forse per trovare nuove spinte per la riforma generale del processo, la dottrina torna a guardare al passato. L'anelito riformatore si trasforma in tendenza alla sistemazione e alla rielaborazione. Non pare casuale, ad esempio, la riorganizzazione sistematica in un'unica opera degli scritti in tema di prove di Cavallone<sup>304</sup>; e sempre non casuale pare il mancato completamento del capitolo conclusivo, prospettato ma mai ultimato, della monografia del 1968<sup>305</sup>. E analogamente può dirsi dell'approfondita analisi storiografica del dibattito dottrinale in tema di poteri istruttori di Fabiani<sup>306</sup>.

Lo stesso Denti, ripercorrendo la storia delle riforme processuali, assume un atteggiamento meno propositivo; egli, infatti, «rovesciando la prospettiva consueta», propone «una ricostruzione della storia delle riforme del processo di cognizione individuando, per esemplificazioni, ciò che da Chiovenda in poi è mancato nella visione culturale dei riformatori»<sup>307</sup>.

Analogamente può dirsi per gli scritti storici di Giuliani e di Taruffo sulle origini del diritto probatorio<sup>308</sup>. E certamente non va trascurato il fatto che proprio in quegli anni Picardi e lo stesso Giuliani inaugurano la collana «Testi e documenti per la storia del processo», in cui vengono progressivamente riediti i testi delle codificazioni e delle legislazioni preunitarie in materia processuale<sup>309</sup>.

---

<sup>304</sup> CAVALLONE, *Il giudice e la prova*, Milano, 1991, ove vengono pubblicati nuovamente, organizzati sistematicamente, i saggi pubblicati in precedenza sul tema dei poteri istruttori e delle prove atipiche. Come affermato dall'Autore nell'introduzione, infatti, la collocazione sistematica e non cronologica dei contributi «risponde all'intento di rendere più riconoscibile lo svolgimento di alcuni temi centrali e lineamenti teorici che (sia pure accantonando ogni ambizione "sistematica") possono conferire all'insieme una sorta di continuità e di compiutezza» (così si legge alla pagina VI dell'introduzione).

<sup>305</sup> Lo stesso autore, del resto, riferendosi al saggio storico che apre la raccolta, rileva che le indagini iniziali della monografia del 1968 richiedevano non tanto un seguito o una conclusione, quanto piuttosto «una ulteriore premessa, non più dogmatica, bensì di storia culturale» (CAVALLONE, *Introduzione*, in *Il giudice e la prova*, cit., VIII).

<sup>306</sup> FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 107 ss.

<sup>307</sup> DENTI, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 806.

<sup>308</sup> GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 598 e TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 420. Ovviamente non va dimenticato neppure un altro saggio, di più ampio respiro, di GIULIANI, *Dalla "litis contestatio" al "pleading-system" (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 954. Ovviamente, è importante rilevare come sia per Taruffo che per Giuliani l'interesse per le indagini storiche non fosse comunque nuovo; ricordiamo, a puro titolo esemplificativo, TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, GIULIANI, *Abelardo e il diritto alle origini della interpretazione meccanicistica della legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 867, nonché ID., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971. Sembra comunque possibile rinvenire proprio alla fine del Novecento un ulteriore e rinnovato interesse per gli studi storici del processo e, più in generale, del diritto.

<sup>309</sup> In questa collana, notissima agli studiosi, vengono progressivamente pubblicati, tutti ac-

Proprio in prospettiva storica si ripropongono le contrapposizioni già emerse nel precedente dibattito dottrinale in tema di poteri del giudice. Ad esempio, la discussa e incerta configurazione del ruolo del giudice si manifesta, nel pensiero di Giuliani, in contrapposizione fra modelli processuali. Da un lato si colloca l'«ordine isonomico», tipico del processo medievale e del processo di *common law*, fondato sul principio del contraddittorio e sulla neutralità del giudice; un modello in cui le parti hanno un identico onere della prova, inteso però come onere di persuasione nei confronti del giudice. All'estremo opposto si colloca l'«ordine asimmetrico», tipico del processo moderno di *civil law*, imperniato su un ruolo di supplenza del giudice e sulla configurazione pubblicistica del processo<sup>310</sup>.

Questa contrapposizione viene negata da Taruffo, il quale, in particolare, contesta la polarizzazione dei modelli processuali intorno alla contrapposizione fra ordine isonomico e ordine asimmetrico e, soprattutto, contesta la perdurante esistenza di processi ispirati al primo modello, specialmente con riferimento al processo di *common law*<sup>311</sup>.

Sembra possibile rilevate come tale contrasto risenta ancora in modo evidente della forte caratterizzazione ideologica del dibattito precedente. Ne è una dimostrazione l'evoluzione del pensiero di Taruffo sul processo *adversarial* nordamericano. Ancora all'inizio degli anni Novanta, infatti, egli sostanzialmente ribadisce l'opinione già compiutamente manifestata, su tale processo, alla fine degli anni Settanta; in particolare egli afferma, pur al netto di alcune possibili criticità e dei rischi di un non completo rapporto di parità fra le parti, che «il *trial* può essere un efficace meccanismo di accertamento della verità, in quanto nella fase preliminare le parti possano avvalersi di un ampio repertorio di strumenti di *discovery* al fine di individuare, esaminare ed acquisire tutti i mezzi di prova destinati ad essere prodotti o assunti nel dibattimento»<sup>312</sup>.

---

compagnati da preziose introduzioni, il Codice di procedura civile del Regno d'Italia, il Codice di procedura civile di Maria Luigia, il Codice di procedura civile per gli Stati estensi, il Codice estense, il Codice giudiziario Barbacoviano, il Codice per lo Regno delle Due Sicilie, il Codice di procedura civile del Regno di Sardegna, le Costituzioni Sabaude, il Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana, il Regolamento generale del processo civile per il Regno Lombardo-Veneto e la Legislazione processuale delle repubbliche giacobine in Italia.

<sup>310</sup> GIULIANI, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, cit., 603 ss.

<sup>311</sup> TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., 423, in cui mette in evidenza come la disciplina delle *rules of exclusion*, dei *privilege* e della *cross-examination* nei processi di *common law* non possa trovare la propria spiegazione nella mera funzione persuasiva della prova (e, quindi, nella connotazione isonomica di tale processo). Secondo Taruffo, infatti, il fondamento di tali regole va trovato in altre esigenze, fra cui il tentativo di rendere più efficace la valutazione di prove «difficili» (soprattutto per quanto riguarda le *rules of exclusion*) e la protezione di interessi processuali extraprocessuale (come ad esempio avviene per i *privilege*). Taruffo cita la nota tesi di Wigmore secondo cui la *cross examination* è lo strumento migliore per raggiungere la verità.

<sup>312</sup> TARUFFO, *La ricerca della verità nell'«adversary system» angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*,

Tale posizione è destinata a modificarsi radicalmente negli anni più recenti, ove egli considera «storicamente dimostrato» che il modello *adversary* «non è mai stato in grado di funzionare come metodo per la ricerca della verità», ma anzi è «strutturalmente inidoneo, ed è anzi fortemente controindicato, per la ricerca della verità, e si fonda su una ideologia della giustizia nella quale alla verità non si attribuisce alcun valore positivo»<sup>313</sup>.

Qui non interessa entrare nel merito di questi giudizi; sul punto si tornerà in seguito, anche perché, come vedremo nel prosieguo, l'ultima fase del dibattito in tema di poteri istruttori si concentra proprio intorno al concetto di verità<sup>314</sup>. Questa evoluzione, invece, consente di comprendere il progressivo mutamento del fondamento del dibattito. Fino agli anni Novanta l'ampliamento dei poteri istruttori viene diffusamente concepito – in una visione quasi deterministica – come l'evoluzione naturale di qualsiasi sistema processuale<sup>315</sup>; progressivamente però il medesimo ampliamento viene via via prospettato come consapevole scelta di politica legislativa, frutto di una precisa valutazione razionale. Ma di questo, appunto, si parlerà in seguito<sup>316</sup>.

Seppur in modo meno accentuato, anche nel pensiero di Giuliani (e, in particolare, nella netta contrapposizione fra «ordini» processuali) è possibile cogliere ancora significative tracce della forte connotazione ideologica del dibattito precedente. In effetti, come è stato messo in evidenza recentemente, se stem-

---

1977, 603, nonché 615 (in cui ritiene «indubbio» che, pur in presenza di una espressa presa di posizione a favore della ricerca della verità, lo strumento del *contempt of Court* «così congegnato sia potenzialmente idoneo per indirizzare il processo verso l'accertamento della verità, pur essendo destinato ad operare indirettamente mediante la repressione di comportamenti incompatibili con le finalità del processo, e non per la via diretta di un impegno attivo del giudice in tal senso») e 617 (ove riporta la nota affermazione di Wigmore, ripresa anche nel saggio del 1990, secondo cui la *cross examination* sarebbe «the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth»). Simili considerazioni sono riprese e ribadite anche in TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., 424 ss.

<sup>313</sup> TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 111, ove contesta la tesi di Wigmore (prima accolta) sulla base degli studi di JOLOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in *52 Int. Comp. L.Q.*, 2003, 281 e di LANGBEIN, *The Origins of Adversarial Criminal Trial*, Oxford-New York, 2003, 332.

<sup>314</sup> Sin da ora, comunque, in evidente disaccordo con Taruffo sulla valutazione del processo statunitense, si può ricordare CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 695.

<sup>315</sup> In questo senso, cfr., ad esempio, CAPPELLETTI, *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, cit., 1429 s., il quale, pur nella consapevolezza che «alcun progresso umano è stato capace di condurre a uno stato di perfezione», ritiene ugualmente che «nella storia dell'uomo le utopie riuscirono talvolta a realizzarsi» e che, quindi, «nel nostro caso la realizzazione presuppone che la nuova visione della giustizia, emersa dall'analisi della realtà contemporanea, sia capace d'imporsi come la legge effettiva dell'umanità, e che il futuro, presagito sulla base delle grandi tendenze evolutive del nostro secolo, sia capace di avverarsi».

<sup>316</sup> Si rimanda, in proposito, al paragrafo 1.4. di questo capitolo.

perata da implicazioni ideologiche, la contrapposizione fra ordine isonomico e ordine asimmetrico prospettata da Giuliani deve più propriamente essere concepita come schema ideale di analisi dei modelli processuali, come descrizione dell'effettivo funzionamento degli stessi<sup>317</sup>; e ciò in quanto non solo l'ordine isonomico è stato abbandonato nel Medio Evo (probabilmente senza mai essere esistito in forma pura) ma anche i processi formalmente dispositivi e liberali otocenteschi (improntati sulla concezione burocratica del giudice) si sono comunque ispirati ad un modello sostanzialmente definibile come asimmetrico<sup>318</sup>.

In definitiva, sembra possibile rilevare che anche negli anni Novanta il dibattito dottrinale sia ancora significativamente influenzato dalle precedenti impostazioni ideologiche; ciò, tuttavia, non si traduce più in progetti di riforma o in analisi di ampio respiro, ma conduce piuttosto a rivisitazioni del recente passato dottrinale e legislativo. È in questo contesto che – si potrebbe dire non a caso – si colloca il vero e proprio «attacco frontale» che un altro illustre processualista muove al codice di procedura civile<sup>319</sup>.

Quale conclusione di un dettagliato percorso di ricerca storica (ma senza dubbio influenzato da specifiche concezioni ideologiche), Cipriani trascende la quotidianità delle aule giudiziarie e, senza mezzi termini, afferma che il processo vigente non solo è macchinoso, «ma anche ideologicamente ispirato a valori tanto illiberali e autoritari, quanto del tutto incompatibili coi principii della Costituzione repubblicana»<sup>320</sup>.

Ovviamente è riduttivo riassumere l'analisi storica di Cipriani in questo attacco; anche perché i suoi studi sulla dottrina italiana e sull'incidenza della stessa nelle varie riforme processuali si sviluppano per circa un ventennio e analizzano da vicino, con una dettagliata disamina di fonti storiche e archivistiche, i rapporti, umani e accademici prima ancora che giuridici, fra i *Patres* del diritto processuale civile italiano<sup>321</sup>. Analogamente non è neppure possibile sintetizzare

<sup>317</sup> Cfr., recentemente, CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 107, spec. 118, ove sostiene infatti che i due «ordini» sono stati elaborati da Giuliani «allo stato puro».

<sup>318</sup> CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, cit., 119; in tema si rimanda anche a DONDI, *Comparazione e diritto delle prove in Alessandro Giuliani. Lo sguardo originale di un grande teorico del diritto*, in CERONE, REPETTO (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012, 441. Analogamente, nel senso che «nella modernità il processo contemporaneo si costituisce e realizza in radicale contrapposizione a quel sistema, dominato ora dallo stato assoluto, sicché risulta nella sua costituzione asimmetrico, se si vuole autoritario» CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, cit., 124.

<sup>319</sup> Così lo definisce apertamente PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquant'anni di ritardo*, cit., 737.

<sup>320</sup> CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, cit., 24.

<sup>321</sup> Non è possibile (e non avrebbe molto senso, del resto) indicare alcuni fra gli innumerevoli

le critiche e le polemiche suscitate dai suoi scritti nella dottrina processualistica, e non solo<sup>322</sup>. Indubbiamente, però, si può convenire sul fatto che le riflessioni di Cipriani «costituiscono il primo vero momento di discontinuità nel pensiero giuridico processualcivilistico» dopo l’emanazione del codice vigente<sup>323</sup>.

Ad onor del vero anche in precedenza non erano mancati attacchi veementi all’ideologia del codice e ai *Patres* del diritto processuale civile. Il riferimento è, ovviamente, ad alcuni noti saggi di Tarello<sup>324</sup>. Tuttavia, e salva qualche eccezione<sup>325</sup>, tali saggi non ebbero la stessa eco di quelli di Cipriani: forse perché non fondati su una ricerca storica altrettanto approfondita e puntigliosa, forse perché subito attaccati dalla più autorevole dottrina di allora<sup>326</sup>, o forse ancora – e più semplicemente – perché è progressivamente mutato il contesto sociale e culturale italiano<sup>327</sup>.

---

saggi al riguardo. Certamente più semplice e opportuno è rinviare alle raccolte in cui lo stesso Cipriani ha inserito, secondo un criterio tematico, i propri studi. Il riferimento è, come ovvio a CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d’Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, spec. p. 20 ss., 53 ss., ID., *Ideologie e modelli del processo civile – Saggi*, Napoli, 1997 e ID., *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006. In argomento, si veda anche CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, cit., 135 ss.

<sup>322</sup> Solo per citare alcuni studi in merito alla sua opera, cfr. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquant’anni di ritardo*, in *Quad. fior.*, 1999, 713, MONTESANO, “Culto della personalità”, “prodotti organici” e “pappagalli lusingatori” di Chiovenda in un libro recente, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 284, GRASSO, *Le “storie” di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi*, in *Quad. fior.*, 1994, 499, E.F. RICCI, *Chiovenda, Calamandrei e noi (riflessioni su un libro di Franco Cipriani)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1247.

<sup>323</sup> Così PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquant’anni di ritardo*, cit., 739.

<sup>324</sup> Scritti risalenti alla fine degli anni Sessanta e all’inizio degli anni Settanta successivamente riuniti in TARELLO, *Dottrine del processo civile, Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (ed. a cura di GUASTINI-REBUFFA), Bologna, 1989. Sulla mancata considerazione di tali studi si veda appunto quanto afferma anche lo stesso CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell’art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, cit., 27. Per un’ampia e documentata analisi dell’evoluzione dottrinale antecedente all’emanazione del codice di rito, si rimanda a ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile. 1815-1942*, Torino, 2017, 255 ss.

<sup>325</sup> Cfr. DENTI, *Giovanni Tarello e la cultura processualistica italiana*, in AA.VV., *L’opera di Giovanni Tarello nella cultura contemporanea*, Bologna, 1989, 141. In argomento cfr. ancora PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquant’anni di ritardo*, cit., 739.

<sup>326</sup> LIEBMAN, *Storiografia giuridica “manipolata”*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 100.

<sup>327</sup> CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, cit., 137 s., sottolinea come i recenti studi storiografici (non solo giuridici) abbiano indotto «tramite una lettura di ciò che è stato, a rivedere ciò che è, ad imporre di valutare oggi come e in che misure scelte allora compiute possono essere non solo attuali ma idonee a soddisfare i bisogni del presente, precipuamente quanto di quella temperie culturale che

In estrema sintesi, e semplificando molto il suo pensiero, Cipriani concentra la propria attenzione principalmente sul ruolo di Calamandrei in occasione dei lavori di redazione del codice di rito del 1940. Più specificamente, in considerazione delle nuove fonti storiche reperite, egli attribuisce proprio a Calamandrei la paternità della Relazione al Re (che «certamente Calamandrei si divertì a infarcire di magniloquenza») <sup>328</sup>. E su questo punto non paiono esservi più dubbi al riguardo <sup>329</sup>.

Da ciò, tuttavia, egli trae anche la convinzione che la partecipazione di Calamandrei alla stesura del codice non fu «solo tecnica e quasi obbligata, ma anche politica e spontanea» e che il riferimento all'apostolato di Chiovenda abbia rappresentato, né più né meno, che un espediente retorico per nobilitare il codice <sup>330</sup>.

I «nuovi occhi» con cui guarda alle «norme (vecchie e nuove) che fino a ieri non dicevano niente o che parevano addirittura ovvie» e la constatazione che il 1940 era un anno «fascistissimo» <sup>331</sup>, portano poi Cipriani a concludere che il «codice fascista per eccellenza», ossia appunto il codice di rito, fu varato per realizzare la concezione autoritaria del fascismo <sup>332</sup>. Da ciò egli trae l'ulteriore corollario secondo cui la convinzione circa la necessità di «munire il giudice di efficaci e penetranti poteri ufficiosi che gli consentano di dirigere al meglio il processo» <sup>333</sup> trovi la propria origine in una concezione del processo illiberale e autoritaria <sup>334</sup>.

È proprio su questa equivalenza fra poteri del giudice e concezione autoritaria e illiberale del processo che si sviluppa il dibattito successivo. Ma non è que-

ha caratterizzato le correnti “moderne” del processo sia tempo di dismettere e quanto convenga preservare».

<sup>328</sup> CIPRIANI, *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 752.

<sup>329</sup> PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquant'anni di ritardo*, cit., 741.

<sup>330</sup> CIPRIANI, *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda*, cit., 752, il quale, a conferma della propria convinzione, sottolinea che «Calamandrei, una volta caduto il fascismo, per un verso si guardò bene dal rivendicare la paternità di quella sua bella relazione, e per l'altro giurò e spergiurò che il codice, al di là delle etichette, non era affatto autoritario, né tanto meno fascista, ma italiano, anzi, meglio, chiovendiano».

<sup>331</sup> CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, cit., 26.

<sup>332</sup> CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1244.

<sup>333</sup> La citazione è di L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Scritti in onore di Liebman*, I, Milano, 1979, 478, e la stessa è presa come emblema dallo stesso Cipriani di una convinzione diffusa e comunemente accettata dalla dottrina di allora.

<sup>334</sup> CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 29.

sto il tema su cui intendiamo soffermarci, anche se, alla luce di quello che si è detto in precedenza a proposito del saggio di Carnacini, appare difficile pensare che l'ideologia fascista abbia davvero potuto condizionare nel profondo il codice di procedura civile. Come si è già detto, se il comportamento di Calamandrei può effettivamente denotare qualche ambivalenza, lo stesso non si può dire per Carnacini<sup>335</sup>.

Inoltre, e in ogni caso, la diffusa accentuazione del carattere tecnico delle norme processuali ad opera di gran parte della dottrina (e non solo di Carnacini) a ridosso dell'emanazione del codice inducono ragionevolmente a pensare che tale espediente sia stato utilizzato non per giustificare a posteriori il codice dalle accuse di fascismo, ma proprio per preservarlo dall'eccessiva invadenza del regime stesso<sup>336</sup>.

A questo riguardo, appare ancora attuale quanto rilevato molto chiaramente da Denti. Egli, infatti, pur pienamente consapevole che il rafforzamento dei poteri del giudice nel codice del 1940 era anche conseguenza della sua configurazione come «strumento» della legislazione fascista, ha sottolineato che «il ruolo attivo del giudice nel processo civile non è affatto un problema di contrapposizione tra *autorità* e *libertà*, ma risponde ad esigenze che sono intrinseche alla tutela dei diritti nella società attuale»<sup>337</sup>.

Come detto, però, non è su questo che è opportuno soffermarsi. Qui interessa maggiormente, invece, capire come il dibattito innescato da Cipriani abbia influito anche su quello relativo ai poteri istruttori del giudice. In effetti, nei diversi saggi dedicati alle origini del codice, fra le molte norme (prima fra tutte l'art. 187 c.p.c.) additate come esempio dell'ideologia autoritaria, egli non ne include alcuna in tema di poteri istruttori. Lo stesso Cipriani, del resto, ha sottolineato che la polemica da lui innescata sull'autoritarismo processuale ha fatto un «salto di qualità», spostandosi decisamente sul problema dei poteri istruttori del giudice<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> A proposito delle ambivalenze del pensiero di Calamandrei si veda CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, cit., 123 ss., il quale, in particolare, mette in luce le «variazioni» del pensiero di Calamandrei con particolare riferimento all'opera di Goldschmidt. Cfr. anche CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosis»*, cit., 129.

<sup>336</sup> D'altro canto non avrebbe avuto molto senso insistere su tale argomentazione in articoli scritti quando il Fascismo era ancora al potere. Il riferimento è, ovviamente, a CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, cit., 53 e a CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte*, cit., 1, tutti pubblicati nell'immediatezza dell'emanazione del nuovo codice.

<sup>337</sup> DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 739.

<sup>338</sup> È lo stesso Cipriani a usare questa espressione con riferimento ad uno scritto di Taruffo (CIPRIANI, *L'autoritarismo processuale e le prove documentali*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 289). Si rimanda fra breve nel testo per la specificazione del momento in cui il dibattito ha fatto questo

In effetti, il salto di qualità del dibattito, o della polemica se si preferisce, è avvenuto progressivamente. Come vedremo, questa evoluzione avrà il suo apice in occasione del convegno del 2005 organizzato dall'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile; ma le sue radici risalgono a qualche anno prima. Occorre segnalare, infatti, che le idee di Cipriani, oltre a contrapposizioni polemiche, hanno trovato diversi consensi, anche al di fuori dell'Italia. In particolare, le idee revisioniste (così saranno poi definite da Chiarloni)<sup>339</sup> di Cipriani trovano il consenso di Montero Aroca, il quale, in un noto libro dedicato ai principi politici del nuovo codice di procedura civile spagnolo, riprende proprio tali argomentazioni, contrapponendo il modello spagnolo (a suo dire improntato su ideali liberali e democratici) a quello italiano (frutto dell'ideologia totalitaria e antidemocratica del fascismo)<sup>340</sup>.

A questo scritto risponde subito Verde, con un saggio divenuto altrettanto noto. Egli contesta la ricostruzione di Montero Aroca (e, quindi, anche quella di Cipriani) e per farlo si rifà proprio al saggio di Carnacini. In altri termini, Verde ritiene che sia (o che quantomeno dovrebbe essere) scontata la distinzione fra tutela e tecnica del processo e che, conseguentemente, la concreta configurazione dei poteri del giudice non presupponga automaticamente una precisa scelta ideologica<sup>341</sup>. Egli poi aggiunge che «anche il codice originario non ha mai mostrato particolare “fiducia” nei confronti del giudice e ha preferito dosare con molta prudenza, al di là delle enfatiche proclamazioni, i suoi poteri discrezionali»<sup>342</sup>.

Con specifico riferimento ai poteri istruttori del giudice, sostanzialmente osteggiati da Montero, Verde ribatte che comunque l'attribuzione degli stessi non rende di per sé autoritario il giudice e che, in ogni caso, in una concezione sociale del processo tale attribuzione non va a scapito delle prerogative e dei poteri delle parti<sup>343</sup>. Infine, e qui critica direttamente Cipriani, ritiene che proprio il pensiero di quest'ultimo presenti una «forte carica ideologica», presupponendo l'idea di giudice mero decisore di questioni, in un «processo senza processo»<sup>344</sup>.

Questo è il momento in cui il tema dei poteri istruttori entra per la prima volta nella polemica dottrinale innescata da Cipriani, anche se solo come uno (e

salto. Sulla peculiarità del pensiero di Cipriani in tema di poteri istruttori del giudice civile, cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 337 ss.

<sup>339</sup> CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, in VIOLANTE (a cura di), *Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1998, 401.

<sup>340</sup> MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, 2002, trad. it. di *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001.

<sup>341</sup> VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 679.

<sup>342</sup> VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, cit., 683.

<sup>343</sup> VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, cit., 682.

<sup>344</sup> VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, cit., 686.

neppure il principale) degli argomenti di discussione. Lo stesso Cirpiani, rispondendo a Verde, non prende specifica posizione sulla questione dei poteri istruttori, ma si limita a considerazioni più generali, sostenendo il carattere non ideologico del proprio pensiero, nella convinzione che «non si tratta di scegliere tra pubblico e privato o tra destra e sinistra, ma tra soluzioni ragionevoli e funzionali e soluzioni ragionevoli e controproducenti»<sup>345</sup>.

Sono invece Monteleone e, soprattutto, Montero Aroca a spostare decisamente la polemica sul problema dei poteri istruttori<sup>346</sup>. Anzi tutto, Monteleone, pur senza citarli espressamente, ritiene non condivisibili né la distinzione fra tutela e tecnica di Carnacini, né quella fra principio dispositivo in senso stretto e principio dispositivo in senso lato di Cappelletti. E ciò in quanto, se così fosse, allora sarebbe «lecito e opportuno accrescere a dismisura i poteri processuali del giudice a scapito delle parti»<sup>347</sup>.

A sua volta, Montero Aroca, rispondendo alle critiche mossegli da Verde, riprende e approfondisce le argomentazioni di Monteleone. In particolare, attacca in modo diretto, senza mezzi termini o giri di parole, la precedente dottrina italiana. Definisce «luogo comune» la distinzione fra tutela e tecnica proposta da Carnacini e poi raffinata da Cappelletti e sostiene che la disciplina delle allegazioni e delle prove sia una questione essenzialmente politica, tanto da accusare altra parte della dottrina italiana di utilizzare la scusa della natura tecnica delle norme istruttorie per nascondere scelte a tutti gli effetti politiche<sup>348</sup>.

Non è qui necessario entrare nel merito delle considerazioni di Montero Aroca sulla precedente dottrina, anche se appare francamente difficile condividere il giudizio, soprattutto su Denti, che di tutto può essere accusato tranne del fatto di non aver esplicitato chiaramente le concezioni sociali e ideologiche alla base del proprio pensiero. Anzi, era stato proprio Denti, prima di molti altri studiosi italiani, ad osservare, con estrema lucidità, che «le regole tecniche che vengono adottate per la soluzione dei problemi del processo possono essere in certa misura “neutrali” [...], ma certamente non lo è la concezione del ruolo del giudice, che riflette le ideologie “a monte” del processo»<sup>349</sup>.

---

<sup>345</sup> CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 456, ove afferma, in modo enfatico ma anche suggestivo, che «in realtà, gli avvocati, quando difendono la parte che ha ragione e che ha fretta, hanno più fretta di tutti i giudici del mondo».

<sup>346</sup> Cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 303.

<sup>347</sup> MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 575, spec. 581.

<sup>348</sup> MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 553, spec. 570, ove l'attacco è rivolto soprattutto nei confronti di Denti, descritto come uno dei «processualisti più politicizzati».

<sup>349</sup> DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 726.

Analogamente poco convincente appare l'argomentazione che Montero Aroca utilizza per giustificare la propria convinzione circa la natura autoritaria del codice italiano. Egli, infatti, esclude che possa parlarsi di una mera coincidenza cronologica fra fascismo e codice di procedura sulla base di quella che lui stesso definisce «un'elementare massima di esperienza: una legge o un codice, quale che sia la materia che lo regola, è sempre espressione della concezione ideologica della società in cui viene elaborato e, spesso, di quella propria dei responsabili politici che lo elaborano»<sup>350</sup>.

A fatti notori e massime d'esperienza sarà dedicato il terzo capitolo. Tuttavia, la massima d'esperienza prospettata in questo caso appare alquanto discutibile; essa, infatti, sembra avere la stessa attendibilità di massime del tipo «gli italiani amano il calcio». Se anche una simile affermazione avesse un fondamento di verità, essa non potrebbe comunque essere generalizzata; è appunto come se dalla massima appena illustrata volessimo derivare che «tutti» gli italiani amano il calcio. In realtà, come si è già visto in precedenza anche con specifico riferimento al pensiero di Carnacini, appare certamente possibile escludere che l'ideologia fascista abbia inciso sull'elaborazione della sua classica distinzione fra tutela e tecnica.

Decisamente più interessanti, invece, sono le obiezioni mosse da Montero Aroca all'attribuzione al giudice dei poteri istruttori. In primo luogo, egli sostiene che tali poteri possano incidere negativamente sulla imparzialità del giudice. Pur non citandolo, egli sembra sostanzialmente rifarsi a una posizione simile a quella a suo tempo espressa da Liebman, anche se, subito dopo, Montero Aroca parrebbe addirittura prospettare, diversamente da quest'ultimo, una posizione ancora allineatrice<sup>351</sup>.

Ma non solo. Egli sottolinea che la sua diffidenza verso l'attribuzione al giudice di simili poteri «ha origine nella constatazione della realtà», vista la scarsa utilizzazione degli stessi da parte dei giudici, anche quando previsti. Inoltre, sottolinea che l'attribuzione di poteri istruttori al giudice avrebbe «senso soltanto se si parte dalla tacita idea che il difensore della parte sia negligente oppure ignorante», il che, tuttavia, contrasta con quanto ritenuto da sempre dalla più autorevole dottrina<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, cit., 557. Nel medesimo senso cfr. già MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un «revisionista»*, cit., 579. Per una specifica ricostruzione del pensiero di questi autori, cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 317 ss.

<sup>351</sup> MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, cit., 564, in cui, dopo aver appunto parlato del problema dell'imparzialità, sembra rifarsi alla convinzione di chi ritiene che la natura disponibile del diritto si ripercuota direttamente e logicamente sul processo, determinando dei veri e propri diritti soggettivi processuali in capo alle parti. In proposito, cita GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Barcelona, 1943.

<sup>352</sup> MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, cit.,

Non entriamo nel merito di queste argomentazioni. Lo faremo più avanti. Si può dire, tuttavia, che da questo momento l'argomento dei poteri istruttori, inizialmente semplicemente accennato o affrontato in modo marginale, entri di prepotenza nel dibattito relativo ai fondamenti ideologici del codice del 1940. Del resto, lo stesso Verde, nella postilla pubblicata in calce all'articolo di Montero Aroca, riconosce che ormai «il vero punto di dissenso riguarda il rapporto fra parti e giudice e la delimitazione dei rispettivi poteri nella conduzione dell'indagine istruttoria»<sup>353</sup>.

Come già detto, il definitivo salto di qualità del dibattito si ha però in occasione del convegno organizzato a Cagliari nel 2005 dall'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, integralmente dedicato al tema della prova. In tale occasione la dottrina italiana, pur con qualche importante defezione, torna nuovamente a interrogarsi sui problemi classici del diritto delle prove, quali, ad esempio, quello della specificità della prova giudiziaria (specialmente in relazione alle c.d. regole di esclusione)<sup>354</sup> e, appunto, quello dei poteri istruttori. Il contesto, però, è decisamente mutato, così come l'approccio, ancora ispirato al diritto comparato ma aperto anche alle emergenti tendenze di europeizzazione del diritto processuale<sup>355</sup>.

Proprio in tale occasione il dibattito sull'ideologia del codice si concentra sul problema dei poteri istruttori del giudice. In particolare, sono soprattutto la relazione di Taruffo<sup>356</sup> e l'intervento di Cipriani a determinare questo mutamento, anzi, questo salto di qualità<sup>357</sup>.

---

576, ove cita anche una nota affermazione di Chiovenda secondo cui «le parti sono i migliori giudici della propria difesa». Analogamente si era espresso anche MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un «revisionista»*, cit., 577.

<sup>353</sup> VERDE, *Postilla*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 580.

<sup>354</sup> A questo tema era dedicata specificamente la relazione di CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417, ora anche in *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, 2016, 149.

<sup>355</sup> In questa prospettiva vanno proprio gli interventi di TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 451, 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 e BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 483.

<sup>356</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 451.

<sup>357</sup> L'importanza del dibattito svoltosi in tale occasione è percepibile dal fatto che, come ammesso dallo stesso Cipriani, Taruffo, durante la relazione esposta durante il convegno, non avesse fatto riferimenti specifici al dibattito relativo all'ideologia del codice, dibattito che, invece, è oggetto di aperta e profonda critica nel testo della medesima relazione pubblicato dopo. Di ciò vi è la testimonianza "scritta" di CIPRIANI, *L'autoritarismo processuale e le prove documentali*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 289, spec. 293. L'intervento, invece, è edito in CIPRIANI, *Intervento*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV convegno nazionale. Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, 338.

In particolare, nell'ambito di un'analisi comparatistica fra i differenti modelli di prova, Taruffo parla della recente polemica suscitata dagli studi di Cipriani e di Montero Aroca, definendola come un «revival» della questione, già discussa in passato, circa il fondamento politico dell'attribuzione al giudice di poteri istruttori<sup>358</sup>. In particolare, Taruffo ritiene che l'equivalenza prospettata da tale dottrina (nel frattempo definita da Chiarloni come «revisionista»)<sup>359</sup> sia ambigua specialmente con riferimento al secondo termine dell'equivalenza, non essendo chiaro, in particolare, se l'attribuzione di poteri del giudice equivalga a processo autoritario oppure, più in generale, a sistema politico autoritario<sup>360</sup>.

Sempre secondo Taruffo, nel primo caso (ossia se si intende semplicemente dire che l'attribuzione al giudice di poteri istruttori rende il processo autoritario) si tratta di un mero gioco linguistico, per dire la stessa cosa connotandola negativamente. Nel secondo caso (ossia equiparando l'attribuzione di poteri istruttori al giudice a un sistema politico autoritario), invece, la contrapposizione è concettualmente infondata (in quanto il liberalismo non si contrappone necessariamente allo stato autoritario, essendo semmai lo Stato autoritario a contrapporsi a quello democratico) e, conseguentemente, contraddetta dai fatti. In particolare, Taruffo sottolinea come molti Stati autoritari (o comunque non democratici) abbiano adottato modelli processuali essenzialmente liberali e rimessi all'iniziativa delle parti (fra tutti il Codice napoleonico<sup>361</sup>) e viceversa (come di-

---

<sup>358</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 453. In argomento, cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 329 ss.

<sup>359</sup> CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, in VIOLANTE (a cura di), *Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1998, 401. Su questa definizione, si veda anche la presa di posizione di CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, cit., 456.

<sup>360</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 453. In argomento, si veda anche diffusamente FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, II ed., Bari, 1999, spec. 37 ss., il quale giustamente sottolinea come le derive autoritarie (ma non certo totalitarie) dei primi anni del Novecento spieghino «la sostanziale accettazione del fascismo, pur dietro un'apparente e distaccata neutralità, da parte della cultura giuridica liberale».

<sup>361</sup> In senso contrario, proprio a questa impostazione di Taruffo, cfr., negli stessi anni, lo studio di CHIZZINI, *Un «codice di regole» per un processo liberale?*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 23, spec. 26, il quale (pur riconoscendo gli indubbi meriti della codificazione napoleonica, quali semplificazione delle forme e dei riti, abrogazione dei privilegi delle giurisdizioni, sottoposizione del giudice alla legge, motivazione delle sentenze, pubblicità dei giudizi, doppio grado di giurisdizione), ritiene che il codice di rito emanato da Napoleone, «più che strumento di tutela delle libertà civili riconosciute e rispettate dal codice civile, la nuova codificazione processuale sembra lo strumento utilizzato per spingersi ben oltre quella linea che mai il sistema del diritto naturale e dei diritti soggettivi avrebbe permesso di varcare apertamente». Ovviamente non è qui possibile prendere compiuta posizione sul punto. In ogni caso, si ritiene che il ragionamento seguito da Taruffo ed esposto nel testo sia comunque valido e condivisibile, a prescindere dalla valutazione del codice napoleonico. Come già si diceva in precedenza nel testo a proposito del pensiero di Montero Aroca, se è possibile che un sistema politico influenzi le codificazioni, questo non è però scontato e, comunque, non è detto che tutte le scelte normative siano una diretta conseguenza dell'ideologia

mostra soprattutto l'analisi comparatistica di altri modelli processuali contemporanei come, ad esempio, quello francese)<sup>362</sup>. Proprio per evitare ulteriori incertezze e fraintendimenti, egli propone una sorta di «terapia linguistica», suggerendo di non utilizzare più il termine inquisitorio, termine intrinsecamente connotato negativamente e che, per di più, non rispecchia alcun modello processuale reale<sup>363</sup>.

Tuttavia, la vera e propria svolta al dibattito si ha nel chiarimento (o forse sarebbe meglio dire ridefinizione) dei confini fra tecnica e ideologia con riferimento ai poteri istruttori. Taruffo, infatti, ribadisce una volta di più la tesi di Carnacini, a mo' di assioma da cui partire, ossia la «assenza di implicazioni necessarie tra l'adozione del principio dispositivo in senso proprio, o sostanziale, e l'opzione consistente nel non attribuire al giudice alcun potere istruttorio autonomo»<sup>364</sup>. Egli, però, non afferma genericamente che la questione dei poteri istruttori sia meramente tecnica; al contrario, afferma che essa implica «una scelta di carattere sostanzialmente ideologico». Egli, tuttavia, chiarisce molto lucidamente che questa scelta «attiene specificamente alle ideologie della funzione del processo civile e della decisione che lo conclude»<sup>365</sup>.

Proprio quest'ultima considerazione rappresenta la vera svolta del dibattito sui poteri istruttori. Non è (e non deve essere) ideologica la scelta di attribuire o non poteri istruttori al giudice. Lo è (e non può non esserlo) la scelta degli obiettivi del processo, scelta da cui dipende la concreta configurazione (questa volta sì tecnica) del meccanismo processuale delle iniziative istruttorie. Posta questa nuova impostazione metodologica, Taruffo ritiene che il processo debba necessariamente tendere ad un accertamento veritiero dei fatti e che, conseguentemente, tale obiettivo giustifica e fonda l'attribuzione al giudice dei poteri istruttori<sup>366</sup>.

Ovviamente le argomentazioni addotte da Taruffo non sono così semplicistiche; su di esse, però, si tornerà più approfonditamente nel prosieguo, anche perché proprio la discussione sugli scopi del processo (o, più propriamente, dell'accertamento giudiziale dei fatti) rappresenta il nucleo centrale del dibattito sui poteri istruttori dell'ultimo decennio.

Tuttavia, prima di analizzare quest'ultima parte del dibattito, appare doveroso

---

politica dominante. Infine, pare sostanzialmente incontrovertibile il fatto che la realtà abbia dimostrato l'inesistenza di questo rapporto di correlazione necessaria fra sistema politico autoritario e poteri del giudice.

<sup>362</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 457.

<sup>363</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 452.

<sup>364</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 451.

<sup>365</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 469. In tema si veda specificamente, FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 332 ss.

<sup>366</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 476.

so spiegare e giustificare meglio perché si è individuato proprio nel convegno di Cagliari del 2005 il punto di svolta del dibattito. In effetti, il problema degli scopi del processo e, più specificamente, dell'accertamento giudiziale dei fatti è sempre stato al centro del dibattito dottrinale. Anzi, anche in questo caso (come per i poteri istruttori del giudice), si può dire che si tratti di un problema nato con il processo<sup>367</sup>.

Analogamente il problema del risultato dell'accertamento dei fatti non è nuovo, essendo da sempre oggetto di discussione se il processo consenta di raggiungere la verità materiale o assoluta oppure se, invece, si accontenti di una verità meramente formale o relativa oppure se, addirittura, prescindendo del tutto dal raggiungimento di qualsiasi tipo di verità<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> Solo a titolo puramente indicativo ed esemplificativo, cfr. FLORIAN, *Le due prove (civili e penali)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 221, spec. 223, SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 32, spec. 33, CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 23, CALAMANDREI, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 1, CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 4, CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, cit., 143, spec. 158, GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., 580, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 270 ss., VERDE, *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 2, CARPI, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, cit., 105, spec. 106 e G.F. RICCI, *Il processo fra ideologie e quotidianità*, cit., 77, spec. 88. E, ovviamente, il problema non si è certo posto solo in Italia. A titolo esemplificativo, per quanto riguarda la cultura giuridica nordamericana, cfr., ad esempio, cfr. K.E. SCOTT, *Two Models of the Civil Procedure*, in *Stanford L. Rev.*, 27, 1975, 937 e FISS, *The Law. As it could be*, New York University Press, 2013, spec. 12 ss., il quale parla di “two Models of Adjudication”, individuando il primo nell'affermazione, attraverso l'accertamento giudiziale, di “public values” e il secondo nella risoluzione dei conflitti.

<sup>368</sup> Anche in questo caso è possibile unicamente fare delle mere esemplificazioni indicative. Sul problema del rapporto fra verità e processo, oltre a quasi tutti gli scritti citati nella nota precedente, cfr. CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 5, spec. 18 (con riferimento al processo romano), CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1, MUSATTI, *Diritto e ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 215, CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 164, DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 9, spec. 17, ID., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 414, E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., 380, TARUFFO, *La ricerca della verità nell'«adversary system» angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 596, ID., *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1558, PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 481, spec. 492, CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 686, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 292, FABBRINI, *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 721, spec. 731, GIULIANI, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 598, spec. 602, ID., *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 652, G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della “specificità” della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1129, CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 73, ID., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27. Il tema, naturalmente, è ampiamente approfondito anche dalla dottrina processualpenalistica; a

Nonostante questo, si ritiene di poter rinvenire nel Convegno di Cagliari una vera e propria svolta sulla base di diverse considerazioni. In primo luogo, è lo stesso Cipriani ad aver parlato di vero e proprio salto di qualità, riferendosi al dibattito svoltosi in occasione del convegno<sup>369</sup>; in secondo luogo, successivamente a tale convegno non solo sono stati pubblicati numerosi e autorevoli saggi sul tema, ma gli stessi si incrociano in una sorta di dibattito-dialogo dottrinale<sup>370</sup> e coinvolgono anche la dottrina straniera, specialmente spagnola<sup>371</sup>.

Ma soprattutto, l'importanza del dibattito del convegno di Cagliari è di natura metodologica. Per citare Scarpelli, si passa da una analisi «descrittiva» a una «direttiva»<sup>372</sup>. Prima la nozione di verità era utilizzata come termine di paragone per descrivere e quindi valutare un modello processuale (in termini di maggiore o minore adeguatezza al raggiungimento della verità). Successivamente, invece, la nozione di verità assume una valenza chiaramente direttiva sia nell'interpretazione delle norme che nelle proposte di riforma (quale obiettivo che le norme tecniche del processo devono raggiungere o almeno cercare di raggiungere)<sup>373</sup>.

---

titolo puramente indicativo, anche per ulteriori e più opportuni riferimenti, cfr. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, 212 ss. e CALLARI, *Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1348.

<sup>369</sup> CIPRIANI, *L'autoritarismo processuale e le prove documentali*, cit., 289.

<sup>370</sup> Ad esempio, CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 695 e CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 1, scrivono a commento e in risposta al libro *La semplice verità* di Taruffo, il quale, a sua volta, risponde in TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 995. Al saggio di MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1, risponde TARUFFO, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 723. Infine, più recentemente, a L.P. COMOGLIO, *«Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 131, rispondono CAVALLONE, *Postilla a Luigi Comoglio*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 158 e MONTELEONE, *A margine di una recente polemica sul ruolo del giudice nel processo civile: moralisti, moralizzatori e «neoliberisti»*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 273. Ovviamente, non possono essere dimenticati anche altri importanti saggi pubblicati tutti nello stesso periodo, fra i quali, TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 63, ID., *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1117, CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 107, CHIARLONI, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Milano, 2009, 101 e MONTELEONE, *L'imparzialità del giudice e la prova nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 323.

<sup>371</sup> Cfr., in particolare, PICÒ I JUNOY, *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 65, ID., *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1497 e NIEVA-FENOLL, *La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 943.

<sup>372</sup> SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 553, spec. 555.

<sup>373</sup> E tutto questo in una chiara prospettiva «di interdisciplinarietà critica» e in «assonanza con

In realtà, anche questa affermazione va specificata. In effetti già in precedenza la verità è stata spesso utilizzata sia come riferimento interpretativo sia come obiettivo di riforma. Tuttavia, ciò è avvenuto in modo implicito e quasi sempre inconsapevole, come si cercherà di illustrare fra breve. In altri termini, il problema della verità si celava sotto forma di «una metodologia giuridica nascostamente direttiva», ossia di una metodologia «dedotta da una teoria del diritto che cela scelte politiche sotto apparenze di purezza scientifica»<sup>374</sup>.

La “svolta” di Cagliari è rappresentata proprio da questo; aver tolto il velo a metodologie nascostamente direttive e aver messo la dottrina di fronte alla necessità di operare una precisa e consapevole scelta metodologica direttiva, probabilmente la più importante: accettare o rigettare la verità come obiettivo direttivo di interpretazione e di riforma del processo vigente, ossia accettare o rigettare l’idea di verità come «limite ideale o ideale regolativo che non si raggiunge nella pratica, ma che tuttavia è indispensabile per orientare nella direzione corretta le scelte – anche conoscitive – che si compiono nelle esperienze più diverse»<sup>375</sup>.

### 1.6. *Riletture e ripensamenti intorno al principio di disponibilità delle prove nella dottrina recente*

Come si è accennato in precedenza, il dibattito degli ultimi dieci anni in tema di poteri istruttori si è essenzialmente incentrato sulla definizione degli scopi dell’accertamento giudiziale dei fatti. Proprio cercando di definire tali scopi la dottrina ha provato a risolvere alcuni dei dubbi che rimanevano irrisolti sin dai primi interventi successivi al saggio di Carnacini. In una sorta di cerchio che si chiude (o che si prova a chiudere), la dottrina riprende alcun «topoi» del dibattito precedente (quali, in particolare, il problema dell’imparzialità del giudice e la corretta interpretazione dell’art. 115 c.p.c.) e cerca di dare nuova luce agli stessi, proprio in conseguenza della nuova consapevolezza circa l’importanza della preventiva definizione degli scopi del giudizio di fatto e della conseguente configurazione del processo come strumento di accertamento della verità<sup>376</sup>.

---

l’impostazione secondo la quale i discorsi intorno al diritto devono avere una ricaduta concreta, ancorché sulla base di elaborazioni teoricamente molto raffinate»; cfr. DONDI, *Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, cit., 511.

<sup>374</sup> SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, cit., 574.

<sup>375</sup> In questo senso, emblematicamente, TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1130.

<sup>376</sup> Oltre allo scritto di Taruffo citato alla fine del paragrafo precedente, nell’ultimo decennio si rinvencono molti interventi della dottrina dedicati specificamente (o quasi) al problema degli scopi dell’accertamento giudiziale. Cfr. dello stesso TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., nonché MONTELEONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 863, ID., *Intorno al concetto di*

Ovviamente il problema della verità, prima di tutto epistemologico e filosofico, non può essere affrontato in questa sede, pur ponendosi come preliminare al tema qui analizzato<sup>377</sup>. In effetti, se non si potesse parlare di verità in generale, a maggior ragione non se ne potrebbe parlare con riferimento al processo<sup>378</sup>. Ma non solo. Secondo alcune teorie il processo potrebbe del tutto fare a meno della verità; e ciò in quanto sarebbe il processo (procedimento) in se stesso a determinare la legittimazione sociale dei risultati che produce<sup>379</sup>.

In particolare, tali teorie (spesso definite come «Procedural Justice»), si fondano sul presupposto implicito che proprio la giustizia del procedimento «sia in realtà tutto e soltanto quello che occorre per avere una buona amministrazione della giustizia, e quindi, non sia necessario – e non sia comunque interessante – preoccuparsi della qualità delle decisioni [...] Va da sé che la giustizia della decisione è implicita nella justice del procedimento, la sua eventuale veridicità in termini di corrispondenza con la realtà dei fatti della controversia è del tutto irrilevante»<sup>380</sup>.

Al di là di queste contrapposizioni generali, sempre possibile ritenere che il più recente dibattito della dottrina italiana dia comunque per scontata l'accettazione della verità come riferimento direttivo dell'interpretazione degli scopi processo. Come vedremo meglio fra breve, la dottrina si è domandata non tanto *se* accogliere il concetto di verità quanto piuttosto *quale* nozione di verità pren-

---

*verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1, CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 (con la replica di TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 995), L.P. COMOGLIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 521 e PICÒ I JUNOY, *La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 171.

<sup>377</sup> In proposito, per una scrupolosa analisi delle distinte teorie, filosofiche ed epistemologiche, in tema di verità, si rimanda a TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 90 ss. e ID., *La verità nel processo*, cit., 1125 ss. Meno recentemente, sempre nella dottrina giuridica, si veda SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982. Al di fuori della dottrina giuridica, a titolo di mera indicazione per ulteriori riferimenti, si vedano, recentemente, VOLPE, *La verità*, Roma, 2012 e D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Torino, 2011.

<sup>378</sup> TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1121.

<sup>379</sup> Si veda, in particolare LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995, *passim*). In argomento, anche per ulteriori riferimenti cfr. SOLUM, *Procedural Justice*, in 78 *S. Cal. L. Rev.*, 2004, 181, 238, DUXBURY, *Random Justice, On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford, 1999, GOODWIN, *Justice by Lottery*, New York, 1992. Nella dottrina italiana, si rimanda, oltre agli scritti di Taruffo già menzionati in precedenza, a CAVALLONE, «*Comme vous aultres, Messieur» (François Rabelais teorico del processo e del giudizio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 438 e a FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 68. Cfr. anche BERTOLINO, *Giusto processo civile e verità. Contributo allo studio della relazione fra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010, *passim*.

<sup>380</sup> TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 102 e ID., *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1117 ss.

dere come riferimento. D'altro canto, e questo pare essere un altro dato acquisito del dibattito dottrinale, l'accertamento della verità non è in sé uno scopo del processo, quanto un «modo ed anzi l'unico modo, attraverso cui il processo deve raggiungere i suoi fini»<sup>381</sup>. Già Musatti, negli anni Cinquanta aveva acutamente rilevato che «per il giudice la verità è solo una tappa»<sup>382</sup>.

Ovviamente, il discorso potrebbe complicarsi ancora di più qualora ci si volesse interrogare sul più generale problema degli scopi del processo, dovendosi appunto discutere se esso tenda all'attuazione della legge in senso oggettivo, alla tutela del diritto soggettivo, alla pacificazione sociale oppure ancora all'educazione dei cittadini. Al riguardo sono state elaborate numerose e varie teorie<sup>383</sup>.

Ai fini di questa analisi, tuttavia, questo problema, per quanto interessante e forse irrisolvibile, può essere tralasciato. Invero, un altro dato che emerge come acquisito dall'ultima parte di questo dibattito dottrinale è la concorde convinzione che, qualunque sia lo scopo del processo, il modo in cui tale scopo deve essere raggiunto è rappresentato anche (e, quindi, non solo) dall'accertamento della verità. Considerando i toni accesi (per non dire aspri) della polemica degli ultimi dieci anni, non si tratta di una considerazione di poco conto. Il merito di questa concordanza di vedute sembra attribuibile al progressivo rilievo dato ai principi in tema di «giusto processo», specialmente dopo la loro costituzionalizzazione avvenuta nel 1999<sup>384</sup>.

<sup>381</sup> RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, cit., 1141. Lo stesso Cavallone, pur avendo affermato nella monografia del 1968 che «il fine ultimo della prova» sarebbe «il conseguimento di questa "ratifica" popolare della sentenza» (CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 228), più recentemente, pur difendendo la verifobia, afferma che il giudice deve comunque decidere «sulla base di prove idonee alla verifica delle allegazioni fattuali delle parti, alla stregua sia delle regole del processo che di criteri epistemologici sensati, comprensibili e coerenti con la nostra cultura» (CAVALLONE, *In difesa della verifobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 12).

<sup>382</sup> MUSATTI, *Diritto e ricerca della verità*, cit., 216.

<sup>383</sup> Per un'analisi di alcune fra le possibili soluzioni prospettate in dottrina, sia consentito il richiamo a P. COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia di impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, 186 ss.

<sup>384</sup> Sulla progressiva importanza della riforma costituzionale del 1999 sul tema dell'accertamento giudiziale dei fatti e sul problematico rapporto con il concetto di verità, si vedano TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 116, ID., *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, cit., 730, L.P. COMOGLIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 527, ID., «Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, cit., 152, CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., 37, nonché, più recentemente, VIDIRI, *Giusto processo, accertamento della verità materiale e "imparzialità" del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1547. Non si può omettere, ovviamente, anche il riferimento a FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 71 ss. Si veda anche CHIARLONI, *Riflessioni micro-comparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, cit., 102, il quale dà atto di aver cambiato idea sulla riforma del 1999 (prima ritenuta come sostanzialmente ricognitiva di principi già immanenti), partendo appunto dall'assunto che il processo è giusto solo se tende anche «a produrre

Del resto, proprio alla luce dei principi costituzionali, anche i più scettici sulle capacità epistemiche del processo concordano sul fatto che nessun processo può definirsi realmente giusto se prescinde dall'accertamento della verità<sup>385</sup>. In estrema sintesi, come è stato lucidamente osservato, «in un sistema costituzionale, come quello italiano ispirato alle regole delle democrazie occidentali, la ricerca della verità nell'ambito del processo è un valore primario, che deve informare di sé le regole del procedimento probatorio; ed è dunque necessario verificare se ed in che limiti tale obiettivo possa essere attinto facendo uso delle vigenti regole del processo civile»<sup>386</sup>.

D'altro canto, come acutamente osservato, «the truth exerts a powerful attraction»<sup>387</sup>. E proprio questa particolare attrazione sembra anche essere a fondamento della giurisprudenza in tema di (non) arbitrabilità delle controversie di impugnazione dei bilanci di società; benché questo non venga sostanzialmente mai esplicitata nelle motivazioni delle varie decisioni, traspare comunque la difficoltà della Corte di Cassazione nell'affermare disponibile la controversia sulla verità (intesa anche come chiarezza e precisione) del bilancio, verità su cui si fonda anche l'affidamento dei terzi<sup>388</sup>.

Alla luce del più recente dibattito, quindi, può darsi per acquisito il fatto che il processo, al di là dei precisi scopi cui sia finalizzato, presuppone comunque un accertamento veritiero; il problema è, quindi, quale verità debba essere presa come riferimento. E su questo punto le opinioni sono ancora molto discordanti. In realtà, nonostante i riferimenti alla tradizionale distinzione fra verità sostanziale (o materiale) e verità processuale (o formale) siano ancora frequenti nel dibattito dottrinali, quasi tutti concordano sul fatto che tale

---

risultati accurati», afferma che di essere «convinto che la Costituzione esiga una disciplina del diritto probatorio cui il codice di procedura civile per alcuni aspetti non si conforma».

<sup>385</sup> Ad esempio, MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, cit., 12, affermando che «L'accertamento della verità deve scaturire dal contraddittorio tra le parti, sulle quali incombe l'onere di provare i fatti allegati nel proprio interesse», implicitamente dà per assunta la necessità di tale accertamento. In proposito, si legga anche CHIARLONI, *Recensione a Cavallone, La borsa di miss Flite. Storie e immagini del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 736, il quale, con specifico riferimento al pensiero verifobico di Cavallone, manifesta comunque la convinzione «che egli sia in realtà un truthlover, magari contro le intenzioni». Al di fuori della dottrina processualciviltistica, in questo senso, cfr. PASTORE, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, in *Ars interpretandi*, 2013, 80 ss.

<sup>386</sup> DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 108.

<sup>387</sup> GRIMM, *Epistemic Goals and Epistemic Values*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 2008, 725.

<sup>388</sup> In questi termini, cfr. Cass. civ. (ord.), sez. VI, 13 ottobre 2016, n. 20674, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce "Arbitrato", n. 101, Cass. civ. (ord.), sez. VI, 10 giugno 2014, n. 13031, in *Giur. comm.*, 2016, II, 737, con nota di CORSI, Cass. civ., sez. I, 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Soc.*, 2006, 637, con nota di SOLDATI e in *Riv. arb.*, 2006, 297, con nota di GROPPOLI.

distinzione è ormai sostanzialmente superata e fuorviante<sup>389</sup>.

Sembra possibile, invece, individuare due distinte convinzioni che, implicitamente o esplicitamente, vengono ricorrentemente assunte a fondamento delle recenti posizioni dottrinali: da un lato, la riconosciuta fallibilità delle capacità epistemiche dell'uomo (con conseguente rinuncia alla pretesa – meglio sarebbe dire alla presunzione – di raggiungere verità assolute e definitive), dall'altro il rifiuto di teorie irrazionaliste, con la consapevolezza, quindi, che l'uomo, pur con i suoi intrinseci limiti epistemici, è in grado di conoscere la realtà così come è effettivamente<sup>390</sup>.

In effetti, sembra possibile ritenere che quasi tutta la più recente dottrina, anche solo implicitamente, ponga a fondamento delle proprie posizioni una concezione «aletica» della verità, ossia una concezione della verità intesa come corrispondenza; e ciò in quanto, «l'ovvia impossibilità che nel processo si acquisiscano verità assolute non rende tuttavia irrilevante, anche nel contesto processuale, il criterio della verità aletica»<sup>391</sup>. È a questo punto che sorgono le divergenze e i contrasti. Si può ritenere, infatti, che le discussioni dottrinali riguardino non tanto la nozione di verità posta come obiettivo del processo, quanto il modo e l'intensità con cui tale obiettivo deve essere perseguito nel processo. Del resto, come giustamente osservato, l'adozione di una concezione corrispondentista di verità «lascia impregiudicata la identificazione dei criteri epistemici, delle procedure per verificare o falsificare gli enunciati»<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1130, G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, cit., 1144, CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., 41. Anche Monteleone ritiene che il concetto di verità materiale sia «ambiguo e inconsistente» (MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, cit., 11). In generale si rimanda a FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 73 e a FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, 13 ss.

<sup>390</sup> Il più esplicito, in questo senso, è ovviamente TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 92 ss. e ID., *La verità nel processo*, cit., 1129, ove afferma chiaramente che «Nulla esclude, inverò, che vi sia un processo epistemicamente efficiente, nel quale la verità "vera" dei fatti può essere accertata». Ma i due assunti, di cui nel testo, sembrano comunque rinvenibili, più o meno espressamente, in tutti i contributi pubblicati nell'ultimo decennio. Cfr., ad esempio, CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 12, il quale ritiene che il giudice debba decidersi «sulla base di prove idonee alla verifica delle allegazioni fattuali delle parti» (enfasi aggiunta). Si legga anche RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1138, il quale, pur ritenendo la prova giuridica del tutto specifica e peculiare rispetto ad altri settori scientifici, ne afferma comunque il carattere dimostrativo.

<sup>391</sup> TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1130. Cfr. anche FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in BESSONE, GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, 337, TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, 67 ss. e CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 608.

<sup>392</sup> FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., 362.

Ma su questo torneremo meglio nel prossimo capitolo, cercando di sintetizzare le conclusioni cui è giunto il dibattito in tema di poteri istruttori e di individuare le possibili linee di tendenza future. Sempre nel prossimo capitolo, si prenderanno in esame anche le tre obiezioni che, come detto in precedenza, Montero Aroca ha mosso contro l'estensione dei poteri istruttori del giudice (ossia rischio di parzialità del giudice, mancato esercizio effettivo dei poteri e implicita adesione a una concezione negativa del ruolo degli avvocati). Qui, invece, appare interessante soffermarsi ad analizzare come questo nuovo approccio abbia portato la dottrina a rielaborare problemi già sorti all'inizio del dibattito dottrinale qui analizzato.

In effetti questo nuovo approccio «direttivo» – per citare ancora una volta Scarpelli – ha posto nuovamente il problema, sollevato negli anni Settanta da Edoardo Flavio Ricci, dell'interpretazione dell'art. 115 c.p.c. A questo proposito, infatti, sono state proposte nuove (e per così dire rinnovate) ipotesi di interpretazione del «diritto vigente». Più specificamente, sono state prospettate tre differenti ipotesi di rilettura di tale norma, due generali (riferite al complessivo sistema probatorio) e una più settoriale (limitata alle prove documentali)<sup>393</sup>.

Ma non solo. Questo nuovo approccio ha anche indotto la dottrina (in questo caso soprattutto spagnola) a interrogarsi sulle origini storiche della regola della disponibilità della prova e sulle ragioni della percezione tendenzialmente negativa della regola opposta, ossia del principio inquisitorio<sup>394</sup>.

In particolare, la dottrina spagnola si è interrogata sulle origini del tradizionale brocardo «Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam» e, soprattutto, sulla manipolazione o modificazione dello stesso con l'aggiunta del termine «partium» nel corso dell'evoluzione del dibattito dottrinale, nel corso dell'Ottocento<sup>395</sup>. Tuttavia, nonostante i contrasti sulle

---

<sup>393</sup> Per quanto riguarda le prime due, il riferimento è a TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in AA.VV., *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 101 e a L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. II, Torino, 2012, 356. Per quanto riguarda la terza, invece, cfr. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 60 ss., spec. 92 ss.

<sup>394</sup> Cfr., PICÒ I JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, cit., 1497, versione italiana del più ampio studio (comprensivo anche della riproduzione fotostatica delle fonti consultate) ID., *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, e NIEVA-FENOLL, *La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, cit., 943.

<sup>395</sup> Ad esempio, secondo NIEVA-FENOLL, *La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, cit., 947 le prime modificazioni del brocardo, contrariamente a quanto sostenuto da Picò, risalirebbero non alla manipolazione di Wach nell'Ottocento, ma a circa trecento anni prima (PICÒ I JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, cit., 1504). Ovviamente non è qui possibile en-

origini, la dottrina sembra concorde nel rilevare l'erronea (per quanto involontaria) percezione del nucleo originario del brocardo da parte (soprattutto) della dottrina del Novecento e della sostanziale infondatezza della (cattiva) reputazione progressivamente assunta dal principio inquisitorio<sup>396</sup>.

Proprio da queste nuove riflessioni di storiografia giuridica prende le mosse il primo tentativo di rilettura dell'art. 115 c.p.c. o, meglio, di critica alla «vulgata» più diffusa, secondo cui tale norma «enuncerebbe il principio dispositivo in materia di prove», vale a dire la «disponibilità *esclusiva* delle prove, ossia monopolio delle parti (e del pubblico ministero) sulle prove di cui il giudice deve servirsi ai fini della decisione»<sup>397</sup>. In effetti, le analisi storiche compiute dalla dottrina spagnola rafforzano la critica all'interpretazione fondata sul dato letterale e sulla presunta volontà del legislatore. «È dunque assai dubbio che si possa invocare, in sede interpretativa, una volontà del legislatore storico che – se è davvero esistita – era viziata da un errore evidente»<sup>398</sup>. In definitiva, secondo questa prospettiva, i nuovi studi storici rafforzerebbero e confermerebbero la tesi già esposta da Ricci negli anni Settanta, secondo cui l'art. 115 c.p.c. sancirebbe unicamente il diritto alla prova, nulla stabilendo in ordine alla possibile prevalenza dell'iniziativa probatorie delle parti<sup>399</sup>.

Ancora più innovativo è il secondo tentativo di rilettura dell'art. 115 c.p.c. Anche in questo caso, le basi di partenza sono quelle ormai acquisite dal precedente dibattito in tema di poteri istruttori del giudice, ossia che tale norma (secondo la convinzione comune) codifichi il principio dispositivo, e che, tuttavia,

---

trarre nel merito di tale disputa, non essendo possibile analizzare direttamente le dettagliate e precise fonti dottrinali considerate dai due studiosi spagnoli. La sensazione, tuttavia, è che, per quanto emersa in precedenza, la modificazione del brocardo abbia assunto una specifica connotazione ideologica proprio nell'Ottocento, in connessione con l'emergere delle teorie liberali e del loro influsso sul processo, anche se certamente non è dato sapere se ciò si avvenuto in modo premeditato, ossia con la specifica finalità di adattare ideologicamente il brocardo alla concezione liberale (dubbioso, in questo senso, è lo stesso PICÒ I JUNOY, *op. ult. cit.*, 1518).

<sup>396</sup> In particolare, NIEVA-FENOLL, *La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, cit., 950 ss., secondo il quale la connotazione negativa sarebbe dipesa dal fraintendimento concettuale operato da gran parte della dottrina, fraintendimento rappresentato dall'inclusione, nell'unico concetto di principio inquisitorio, di situazioni del tutto differenti fra loro, ossia, da un lato, l'impulso officioso del giudice al processo e, dall'altro, l'iniziativa officiosa nella deduzione delle prove. L'ambiguità della nozione di principio inquisitorio e, soprattutto, della sua percezione da parte della dottrina, erano comunque già state messe chiaramente in luce da BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 73 ss. e da FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 59 ss.

<sup>397</sup> TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 101.

<sup>398</sup> TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 109.

<sup>399</sup> E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., 380 (su cui si rimanda a quanto detto *supra* nel paragrafo 1.2). Cfr. TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 104.

il principio dispositivo abbia perso la connotazione assoluta di cui godeva nell'Ottocento e che, ancora, sia assai dubbia l'attendibilità del riferimento alla «antica sapienza» contenuto nella relazione al Re di accompagnamento al codice del 1940<sup>400</sup>.

Sulla base di queste premesse, si propone una interpretazione «costituzionalmente orientata» dell'art. 115 c.p.c., data la valenza «categorica» dei principi del giusto processo (intesi come recepimento dell'insieme dei valori della giustizia procedurale)<sup>401</sup>. In particolare, si propone di leggere tale articolo in necessaria correlazione con l'art. 112 c.p.c., di cui il primo rappresenterebbe una sorta di complemento. In altri termini l'art. 115 c.p.c. imporrebbe non solo, in negativo, il divieto di decidere secondo coscienza o il divieto di scienza privata, ma anche, in positivo, il dovere di decidere prendendo in esame le prove proposte fra le parti, nell'ambito di un più generale dovere di corrispondenza fra il «provato» e il «deciso»<sup>402</sup>.

Secondo questa nuova interpretazione, quindi, l'art. 115 c.p.c. andrebbe considerato quale completamento del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, ossia quale garanzia per le parti che le prove dedotte vengano prese in esame dal giudice. In questo traspare un netto scarto rispetto all'interpretazione proposta da Ricci (e poi rielaborata e rinnovata da Taruffo); quest'ultimo riferiva l'art. 115 c.p.c. al momento della deduzione e dell'ammissione dei mezzi di prova<sup>403</sup>. Ora, invece, tale norma viene collocata essenzialmente nella fase di decisione, come vincolo per il giudice di decidere necessariamente sulle prove dedotte dalle parti, ovviamente salvi i casi previsti dalla legge<sup>404</sup>.

Da ultimo va menzionato anche il tentativo di reinterpretare – più propriamente ribaltare – la regola della disponibilità delle prove con riferimento alle prove documentali. Ad onor del vero, tale proposta dottrinale, sia per la sua collocazione cronologica (leggermente anteriore al convegno di Cagliari) sia per la sua vocazione specificamente settoriale, non si inserisce in modo coerente nel dibattito sui poteri istruttori<sup>405</sup>.

In effetti, volendo collocarla in modo coerente nell'evoluzione del dibattito

<sup>400</sup> L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 357.

<sup>401</sup> L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 366.

<sup>402</sup> L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 372.

<sup>403</sup> Secondo Ricci, infatti, l'inciso “salvi i casi previsti dalla legge” andrebbe riferito ai limiti (di ammissibilità) imposti al giudice oppure alla discrezionalità (in termini di rilevanza) attribuita al medesimo nell'ammissione dei mezzi di prova richiesti dalle parti (E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., 383).

<sup>404</sup> In questo senso si può leggere la conclusione secondo cui, così interpretato, l'art. 115 cpc opera sul piano del principio dispositivo in senso proprio (ossia l'art. 112 c.p.c.) e non sul piano del principio dispositivo in senso improprio (L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 374).

<sup>405</sup> GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 91.

dottrinale sui poteri istruttori, la tesi proposta da Graziosi appare decisamente più affine agli studi collocati nella fase riformatrice che ha caratterizzato il dibattito fra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta. Ciò si evince soprattutto dall'acritico riferimento al problema della verità, considerata implicitamente come obiettivo del processo, ma senza alcuna specifica presa di posizione sul punto<sup>406</sup>.

A prescindere da questo, il tentativo di reinterpretazione dell'iniziativa istruttoria del giudice in tema di prova documentale e, specificamente, in tema di esibizione merita particolare attenzione, sia per le argomentazioni utilizzate sia, soprattutto, per la particolare consapevolezza delle forti esigenze di effettività sottese a tale mezzo istruttorio nel più generale contesto del diritto alla prova<sup>407</sup>.

Partendo da un riesame critico delle interpretazioni restrittive emerse in tema di esibizione nell'immediatezza dell'emanazione del codice del 1940, Graziosi prospetta una nuova ricostruzione sistematica dell'istituto; egli si basa innanzi tutto sulla «capacità espansiva» di alcune norme (quali l'art. 2711 c.c., in tema di esibizione di scritture contabili, l'art. 218, in tema di scritture di comparazione e l'art. 262 c.p.c. in tema di poteri del giudice nel corso dell'ispezione o dell'esperimento)<sup>408</sup>. L'argomentazione centrale, però, è la sostanziale equiparazione dell'oggetto dell'ispezione a quello dell'esibizione; Graziosi, infatti, ritiene del tutto illogico e incoerente distinguere la «cosa» oggetto di ispezione dalla «cosa» oggetto di esibizione, soprattutto se tale distinzione viene fondata su un criterio del tutto ambiguo ed incerto come l'idoneità o meno dell'oggetto ad essere acquisito materialmente agli atti del processo<sup>409</sup>.

Secondo questa ricostruzione, quindi, l'ispezione non si differenzerebbe dall'esibizione né per quanto riguarda il contenuto, né per quanto riguarda l'ambito di applicazione; tali mezzi di prova divergerebbero esclusivamente nel loro esito, in quanto solo l'ispezione consentirebbe la definitiva acquisizione processuale della cosa. «In altri termini, mentre con l'esibizione le parti mirano ad assicurare

<sup>406</sup> GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 91.

<sup>407</sup> GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 13, rileva chiaramente che l'esibizione costituisce «un'espressione tecnica ineliminabile del diritto alla prova delle parti».

<sup>408</sup> GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 71.

<sup>409</sup> GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 79, spec. 84, ove riprende, criticandola, la tesi di Cavallone volta a giustificare tale distinzione. In particolare, secondo Cavallone, l'ispezione ufficiosa di cose non acquisibili nel processo si giustificerebbe in ragione della loro notorietà (o, alternativamente, nell'impossibilità di nasconderle alla percezione generale), in quanto non sarebbe accettabile un processo che prescindesse da circostanze pubblicamente accessibili da tutti (cfr. CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, in *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, Milano, 1968, poi in *Il giudice e la prova*, cit., 202 ss.). Graziosi, invece, ritiene che questa giustificazione non sia valida, sia perché l'ambito dell'ispezione è più ampio rispetto al mero *notorium facti permanentis* (di questo era già consapevole anche CAVALLONE, *op. ult. cit.*, 210), sia soprattutto perché «sarebbe illogico costringere il giudice a conoscere soltanto per via indiretta i fatti accessibili alla sua percezione diretta».

durevolmente una prova preconstituita alla percezione del giudice e degli altri protagonisti del processo, con l'ispezione le parti, o il giudice d'ufficio, mirano ad includere tra gli elementi su cui il giudice dovrà fondare il giudizio di fatto gli effetti di una percezione istantanea, o comunque temporanea, di una determinata prova preconstituita»<sup>410</sup>.

Da ciò, quindi, sarebbe possibile dedurre «un potere generalizzato del giudice di procedere, d'ufficio, all'esame di qualsiasi fonte materiale di prova (ivi compresi i documenti, che ne rappresentano la specie più rilevante) non prodotta spontaneamente dalle parti, o non suscettibile di essere oggetto di un ordine di esibizione per mancanza dell'istanza di parte»<sup>411</sup>.

Quest'ultima interpretazione è certamente molto suggestiva, oltre che chiaramente finalizzata a garantire un'effettività della tutela che, con riferimento all'esibizione dei documenti, è molto bassa, se non del tutto assente, stando all'interpretazione diffusa nella giurisprudenza<sup>412</sup>. Proprio come molte delle interpretazioni dottrinali degli anni Settanta, però, l'interpretazione suggerita da Graziosi appare eccessivamente condizionata dagli obiettivi perseguiti (per quanto, come detto, assolutamente condivisibili). In particolare, l'illogicità del criterio distintivo fra cose ispezionabili e cose che, invece, possono essere esibite di per sé non pare sufficiente per negare la differenza di ambito applicativo fra ispezione ed esibizione.

In effetti, è discutibile la stessa equiparazione dell'ambito di applicazione di ispezione ed esibizione. Se è certamente possibile sostenere che il termine «cose» abbia il medesimo significato sia nell'art. 118 c.p.c. che nell'art. 210 c.p.c., allora però occorrerebbe spiegare il significato della distinzione, prospettata proprio (e solo) da quest'ultima norma, fra «cose» e «documenti». Lo stesso Graziosi, del resto, distingue nettamente i due concetti, definendo come documenti «solo gli oggetti nati con la funzione primaria di assolvere al compito di rappresentare un fatto»<sup>413</sup>.

Ovviamente si potrebbe intendere la parola «documento» come riferita esclusivamente al contenuto (ideologico, per usare la terminologia dell'atto pubblico) e la parola «cosa» come riferita all'oggetto materiale in cui si concretizza il documento. Anche se così fosse, però, andrebbe comunque spiegata la differenza prevista dall'art. 210 c.p.c., visto che difficilmente il contenuto ideologico di un documento potrebbe essere oggetto di esibizione. Sul punto, comunque, si tor-

---

<sup>410</sup> GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 90.

<sup>411</sup> GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 91.

<sup>412</sup> DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 301, il quale già aveva lucidamente osservato come il modello processuale italiano, specie in tema di esibizione, fosse quello più lontano dal raggiungimento dell'effettività della tutela.

<sup>413</sup> GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 484.

nerà meglio nel prosieguo, anche perché, come si vedrà, proprio l'evoluzione della nozione di documento rappresenta il filo conduttore dell'evoluzione più recente del *discovery* statunitense<sup>414</sup>.

Giunti al termine di questa disamina, inevitabilmente sintetica, di un lungo e profondo dibattito dottrinale, è necessario cercare di trarre alcune conclusioni e di individuare le possibili tendenze future. E ciò anche al fine di comprendere se e in che misura il problema dei poteri istruttori del giudice, al di là del maggiore o minore interesse della dottrina, possa considerarsi davvero (e per così dire definitivamente) passato di moda. A questo problema, tuttavia, sarà specificamente dedicato il prossimo capitolo.

---

<sup>414</sup>In proposito si rimanda a quanto si dirà nel terzo capitolo.

## CAPITOLO 2

### NUOVE TECNOLOGIE E ACCESSIBILITÀ DELLE INFORMAZIONI RIMODULAZIONE DEI POTERI ISTRUTTORI

SOMMARIO: 2.1. Sopravvivenza «tecnica» della ripartizione delle iniziative probatorie. – 2.2. Problemi di esplicitazione della prospettiva teleologica. – 2.3. La verità come criterio dell'accertamento giudiziale dei fatti. – 2.4. Utilità ed effettività dei poteri istruttori – La prospettiva dell'istruzione secondaria. – 2.5. Nuove tecnologie e poteri istruttori – Dalla disponibilità all'accessibilità delle prove.

#### *2.1. Sopravvivenza «tecnica» della ripartizione delle iniziative probatorie*

L'analisi del dibattito dottrinale in tema di poteri istruttori ha fatto emergere una sostanziale continuità di problemi. In fondo, le domande che la dottrina si è ricorrentemente posta sono le stesse: vige nel nostro ordinamento il principio di disponibilità delle prove? è possibile attribuire al giudice poteri di iniziativa istruttoria senza comprometterne l'imparzialità? E, ancora, è utile, necessario o addirittura doveroso attribuire al giudice un ruolo attivo nell'accertamento giudiziale dei fatti? Senza alcuna pretesa di rispondere a tali interrogativi, forse è possibile prospettare qualche ulteriore spunto di riflessione.

Il primo problema, «di diritto vigente» volendo citare un autore come Edoardo Ricci, è quello di verificare se il processo civile italiano sia informato al principio di disponibilità delle prove.

Anzitutto, va precisato che tale problema non è necessariamente collegato all'interpretazione dell'art. 115 c.p.c. Anche in assenza di un espresso riconoscimento normativo, la vigenza del principio di disponibilità delle prove potrebbe ricavarsi dall'interpretazione sistematica della disciplina istruttoria del processo civile. Altrettanto irrilevante appare il problema della qualificazione del processo civile italiano come inquisitorio oppure come dispositivo. Si può dire ormai pacificamente riconosciuta, infatti, la natura mista del modello processuale italiano, in cui a mezzi di prova disponibili solo dalle parti si affiancano mezzi di prova di-

sponibili anche d'ufficio dal giudice<sup>1</sup>. Altrettanto pacificamente si ritiene che l'attribuzione al giudice di poteri istruttori non determini alcuna corrispondente riduzione dei poteri delle parti, in quanto in un sistema misto i poteri istruttori del giudice si affiancano (ma non si sostituiscono) a quelli delle parti. Il punto, quindi, è di intendere quale sia la regola e quale, invece, l'eccezione.

Come si è visto nel capitolo precedente, l'interpretazione tradizionale vede nell'art. 115 c.p.c. l'esplicito riconoscimento del principio di disponibilità delle prove. Questa è anche l'interpretazione comunemente accolta nella manualistica<sup>2</sup>. A tale opinione, però, sono state contrapposte interpretazioni alternative. Secondo una prima ricostruzione, l'art. 115 c.p.c., pur non riconoscendo espresamente tale principio, sancirebbe comunque il divieto di scienza privata del giudice e, quindi, escluderebbe il ricorso a poteri istruttori del giudice, ove non previsti dalle norme<sup>3</sup>. Secondo una diversa prospettazione, invece, l'art. 115 c.p.c., interpretato alla luce dei principi costituzionali sancirebbe esclusivamente il diritto alla prova, ossia il diritto per le parti di chiedere e di vedere assunte le prove necessarie per la propria difesa<sup>4</sup>. Secondo una terza soluzione, infine, l'art. 115 c.p.c., sempre costituzionalmente interpretato, riconoscerebbe il diritto alla prova, ma con specifico riferimento alla fase decisoria, ossia come diritto delle parti di vedere esaminate dal giudice le prove acquisite e assunte nel processo<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup>In questo senso è orientata la dottrina decisamente maggioritaria, se non unanime. Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 372, TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 461, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2017, 299 ss., MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXV ed., Milano, 2016, 120 ss., spec. 124 (ove si parla di sistema «dispositivo attenuato»), PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli, 2012, 410, SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, V ed., Milano, 2015, 241 e G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione e le impugnazioni*, V ed., Torino, 2016, 62 (il quale parla di principio dispositivo temperato). Pur in senso critico sulla natura tecnica del principio di disponibilità delle prove, riconosce ovviamente l'esistenza di deroghe a tale principio anche MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. 1, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, VII ed., Padova, 2015, 257. In generale, su questi problemi, si veda anche UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 31 ss.

<sup>2</sup>CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 299 ss., MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., 120 ss., PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 410, SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit., 241, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, cit., 62 e MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. 1, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, cit., 257.

<sup>3</sup>CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 124.

<sup>4</sup>In questo senso, come più volte ricordato, E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., 383, la cui tesi è stata poi ripresa da TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 101 ss. e anche, pur dal proprio specifico punto di vista, da GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 95.

<sup>5</sup>L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 372.

Il problema non appare di facile soluzione. L'unico dato certo è, paradossalmente, proprio l'ambiguità della norma. Del resto, anche chi ritiene che l'art. 115 c.p.c. enunci il principio dispositivo, riconosce che lo stesso ne è «una traduzione alquanto approssimativa»<sup>6</sup>. Certamente non si tratta di una norma formulata in modo tecnico; più precisamente, come si dirà fra breve, anche volendo ammettere che l'art. 115 c.p.c. codifichi il principio di disponibilità delle prove, non lo configura minimamente come principio tecnico in senso proprio. Paradossalmente è solo l'art. 99 c.p.c., a formulare in termini davvero tecnici il principio della domanda, ossia il principio che la dottrina generalmente qualifica come categorico, proprio in contrapposizione al principio della disponibilità delle prove<sup>7</sup>.

Altrettanto certa è l'ambiguità dell'interpretazione teleologica. Come è stato più volte sottolineato, infatti, la relazione al Re è piuttosto incerta e talvolta contraddittoria<sup>8</sup>. Volendo parafrasare il famoso giudizio di Liebman sul fascismo, essa dice tutto e il contrario di tutto<sup>9</sup>.

Ad onor del vero, quanto detto a proposito della prima versione del saggio di Carnacini potrebbe offrire qualche elemento ulteriore. Tale saggio (o, meglio, l'idea posta a suo fondamento, ossia la distinzione fra tutela e tecnica processuale) è sostanzialmente coevo all'emanazione del codice. Considerando anche l'effettiva partecipazione di Carnacini ai lavori di redazione del codice, le conclusioni con cui egli chiude la versione del 1941 potrebbero quasi essere viste come una sorta di interpretazione autentica dell'art. 115 c.p.c. Egli, infatti, afferma che «il nuovo legislatore ha tenuto a ribadire, come regola il precetto proprio al principio dispositivo, secondo il quale il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero (art. 115)», così definendo come «particolari e tassativi» i poteri istruttori attribuiti al giudice<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondarii e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 124.

<sup>7</sup> Tale norma, infatti, recita espressamente che «chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente», così ricollegando tecnicamente il mezzo (la domanda) al fine (la tutela del diritto). In generale, sul tema delle regole tecniche cfr. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008. In ogni caso, si rimanda a quanto si dirà più specificamente nel prosieguo di questo paragrafo.

<sup>8</sup> In questi termini, cfr. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. dig. it.*, 1967, 277, CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 77, spec. 82 s. (ove la relazione viene definita «eclettica e confusionaria») e TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 102. Anzi, proprio nella relazione «era stata sin da allora, seppur a volte confusamente, già rinnegata o smentita» l'idea del giudice passivo (L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 362).

<sup>9</sup> Liebman si esprime in questi termini del fascismo in chiusura di uno dei suoi saggi più famosi e polemici (LIEBMAN, *Storiografia giuridica "manipolata"*, cit., 123; su questa icastica definizione liebmaniana cfr. CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 76).

<sup>10</sup> CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte*, cit., 65. Tali affermazioni sono poi state con-

In realtà, nonostante questo, vi sono seri motivi per dubitare che l'art. 115 c.p.c., interpretato oggi, codifichi davvero il principio di disponibilità delle prove. Simile convinzione sembra essere rafforzata anche dal confronto con le omologhe norme del codice di procedura penale: l'art. 115 c.p.c. appare senza dubbio più simile all'art. 526 c.p.p., in tema di prove utilizzabili ai fini della decisione<sup>11</sup>, piuttosto che all'art. 190 c.p.p., il quale, disciplinando specificamente il diritto alla prova, connota – almeno nella forma – il processo penale in termini chiaramente accusatori<sup>12</sup>. E lo stesso può dirsi anche con riferimento ai vari progetti elaborati prima dell'emanazione del codice del 1940<sup>13</sup>.

In realtà, non vi è effettivamente ragione di dubitare che il legislatore del 1940 vedesse nell'art. 115 c.p.c. la codificazione del principio di disponibilità delle prove. Queste intenzioni, però, non sembrano essersi compiutamente tradotte sul piano normativo. Del resto, il criterio della volontà della legge – meglio della volontà del legislatore<sup>14</sup> – non può condizionare all'infinto l'interpretazione delle norme; volendo riprendere l'illuminante metafora coniata dal giuri-

---

fermate anche nella successiva versione del 1951, ove, infatti, egli afferma che «Sulla base di questi criteri è stato innanzitutto codificato il principio *iudex iuxta alligata et probata partium iudicare debet*» (art. 115, primo comma), riportando per giunta la versione errata del brocardo CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 768.

<sup>11</sup> Esso prevede infatti che «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento».

<sup>12</sup> L'articolo in questione, infatti, recita testualmente che «Le prove sono ammesse a richiesta di parte» e che «La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio». In realtà, i poteri del giudice nel processo penale configurati come eccezionali e legati solo a casi di necessità sono stati subito ampliati dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale; nella sostanza viene reinterpretato l'art. 507 c.p.p. nella direzione di un forte rafforzamento dei poteri officiosi attribuiti al giudice dibattimentale. Si vedano Cass. pen., sez. un., 6 novembre 1992, n. 11227, in *Foro it.*, 1993, II, 65 e Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Foro it.*, 1993, I, 1356; cfr. anche, più recentemente e con riferimento al novellato testo dell'art. 111 Cost., Corte Cost., febbraio 2010, n. 73, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 405. Nella dottrina processualcivile, si rimanda a G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1145 e, con specifico riferimento alle ambiguità prima di tutto lessicali che contraddistinguono le stesse norme del c.p.p., L.P. COMOGLIO, *Lessico delle prove e modello accusatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1201 ss., spec. 1222 ss. (nonché la nota 106 per tutti i riferimenti dottrinali relativi all'evoluzione giurisprudenziale dei primi anni Novanta). Per una recente sintesi dell'evoluzione del processo penale e della sua attuale configurazione come modello misto, si rimanda, anche per ulteriori riferimenti alla dottrina processualpenalistica, a UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 49 ss.

<sup>13</sup> Ad esempio, l'art. 115 c.p.c. è certamente più simile all'art. 296 del progetto Carnelutti (norma inserita fra le disposizioni concernenti la decisione della controversia) piuttosto che agli artt. 104 e 105 (inseriti espressamente nelle norme dedicate alle prove ed espressamente disciplinanti il principio di disponibilità delle prove): cfr. CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926 (appendice), 96.

<sup>14</sup> TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 106.

sta tedesco Radbruch, la legge è come una nave che giunta in alto mare cerca, sotto la direzione del suo capitano, la propria rotta<sup>15</sup>.

Sembra quindi possibile ritenere che, di per sé, l'art. 115 c.p.c. non imponga affatto che siano «soltanto» le parti (o il pubblico ministero) a poter formulare istanze istruttorie. Questo rilievo consente di raggiungere una prima conclusione, ossia quella di escludere, in negativo, l'espressa codificazione del principio di disponibilità delle prove. Tuttavia, esso contemporaneamente pone due ulteriori problemi. In primo luogo, affermare che l'art. 115 c.p.c. non contiene un'esplicita codificazione del principio di disponibilità delle prove non esclude che tale principio sia comunque riconosciuto nel nostro ordinamento processuale, anche solo implicitamente<sup>16</sup>.

In secondo luogo, se la predetta norma non codifica il principio di disponibilità della prova allora essa inevitabilmente richiede una nuova e diversa interpretazione, che ne chiarifichi il significato all'interno della disciplina della fase istruttoria. A questo secondo problema sarà più specificamente dedicato il prossimo paragrafo. Prima di tutto, infatti, sembra opportuno chiedersi se sia comunque possibile desumere in via sistematica la vigenza del principio di disponibilità della prova.

In effetti, come già si è detto, parte autorevole della dottrina ha negato la vigenza di tale principio e ha conseguentemente sostenuto la possibilità per il giudice di dedurre *ex officio* tutti i mezzi di prova, ove non espressamente riservati alle parti<sup>17</sup>, o anche solo l'esibizione di cose e documenti<sup>18</sup>.

Tutti questi tentativi, per quanto autorevoli e fondati su argomentazioni raffinate e suggestive, non paiono comunque condivisibili. Tralasciamo i risvolti pratici di tali interpretazioni; anche se, francamente, ci vorrebbero molti anni per convincere i giudici italiani, ad esempio, di avere il potere di disporre d'ufficio la prova per testimoni e, probabilmente, ce ne vorrebbero molti di più per convincerli ad usarlo. Al di là di queste considerazioni, sembra comunque difficile negare la prevalenza dell'istanza di parte in una valutazione complessiva della disciplina processuale vigente. I casi di deduzione d'ufficio della prova per testimoni ap-

---

<sup>15</sup> La metafora di Radbruch è citata in FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., 2009, 123.

<sup>16</sup> In effetti, molti degli studiosi che si sono concentrati su questo argomento hanno comunque riconosciuto che l'ordinamento italiano adotta una soluzione di compromesso, prevedendo sia poteri istruttori d'ufficio sia mezzi di prova riservati esclusivamente alle parti (in questo senso già ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. dig. it.*, 1967, 278). Del resto, questo è tipico di quasi tutti i modelli processuali, che non adottano mai in modo integrale – e integralista, verrebbe da dire – il principio dispositivo o il principio inquisitorio. Cfr. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 456.

<sup>17</sup> Cfr., ancora una volta, E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 380 e TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 106.

<sup>18</sup> GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 95.

paiono chiaramente tassativi ed eccezionali (cfr. artt. 281-*ter* c.p.c., art. 257 c.p.c., art. 253 c.p.c.); così come tassativi ed eccezionali sembrano essere i casi in cui il giudice può disporre *ex officio* l'esibizione di cose o documenti<sup>19</sup>.

D'altro canto, chi propone una rilettura dell'art. 115 c.p.c. riconosce comunque che, nell'impianto del codice del 1940, «l'attribuzione al giudice di alcuni poteri istruttori fu modesta, limitata, e certamente non tale da fare del giudice il dominus assoluto ed autoritario dell'accertamento dei fatti, come l'esperienza applicativa dei decenni successivi ha chiaramente dimostrato»<sup>20</sup>.

In altri termini, sembra possibile ritenere che la vigenza del principio di disponibilità delle prove, pur in mancanza di una sua espressa enunciazione, sia ugualmente ricavabile in via sistematica dall'insieme complessivo delle norme in tema di prove. In altri termini, si può affermare che il principio di disponibilità delle prove è tuttora vigente nel nostro ordinamento, «ma che non è esclusivo», in quanto, in considerazione delle numerose deroghe previste dalle norme del codice, «si prospettano qui due regimi coesistenti, dei quali uno è posto come regola e l'altro come eccezione»<sup>21</sup>.

In proposito, appare ancora valida la conclusione di Andrioli, secondo il quale «il significato globale dell'art. 115, 1° comma, si risolve nel divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice»<sup>22</sup>, ovviamente con la precisazione di intendere con «significato globale» l'interpretazione sistematica di tale articolo in relazione a tutte le norme che nel codice di rito disciplinano la ripartizione delle iniziative istruttorie.

Ciò chiarito, il problema si sposta dal diritto vigente alla sua analisi e al suo inquadramento sistematico. Il principio di disponibilità delle prove è davvero un principio tecnico? Si tratta di un principio opportuno o addirittura necessario?

Sono interrogativi cui è molto difficile rispondere. Tuttavia, l'esito del dibattito dottrinale analizzato in precedenza sembra offrire qualche importante spunto di risistemazione. Come si è detto nel primo capitolo, la dottrina non pare aver mai messo in discussione il carattere tecnico delle norme che disciplinano la ripartizione delle iniziative istruttorie fra parti e giudice. Semmai ne ha proposto una reinterpretazione o una modificazione in considerazione del differente scopo posto a fondamento del processo, in generale, e dell'accertamento giudiziale del fatto, in particolare<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Sulla residualità complessiva dei poteri istruttori officiosi, cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 377, nonché, meno recentemente ma con una specifica disamina della disciplina dei singoli mezzi di prova, CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 142 ss.

<sup>20</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 461.

<sup>21</sup> GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1301.

<sup>22</sup> ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. dig. it.*, 1967, 278.

<sup>23</sup> A quest'ultimo profilo sarà specificamente dedicato il prossimo paragrafo.

Nonostante questo, però, pochi sembrano essersi posti effettivamente il problema di definire preventivamente cosa si intenda con «norma tecnica» e, quindi, in che senso possa parlarsi del principio di disponibilità delle prove come di principio «tecnico». Ed è proprio da qui (e dall'elaborazione di tale nozione offerta dai filosofi del diritto) che occorre partire, cercando di sviluppare lo spunto offerto a questo riguardo dalla più accorta dottrina<sup>24</sup>.

Appare anzitutto necessaria una precisazione terminologica. Il riferimento al problema giusfilosofico delle regole o norme tecniche potrebbe apparire ovvio e quasi banale, visto che tutto il dibattito dottrinale successivo a Carnacini si fonda sul concetto di «tecnica». In realtà non è così. Cerchiamo di spiegarci meglio. Anzitutto, va detto che il concetto stesso di regola tecnica è polisemico e ambivalente<sup>25</sup>. Inoltre, la nozione di regola tecnica generalmente accolta dai filosofi del diritto è relazionale, opponendosi concettualmente a quella di regola categorica<sup>26</sup>.

In questa accezione, le regole tecniche rappresentano un sottoinsieme del più esteso insieme di tutte le regole giuridiche; a sua volta, a tale sottoinsieme si contrappone quello (complementare) formato dalle regole categoriche<sup>27</sup>. Come vedremo meglio fra breve, le regole tecniche (in quanto funzionali al raggiungimento di uno scopo) si contrappongono a quelle categoriche (in quanto doverose in sé), pur appartenendo entrambe all'insieme delle regole giuridiche.

<sup>24</sup> Lo spunto si deve a TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 112.

<sup>25</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 47, AZZONI, *Regola tecnica*, cit., 470, il quale distingue regole tecniche in senso proprio (quelle di cui si discuterà nel testo), regole costitutive (che pongono paradigmi necessari per la validità di un atto) e regole regolative (che prescrivono una tecnica). Del resto, è possibile anche contrapporre il diritto (inteso nella sua dimensione assiologica) alla tecnica (intesa come nuove discipline tecnologiche e scientifiche); cfr. in proposito, MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, a commento del volume IRTI, SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001.

<sup>26</sup> L'elaborazione del concetto di regola tecnica risale, nella dottrina italiana, all'inizio del secolo scorso e si deve, in particolare, ai contributi di BRUNETTI, *Norme e regole finali*, Torino, 1913 e RAVÀ, *Lezioni di filosofia del diritto*, III, *Il concetto del diritto*, Padova, 1929. Più recentemente, il concetto è stato rivisto e ripreso da CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, 21, ID., *Materiali per una tipologia delle regole*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, 15 e, soprattutto, da AZZONI, *Cognitivo e normativo. Il paradosso delle regole tecniche*, Milano, 1991 e ID., *Regola tecnica*, in *Dig. IV ed., disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 470. Da ultimo, infine, per una revisione e riorganizzazione complessiva del concetto di regola tecnica, si veda GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit.

<sup>27</sup> L'intrinseca natura relazionale delle regole tecniche e della loro contrapposizione a quelle categoriche risale già alla distinzione kantiana fra imperativi ipotetici e imparativi categorici, distinzione considerata appunto la prima «teoria sistematica delle regole tecniche» (GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 22). In generale, in tema di regole tecniche, imprescindibili sono i riferimenti a BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913 e RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura dell'Università di Cagliari*, I, 1911, 33 ss.

Tuttavia, si può ritenere che la nozione di tecnica presupposta da Carnacini si differenzi sostanzialmente da questa concezione; egli, infatti, parla di tecnica non come caratteristica distintiva di singole norme, ma come caratteristica comune a tutte le norme processuali, intese complessivamente come insieme di regole specialistiche funzionali al raggiungimento di uno scopo ulteriore ed estraneo alla tecnica stessa<sup>28</sup>. Qui appare ulteriormente confermata la derivazione crociana di tale impostazione. Conformemente alla nozione di diritto elaborata da Croce (secondo il quale il diritto nel suo complesso è considerato una tecnica), Carnacini ritiene che il processo sia in sé una tecnica, rappresentando un insieme di regole necessarie per raggiungere la volontà finale (nella versione del 1941) o la tutela giurisdizionale (nella versione del 1951), ossia necessarie per raggiungere scopi che trascendono il processo stesso<sup>29</sup>.

Si può dire che proprio questa impostazione porti Carnacini ad escludere la natura processuale del principio della domanda. Intendere il processo nel suo complesso come tecnica necessariamente esclude la configurabilità al suo interno di regole categoriche (ossia svincolate da uno specifico fine). Pertanto, se Carnacini avesse incluso il principio della domanda fra le regole processuali avrebbe dovuto escludere la natura categorica di tale principio (il che invece avrebbe contraddetto la natura essenzialmente privata del processo) oppure avrebbe dovuto giustificare la presenza di una norma categorica all'interno di una norma tecnica (ma questo avrebbe evidentemente contraddetto l'impostazione iniziale).

La dottrina successiva a Carnacini, invece, pur richiamando continuamente la sua contrapposizione fra tutela e tecnica, sembra riferirsi a una nozione di tecnica diversa e decisamente più vicina a quella elaborata dai filosofi del diritto. Non più influenzata dal clima culturale degli anni Trenta e Quaranta e, soprattutto, dal pensiero crociano, la dottrina successiva ha pacificamente ammesso la possibilità di distinguere, all'interno del processo, le regole tecniche dalle regole categoriche. Sia Cappelletti che Liebman, solo per citare i primi due studiosi intervenuti nel dibattito, hanno ritenuto di poter separare i principi processuali necessari e, quindi, categorici (come appunto il principio della domanda) dalle regole dettate da ragioni di mera opportunità (come appunto il principio di disponibilità delle prove)<sup>30</sup>.

<sup>28</sup>Carnacini, infatti, afferma espressamente di intendere la «tecnica, come complesso delle conoscenze che precedono un'attività, prende infatti colore sulla base del colore proprio dell'attività stessa» (la definizione è identica in entrambe le versioni, cfr. CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte*, cit., 13, nota 2 e ID., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 707, nota 28).

<sup>29</sup>Non a caso, lo stesso Croce ha chiaramente criticato la distinzione kantiana fra imperativi categorici e imperativi ipotetici, distinzione su cui si fonda la concezione classica delle regole tecniche; cfr. CROCE, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, 1909, 238 s. In tema, cfr. AZZONI, *Regola tecnica*, cit., 472.

<sup>30</sup>CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 314 ss. e LIEBMAN, *Il fondamento del principio dispositivo*, cit., 553.

Al di là delle singole opinioni, quindi, sotto questo punto di vista a partire dagli anni Cinquanta il pensiero dottrinale si differenzia (e si allontana) significativamente da quello di Carnacini. Si può dire che proprio questa nuova concezione di tecnica influenzi tutto il dibattito successivo, costituendone un implicito (e spesso inconsapevole) riferimento di base. Processo, quindi, non più come tecnica in sé, ma come insieme di regole in parte tecniche e in parte categoriche. A questo punto, però, è indispensabile chiarire cosa si intende con regola tecnica e con regola categorica; a tal fine occorre sottolineare la sostanziale equivalenza dei termini regola e norma<sup>31</sup>.

Come si è accennato in precedenza, anche i filosofi del diritto sottolineano l'ambivalenza del concetto di regola tecnica. Non è possibile, né utile ai fini di questa analisi, analizzare nel dettaglio il relativo dibattito dottrinale. Nonostante questo, sembra comunque possibile rilevare una sostanziale concordia fra i filosofi nella definizione di «regola tecnica» come regola che prescrive un comportamento come doveroso non in sé, ma in funzione del raggiungimento di un certo fine. Detto in altri termini, la regola tecnica presuppone una relazione tra il comportamento regolato e l'evento assunto come scopo dell'azione<sup>32</sup>.

Le opinioni, invece, divergono nella concreta specificazione della relazione che lega il mezzo al fine. Secondo una prima interpretazione, vi deve essere un rapporto di necessità o, più propriamente, per usare il neologismo coniato a tal proposito, di anankasticità. In sostanza, sarebbero regole tecniche quelle (e solo quelle) che prescrivono un comportamento come condizione *necessaria* per il raggiungimento di un fine<sup>33</sup>. Secondo una diversa interpretazione, invece, il nesso di condizionalità sarebbe più attenuato, potendosi parlare di regola tecnica anche quando il comportamento prescritto costituisce (non una condizione necessaria per il raggiungimento del fine, ma anche solo) un «probabile coefficiente per l'attuazione di un possibile fine»<sup>34</sup>.

Più recentemente, è stata prospettata un'ulteriore interpretazione che pre-

---

<sup>31</sup> BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1964, 330.

<sup>32</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 21, il quale sottolinea che «Le regole tecniche sono infatti spesso intese come norme che *presuppongono* una qualche *relazione* tra il comportamento regolato (*rectius* modalmente connotato) e l'evento/stato di cose assunto dall'agente come scopo».

<sup>33</sup> CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, cit., 32.

<sup>34</sup> In questo senso, AZZONI, *Cognitivo e normativo. Il paradosso delle regole tecniche*, cit., 41, il quale propone una suddivisione in quattro tipologie di regole, a seconda del maggiore o minore vincolo di collegamento fra mezzo e fine. Egli distingue, in particolare, regole anankastiche (in cui il mezzo è condizione necessaria del fine), nomiche (in cui è il mezzo condizione necessaria e sufficiente del fine), metatetiche (in cui è condizione sufficiente del fine) e stocastiche (in cui il mezzo è mero coefficiente del fine). Probabilmente per non contraddire troppo il proprio maestro, Azzone parla comunque per tutti e quattro i casi di anankasticità, in quanto anche nel caso delle regole stocastiche (che poi sono quelle più frequenti) sarebbe comunque necessario attuare i possibili coefficienti di realizzazione del fine.

scinde *tout court* dal concetto di necessità. In particolare, secondo tale ultima prospettazione, la «regola tecnica è una regola che prescrive una condotta in quanto mezzo per il conseguimento d'un fine dell'agente». Detto in altri termini, è tecnica qualsiasi norma che prescrive un determinato comportamento «in ragione d'un nesso di mezzo a fine tra comportamento regolato e altri eventi, senza dover specificare il substrato causale di questa relazione»<sup>35</sup>.

Non è possibile (ma neppure utile) approfondire ulteriormente questo dibattito. Per quanto qui interessa, invece, sembra possibile prendere come riferimento proprio l'ultima definizione elaborata di regola tecnica; e ciò soprattutto per la sua perfetta adattabilità all'analisi del problema del riparto delle iniziative istruttorie. Prima di questo, però, è necessaria un'ulteriore precisazione. Parlando di regole tecniche, i filosofi del diritto si riferiscono alle regole che prescrivono un mezzo in relazione a un fine prescelto liberamente dalla singola persona. Questo certamente non avviene nel caso del processo, il cui fine (qualunque esso sia) non è rimesso alla libera scelta delle parti o del giudice, ma è predeterminato espressamente o implicitamente – come quasi sempre avviene – dalla legge. La parte può scegliere se utilizzare lo strumento processuale, ma non ne può condizionare lo scopo. Se vogliamo, è proprio in questa chiave di lettura che può essere correttamente intesa la nota frase di Carnacini secondo cui «se il processo serve alle parti, alla loro volta le parti servono al processo»<sup>36</sup>.

Con specifico riferimento al processo, quindi, non sarebbe corretto parlare di regole tecniche; e ciò appunto perché il fine da raggiungere è predeterminato dalla legge (ossia da un'altra regola) e non è lasciato alla volontà del singolo. Più propriamente, quindi, si dovrebbe parlare di «regole prammatiche», ossia di regole che prescrivono comportamenti strumentali al raggiungimento di fini *dovuti* piuttosto che *opzionali*.

Pur con questa precisazione, qui si ritiene di poter continuare a utilizzare l'espressione regole tecniche; e ciò essenzialmente per due ragioni. In primo luogo, per semplicità di esposizione, visto che la dottrina processualistica, da Carnacini in poi, si è sempre riferita al problema dei poteri istruttori del giudice come a un problema tecnico. In secondo luogo – e questa è in realtà la ragione principale – perché le regole prammatiche sono in tutto e per tutto assimilabili alle regole tecniche quanto a struttura e caratteristiche. La sola «differenza rispetto alle regole tecniche si limita pertanto al carattere non autonomo, o comunque non potestativamente revocabile o modificabile dell'agente, delle premesse normative che giustificano le regole prammatiche sul piano logico-fondazionale»<sup>37</sup>.

Torniamo, quindi, al dibattito sulla ripartizione delle iniziative istruttorie nel

<sup>35</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 44.

<sup>36</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 700; nello stesso senso, cfr. anche ID., *Volontà finale e tecnica della parte*, cit., 9.

<sup>37</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 90.

processo. Come si è detto nei precedenti paragrafi, a partire da Cappelletti tutte le discussioni dottrinali sui poteri istruttori del giudice si fondano, più o meno esplicitamente, sullo stesso presupposto, ossia sulla configurazione in termini tecnici della disciplina processuale che ripartisce le iniziative istruttorie fra parti e giudice. E questo in contrapposizione con regole (spesso definite come principi) categoriche, ossia inderogabili.

Tale presupposto, però, va effettivamente giustificato, anche perché, come si è visto in precedenza, la nozione di tecnica utilizzata da Carnacini è sostanzialmente differente rispetto a quella assunta dalla dottrina successiva. Il fatto che tutti parlino di regola tecnica non implica necessariamente che il principio di disponibilità delle prove lo sia davvero. In altri termini occorre chiedersi se tale principio (o, più in generale, una qualsiasi regola che disciplina la ripartizione delle iniziative istruttorie fra le parti e il giudice) sia una regola tecnica, ossia una regola che configura una determinata ripartizione delle iniziative istruttorie come funzionale al raggiungimento di uno specifico fine.

In proposito è stato giustamente osservato che la caratteristica distintiva delle regole tecniche risiede nella differente giustificazione rispetto alle regole categoriche. Per capire se una norma è tecnica o categorica, quindi, è indispensabile considerare le «presupposizioni logico-fondazionali del dover esser, ossia le *ragioni* per le quali la condotta regolata sia considerata come doverosa»<sup>38</sup>.

Tale criterio distintivo è molto chiaro in astratto; lo è molto meno, però, una volta che si passa all'analisi del dato positivo. Una prima indicazione potrebbe venire dalla lettera della norma: spesso è lo stesso legislatore a configurare espressamente una norma come tecnica. Le regole tecniche, infatti, possono manifestarsi in previsioni normative sintatticamente ipotetiche («se vuoi raggiungere il fine X, allora devi usare il mezzo Y»). Così certamente non è nel caso dell'art. 115 c.p.c., come già si è accennato in precedenza. A prescindere dalle sue diverse interpretazioni, tale norma non individua uno scopo in particolare, non stabilisce mezzi e, a maggior ragione, non instaura alcuna specifica reciproca relazione fra il comportamento prescritto e l'ipotetico fine. Paradossalmente, un esempio di norma sintatticamente tecnica è rappresentato dall'art. 99 c.p.c.,

---

<sup>38</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 82. In realtà, come sottolinea correttamente l'autore (a pagina 69), sono ipotizzabili tre differenti varianti, a seconda che la distinzione venga considerata in termini di giustificazione astratta della condotta prescritta (le regole tecniche sono giustificate in funzione dei, e quindi strumentali ai, fini perseguiti dall'agente), di giustificazione semantica (ossia collegata alla formulazione linguistica della norma) e di giustificazione pragmatica (ossia collegata al raggiungimento di un singolo e concreto fine). In realtà, i tre aspetti si possono sovrapporre (la regola tecnica fondata su una giustificazione astratta diventa anche, nel caso concreto, regola pragmatica di raggiungimento del fine). Analogamente, la regola tecnica astratta può estrinsecarsi in una dipendenza semantica da un'altra norma (qualora quest'ultima individui e specifichi il fine). Tuttavia, pur non potendo entrare specificamente nel dettaglio di queste distinzioni, il criterio distintivo principale è proprio il primo, quello appunto seguito nel testo.

ossia dalla norma che codifica l'unico principio che la dottrina ha sempre – e unanimemente – considerato categorico, ossia il principio della domanda<sup>39</sup>.

L'assenza di una formulazione sintatticamente ipotetica (anzi l'assenza *tout court* di una espressa formulazione) del principio di disponibilità delle prove non esclude, comunque, che esso (o, più in generale, qualsiasi specifica ripartizione delle iniziative probatorie fra parti e giudice) possa ugualmente configurarsi come regola tecnica. Del resto, tali regole «sono invero talvolta formulate ellitticamente, per mezzo di enunciati non condizionali»<sup>40</sup>.

Se il dato letterale non aiuta (e anzi confonde), l'analisi del dibattito dottrinale, invece, è molto preziosa. In effetti, alla luce di quanto si è detto nei precedenti paragrafi si può fondatamente ritenere che la questione relativa alla ripartizione delle iniziative istruttorie fra parti e giudice sia stata sempre percepita come una questione essenzialmente tecnica. Questa affermazione potrebbe stupire visto che, come detto più volte in precedenza, tale dibattito è stato più volte connotato da forti implicazioni di natura ideologica (per non dire politica *tout court*). E proprio per questo necessita di una più specifica e approfondita giustificazione.

## 2.2. Problemi di esplicitazione della prospettiva teleologica

Come si è detto in precedenza, la distinzione fra norme tecniche e norme categoriche risiede essenzialmente nella diversa giustificazione (o fondazione) della norma. La regola tecnica è strumentale al raggiungimento di un fine, quella categorica no. Ciò posto, analizzando il dibattito degli ultimi settant'anni è facile notare come nessuno, o quasi, abbia sostenuto che una specifica ripartizione delle iniziative istruttorie sia buona in sé, ossia a prescindere dal fine da raggiungere. Al contrario, le differenti prospettazioni di tale ripartizione di volta in volta proposte dalla dottrina (sia nel senso di un aumento dei poteri del giudice sia nel senso di un rafforzamento del principio dispositivo) sono state sempre prospettate come soluzioni di volta più efficienti per raggiungere uno specifico fine.

Sono molto rare – e comunque giustificate da particolari situazioni contingenti – le affermazioni volte a sostenere la validità in sé di una determinata ripartizione dei poteri istruttori del giudice. Ad esempio, Proto Pisani, in un suo noto saggio, ha effettivamente sostenuto che, «per questi motivi che nulla hanno più di tecnico, io non qualificherò mai come «norme perditempo» le disposizioni in tema di interrogatorio libero delle parti o di tentativo di conciliazione ecc.»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 69.

<sup>40</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 99.

<sup>41</sup> PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquant'anni di ritardo*, cit., 746.

Anche questa considerazione, all'apparenza «categorica», se correttamente contestualizzata, è giustificata da ragioni comunque «tecniche». In primo luogo, l'affermazione – o forse il vero e proprio sfogo – di Proto Pisani rispecchia il disorientamento creato dalla caduta di ideali e di ideologie avvenuta all'inizio degli anni Novanta (anche in conseguenza degli studi storici di Cipriani sulle ideologie alla base del codice di procedura civile). In secondo luogo, a tale affermazione viene comunque collegata una giustificazione di natura propriamente tecnica, anche se non più nel mondo dell'essere quanto in quello del dover essere: Proto Pisani, infatti, configura l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione come strumenti tecnicamente funzionali al raggiungimento di quello che (forse non è più, ma che) *avrebbe dovuto essere* l'obiettivo del processo, ossia la sua trasformazione da lotta conflittuale in pacata discussione della controversia<sup>42</sup>.

Naturalmente va comunque segnalato che il ricorrente riferimento alla natura tecnica delle regole relative alla ripartizione delle iniziative istruttorie non esclude il rischio di una possibile deriva categorica. La connotazione positiva dello scopo da raggiungere tende, infatti, a influenzare anche la valutazione dello strumento previsto per raggiungerlo. Se si afferma che l'attribuzione al giudice di poteri ufficiosi è funzionale al perseguimento di scopi di giustizia ed equità sociale, pian piano il favore per lo scopo (nessuno o quasi considera negativamente un aumento della giustizia sociale) si trasferisce anche al mezzo, connotandolo non più come funzionale al raggiungimento di un fine ma come buono in sé<sup>43</sup>.

Proprio questo, se vogliamo, è successo nel corso degli anni Settanta. A tal fine paiono emblematiche alcune riflessioni di Cappelletti. È vero che il processo è uno “strumento”, e che, come tale, deve adeguarsi come s'è detto all'oggetto, rispetto al quale esso opera. Ma è anche vero che «ogni strumento impone a sua volta, nella tecnica del suo operare, talune regole di questa tecnica, regole che dovranno bensì sempre essere rispettose dei fini a cui lo strumento ha da servire, ma che tuttavia talvolta assumeranno in se stesse, a prescindere dall'oggetto di cui lo strumento è al servizio, una loro propria validità, una loro propria

---

<sup>42</sup>PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquant'anni di ritardo*, cit., 745, ove appunto afferma che il legislatore ha «deciso di non fare i conti con la realtà, immutabile, dell'uomo», ma di puntare sul «dover essere».

<sup>43</sup>In questi casi, quindi, la giustificazione della norma tecnica è ambigua o ambivalente, avendo un duplice fondamento. Più specificamente, le regole tecniche, qualificando come idoneo un determinato comportamento, «non si limitano a segnalare in modo adiaforo gli esiti cui la condotta può portare, facendo risaltare il collegamento tra essa e certi esiti più o meno probabili, ma possono qualificare “internamente” certi contegni connotandoli con una carica valutativa che eccede la mera considerazione delle loro conseguenze» (GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida rifiutabile*, cit., 73).

razionalità o (sia pur relativa) necessità»<sup>44</sup>. Probabilmente per le stesse ragioni il legislatore italiano ha progressivamente maturato in quegli anni quella che è stata definita come sostanziale «antipatia» verso il principio dispositivo<sup>45</sup>.

Tuttavia, questo non ha comunque comportato un radicale stravolgimento dell'impostazione del dibattito in tema di poteri istruttori. Non appena il contesto sociale e ideologico è cambiato, infatti, anche la concezione dei poteri istruttori si è subito modificata in funzione dei nuovi obiettivi imposti dai mutamenti sopravvenuti: non più il nobile traguardo dell'uguaglianza sostanziale fra le parti, ma il più prosaico smaltimento dell'arretrato<sup>46</sup>.

Alla ricorrente affermazione del carattere tecnico della disciplina delle iniziative istruttorie non è però corrisposta – se così ci si può esprimere – una piena consapevolezza di tale carattere o, più precisamente, dell'intrinseco e ineliminabile collegamento con i fini al cui raggiungimento tale disciplina era (o avrebbe dovuto essere) funzionale. E ciò nonostante le posizioni si siano nettamente differenziate proprio sotto questo punto di vista, sotto l'influsso dei mutamenti del contesto sociale e delle ideologie<sup>47</sup>.

Ma non è tutto. Altri aspetti sempre «tecnici» sono rimasti per così dire sotto traccia nel dibattito dottrinale. Come illustrato chiaramente dai filosofi del diritto, per parlare di regola tecnica non è sufficiente che la norma configuri il comportamento prescritto come funzionale al raggiungimento di uno scopo e che, appunto, sia individuato lo scopo da raggiungere. È altresì necessario che i) una regola imponga il raggiungimento del fine e che ii) sia vero l'assunto posto a fondamento della regola (ossia che il mezzo previsto nella norma sia davvero strumentale al raggiungimento del fine). Anche questi due ulteriori presupposti sembrano essere stati sostanzialmente trascurati (o comunque non percepiti con la necessaria consapevolezza) nel dibattito dottrinale in tema di poteri istruttori.

---

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, cit., 27.

<sup>45</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 1.

<sup>46</sup> Emblematicamente, in questo senso, G.F. RICCI, *Il processo fra ideologie e quotidianità*, cit., 95 secondo il quale «la reale esigenza che si deve privilegiare in tempi come questi, in cui la giustizia, per varie ragioni che qui non è possibile menzionare, procede con il passo della tartaruga» è la «rapidità ed efficienza». È tale obiettivo «si realizza nell'attribuire l'iniziativa probatoria esclusivamente alle parti, relegandone l'acquisizione ufficiosa a soli pochi casi marginali».

<sup>47</sup> Ad esempio, negli anni Settanta gran parte della dottrina concepiva il processo come strumento attivo di giustizia sociale, ossia quale mezzo di attuazione del principio di uguaglianza sostanziale riconosciuto dall'art. 3 Cost. Il rafforzamento dei poteri (anche istruttori) del giudice, pertanto, era pienamente (e si potrebbe dire «tecnicamente») coerente con tale scopo, essendo ritenuto il mezzo più efficace per garantire l'effettiva uguaglianza fra le parti. In questo senso, il riferimento è ovviamente a due famosissime opere di allora, ossia DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971 e CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Bologna, 1972. In argomento, cfr. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 612.

Come detto, le regole tecniche presuppongono l'esistenza di una norma che impone il raggiungimento del fine a cui è funzionale il comportamento previsto dalla stessa regola tecnica. Banalmente, scrivere è il mezzo necessario per pubblicare un libro, tuttavia, nulla impone che il libro debba essere scritto; ad esempio, chi leggerà questo libro magari penserà non solo che non vi era alcuna necessità di pubblicarlo, ma che, forse, sarebbe stato meglio non pubblicarlo affatto.

Si tratta, tuttavia, di un problema cruciale, che prescinde dalla stessa individuazione dello scopo da raggiungere. Che si miri ad una maggiore giustizia sociale oppure ad un accertamento veritiero dei fatti oppure ancora ad una veloce risoluzione del conflitto, la regola tecnica non può funzionare in assenza di un'altra norma che imponga di raggiungere lo scopo prefissato. In realtà, come è stato giustamente rilevato, tale questione è spesso – se non sempre – trascurata, nella diffusa (ma senza dubbio erronea) convinzione della vigenza di una regola generale che impone il raggiungimento degli scopi prefissati<sup>48</sup>.

La conferma più evidente di quanto detto è fornita dall'evoluzione (meglio, dall'involuzione) giurisprudenziale dell'art. 421 c.p.c. Questa norma, non a caso definita come vero e proprio «manifesto inquisitorio» del processo del lavoro<sup>49</sup>, attribuisce al giudice amplissimi poteri (soprattutto, ma non solo) istruttori. Inutile ricordare che il giudice può disporre d'ufficio, in qualsiasi momento, ogni mezzo di prova anche al di fuori dei limiti previsti dal codice civile. Nelle intenzioni del legislatore del 1973, tale attribuzione di poteri rappresenta chiaramente il *mezzo* per il raggiungimento di un ben preciso *fine*, vale a dire non solo l'accertamento veritiero dei fatti, ma anche (se non soprattutto) la perequazione sociale fra le parti, in controversie (quali quelle di lavoro) caratterizzate da un forte squilibrio fra le parti soprattutto nella peculiare situazione economica e sociale degli anni Sessanta e Settanta<sup>50</sup>.

Tuttavia, il legislatore non ha mai esplicitato tale obiettivo e, soprattutto, non ne ha mai imposto il raggiungimento. Si può ritenere che proprio questa mancanza abbia portato a un progressivo ridimensionamento della norma. In un primo momento, probabilmente anche in considerazione delle particolari condizioni sociali ed economiche di allora, i giudici hanno applicato in modo forte-

---

<sup>48</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 91.

<sup>49</sup> La definizione è di CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 15.

<sup>50</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, PROTO PISANI, *Nuovo processo del lavoro e prospettive di riforma della giustizia civile in Italia*, in ID., *Nuovi studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1992, 42 ss., spec. 53 ss. Recentemente, sull'originaria configurazione dei poteri istruttori come rimedio e tutela per la parte debole nel processo del lavoro, BOLOGNESI, *Il prudente esercizio dei poteri istruttori officiosi da parte del giudice del lavoro (riflessioni su alcune recenti decisioni della Suprema Corte)*, in TISCINI (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Napoli, 2015, 158 s.

mente innovativo (o «alternativo», secondo una definizione data a questo approccio interpretativo) i poteri conferiti dall'art. 421 c.p.c., unitamente a tutte le altre fondamentali conquiste legislative degli anni Settanta<sup>51</sup>; non a caso ciò si è tradotto nel fenomeno – sociologico, se non addirittura di costume – dei c.d. pretori d'assalto<sup>52</sup>.

Progressivamente, però, la spinta propulsiva e innovatrice si è affievolita, tanto da portare una autorevole dottrina ad affermare – icasticamente e non senza un evidente senso di rimpianto – che quella dei pretori d'assalto è una razza «ormai estinta sulla cui tomba, peraltro, nessuno si è recato per deporre fiori»<sup>53</sup>. Del resto, come già è stato osservato, il successo del rito del lavoro e delle sue prime applicazioni appare indubbiamente collegato allo «spirito riformatore che lo anima e che nella pratica è stato realmente colto dagli operatori e quasi materializzato»<sup>54</sup>.

Ovviamente, le cause di questa evoluzione (se non involuzione) sono molteplici, di natura politica, sociale ed economica. Il cambiamento non riguarda solo i pretori d'assalto. Anzi, la scomparsa di questa figura è probabilmente una delle manifestazioni più evidenti delle trasformazioni economiche e culturali dell'intera società. Non è questo, però, il punto che qui ci interessa. Con specifico riferimento al tema analizzato, al declino di questa vena innovatrice è corrisposto anche un netto ridimensionamento dell'uso dei poteri istruttori da parte dei giudici del lavoro.

Questo ridimensionamento è stato certificato ancora recentemente dalla Corte di Cassazione, secondo la quale «nel processo del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio in grado d'appello presuppone la ricorrenza di alcune circostanze quali: l'insussistenza di colpevole inerzia della parte interessata, con conseguente preclusione per inottemperanza ad oneri procedurali, l'opportunità di integrare un quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti, l'indispensabilità dell'iniziativa ufficiosa volta non a superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttoria o a supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda, ma solo a colmare eventuali lacune delle risul-

---

<sup>51</sup> Sul frequente ricorso, allora, all'espressione di giurisprudenza alternativa per indicare le interpretazioni normative costituzionalmente orientate, cfr. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., 75, specialmente la nota 79.

<sup>52</sup> ROMAGNOLI, *Il dopo-statuto: un testimone, un interlocutore*, in *Lav. dir.*, 2000, 337, nonché, ancora recentemente, anche se con riferimento al medesimo ruolo nell'applicazione del diritto penale, VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, 89. Sull'importanza del ruolo della magistratura, anche nell'ottica della rinnovata percezione dei principi costituzionali, cfr. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., 73 ss.

<sup>53</sup> ROMAGNOLI, *Il dopo-statuto: un testimone, un interlocutore*, cit., 337.

<sup>54</sup> GRASSO, *Intervento*, in AA.VV., *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, cit., 141 s.

tanze di causa»<sup>55</sup>. Nonostante la tuttora ricorrente (anche se di fatto meramente tralatizia) affermazione secondo cui il processo del lavoro è «caratterizzato dall'esigenza di contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale»<sup>56</sup>, secondo l'orientamento ormai dominante «la prova disposta d'ufficio è solo un approfondimento, ritenuto indispensabile ai fini del decidere, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo»<sup>57</sup>.

In effetti, le prime applicazioni giurisprudenziali ammettono l'esercizio dei poteri istruttori sostanzialmente senza limiti, qualora «emerge la ragionevole utilità del mezzo probatorio da ammettere»<sup>58</sup>, pur incombando sempre sulle parti «l'onere di allegare i fatti costitutivi, impeditivi o estintivi dell'azione»<sup>59</sup>, inizialmente si ritiene che l'art. 421 c.p.c. attribuisca al giudice il potere «di sostituirsi a queste nell'adempimento degli ulteriori oneri processuali, quando le medesime abbiano almeno provveduto alla deduzione di tali fatti che egli non può ricercare di ufficio»<sup>60</sup>. La stessa Corte Costituzionale afferma espressamente che i poteri istruttori sanciti dall'art. 421 c.p.c. fossero funzionali ad agevolare la prova da parte del lavoratore di fatti a lui estranei<sup>61</sup>.

La Corte di Cassazione, del resto, riconosce molto chiaramente che i poteri

---

<sup>55</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2017, n. 9296, in *CED Cassazione*, 2017.

<sup>56</sup> Cfr. da ultimo, Cass. civ., sez. lav., 4 aprile 2017, n. 8752, in *Foro it.*, 2017, I, 1941. Tale affermazione, come detto, è piuttosto ricorrente nella giurisprudenza di legittimità. A titolo puramente esemplificativo, ricordiamo Cass. civ., sez. lav., 29 settembre 2016, n. 19305, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 115, Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2015, n. 12902, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 137, Cass. civ., sez. lav., 5 marzo 2014, n. 5196, in *Not. giur. lav.*, 2014, 562, Cass. civ., sez. lav., 4 maggio 2012, n. 6753, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 100.

<sup>57</sup> Cass. civ., sez. lav., 29 settembre 2016, n. 19305, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 115.

<sup>58</sup> Cass. civ., 12 febbraio 1982, n. 877, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 242.

<sup>59</sup> Cass. civ., 16 maggio 1981, n. 3239, in *Foro it.*, 1982, I, 779; cfr. anche Cass. civ., 11 gennaio 1988, n. 108, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 168.

<sup>60</sup> Cass. civ., 16 maggio 1981, n. 3239, in *Foro it.*, 1982, I, 779. Cfr. anche Cass. civ., 7 novembre 1981, n. 5897, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 225 (secondo cui «l'art. 421 (nuovo testo) c.p.c. conferisce al giudice solo il potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di prove in ordine alle allegazioni già fatte da una delle parti, ma non anche il potere di formulare egli stesso tali allegazioni»), Cass. civ., 1° dicembre 1981, n. 6381, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1295 e Cass. civ., 7 gennaio 1982, n. 43, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 244.

<sup>61</sup> Corte cost., 29 giugno 1983, n. 192, in *Foro it.*, 1983, I, 2050, che, proprio sulla base dell'argomentazione riportata nel testo, ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 1, l. 23 ottobre 1960, n. 1369, 414, n. 4, c.p.c. e 2697 c.c. nella parte in cui, ai fini della sussistenza di una interposizione di mano d'opera, impongono al lavoratore-attore l'onere di allegare i fatti e di offrire prove in ordine alla sussistenza dell'interposizione.

istruttori conferiti dall'art. 421 c.p.c. «escludono, tuttavia, che qualsiasi incertezza in ordine ai fatti costitutivi e alle relative prove debba essere senz'altro sanzionata in danno della parte gravata dall'onere suddetto», e ciò in quanto il giudice ha «il dovere di chiarire, già con il libero interrogatorio delle parti, in limine litis, i termini della controversia» e, quindi, di ammettere mezzi di prova d'ufficio, «sopperendo alla lacunosa iniziativa della parte»<sup>62</sup>.

Come rilevato sempre dalla Corte di Cassazione, «il rito del lavoro, pur non attuando un sistema inquisitorio puro, tende a temperare, in considerazione della particolare natura dei rapporti controversi, il principio dispositivo – che obbedisce alla regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova – con quello della ricerca della verità materiale, mediante una rilevante ed efficace azione del giudice nel processo»<sup>63</sup>. E ciò in quanto è attribuito «al giudice il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori idonei a superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti controversi, senza che a ciò sia di ostacolo il verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti»<sup>64</sup>.

In altri termini, sino all'inizio del nuovo millennio l'orientamento giurisprudenziale prevalente sostanzialmente ritiene che il giudice possa disporre mezzi di prova d'ufficio «quando le risultanze di causa offrono significativi dati di indagine»<sup>65</sup>, non essendo «subordinato ad una esplicita richiesta delle parti né al verificarsi di decadenze o preclusioni», come sancito, ancora nel 2004, dalle Sezioni Unite<sup>66</sup>.

In seguito, però, l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice del lavoro viene progressivamente circoscritto dapprima ai casi di *semiplena probatio*<sup>67</sup> e

---

<sup>62</sup> Cass. civ., 16 maggio 1984, n. 3009, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 226; cfr., nel medesimo senso, Cass. civ., 6 dicembre 1986, n. 7244, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 275 e Cass. civ., 16 novembre 1987, n. 8397, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 208.

<sup>63</sup> Cass. civ., sez. lav., 2 agosto 1996, n. 6995, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 155; cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 12 febbraio 1997, n. 1304, in *Arch. civ.*, 1997, 472, Cass. civ., sez. lav., 15 gennaio 1998, n. 310, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2259, con nota di TODDE.

<sup>64</sup> Cass. civ., sez. lav., 21 febbraio 1998, n. 1894, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 240.

<sup>65</sup> Cass. civ., sez. lav., 29 agosto 2003, n. 12666, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 127. Si vedano anche, a titolo puramente esemplificativo, Cass. civ., sez. lav., 23 maggio 2003, n. 8220, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 185, Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2000, n. 15820, in *Foro it.*, 2001, I, 3266, Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2000, n. 15820, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 144, Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 1994, n. 5590, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1576.

<sup>66</sup> Cass. civ., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.*, 2005, I, 1135, con nota di FABIANI, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 95, con nota di FABBRI e in *Dir. rel. ind.*, 2005, 481, con nota di CORVINO. In tema, cfr. BORGHESI, DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Torino, 2013, 267.

<sup>67</sup> Cass. civ., sez. lav., 10 dicembre 2008, n. 29006, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 99.

poi addirittura ai soli casi di «indispensabilità»<sup>68</sup>, ove cioè sia necessario un «approfondimento degli elementi già obbiettivamente presenti nel processo»<sup>69</sup>, pur se con la possibilità di superare eventuali decadenze o preclusioni maturate in capo alle parti<sup>70</sup>.

Ancora più recentemente, però, l'esercizio dei poteri istruttori viene ulteriormente circoscritto, limitato precisamente ai soli casi in cui la parte abbia «specificamente richiesto l'intervento probatorio del giudice»<sup>71</sup> e a quelli in cui emerge dagli atti processuali «l'esistenza di una pista probatoria», rispetto alla quale sia necessario l'intervento meramente integrativo del giudice<sup>72</sup>, senza alcuna possibilità di sanare preclusioni o carenze difensive della parte<sup>73</sup>. Da qui la residuale configurazione dell'art. 421 c.p.c. come mera «valvola di sfogo del sistema preclusivo per le parti»<sup>74</sup>.

La più evidente (e in qualche modo clamorosa) dimostrazione del consolidamento di questa interpretazione progressivamente riduttiva dei poteri istruttori del giudice è data dalla Corte Costituzionale, proprio agli inizi degli anni duemila. Chiamata a pronunciarsi sulla prospettata irrazionalità della limitazio-

---

<sup>68</sup> Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 2 febbraio 2009, n. 2577, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 63 (secondo cui «Nel rito del lavoro, l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, trovando, però, siffatto rigoroso sistema di preclusioni, un temperamento – ispirato alla esigenza della ricerca della “verità materiale”, cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento – nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi dell'art. 437, 2° comma, c.p.c., ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa»).

<sup>69</sup> Cass. civ., sez. lav., 5 novembre 2012, n. 18924, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 85.

<sup>70</sup> Cass. civ., sez. lav., 16 dicembre 2013, n. 28021, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 169 (secondo cui «nel processo del lavoro, è consentita la revoca implicita dell'ordinanza con cui sia stata limitata l'assunzione di una prova, mediante l'escussione di un teste sul capitolo non ammesso, potendo il giudice, nonostante il verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti, ammettere di ufficio prove dirette a vincere i dubbi residuati dalle risultanze istruttorie, ritualmente acquisite agli atti del giudizio»). Cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 5 novembre 2012, n. 18924, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 85 e Cass. civ., sez. lav., 24 ottobre 2007, n. 22305, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 87.

<sup>71</sup> Cass. civ., sez. lav., 23 ottobre 2014, n. 22534, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 117.

<sup>72</sup> Cass. civ., sez. VI, 29 dicembre 2014, n. 27431, in *Foro it.*, 2015, I, 2878.

<sup>73</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2017, n. 9296, in *CED Cassazione*, 2017.

<sup>74</sup> BORGHESI, DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, cit., 264. Si rimanda anche a BOLOGNESI, *Il prudente esercizio dei poteri istruttori officiosi da parte del giudice del lavoro (riflessioni su alcune recenti decisioni della Suprema Corte)*, cit., 155 ss.

ne alle sole cause monocratiche dei poteri istruttori nell'art. 281-ter c.p.c., la Corte ha evitato di decidere, dando per implicito e scontato che tali poteri, nel rito ordinario di cognizione, possano essere esercitati solamente prima del maturarsi delle preclusioni per le parti<sup>75</sup>.

A questo riguardo, è sostanzialmente impietoso (e per certi versi inspiegabile) il confronto con l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione ai poteri istruttori attribuiti al giudice penale dall'art. 507 c.p.p.; e ciò nonostante il carattere apertamente accusatorio, e quindi dispositivo, di tale processo<sup>76</sup>. Anzitutto, proprio con riferimento al processo penale, il potere di disporre *ex officio* nuove prove viene configurato come essenzialmente doveroso e, quindi, soggetto a controllo in sede di legittimità<sup>77</sup>; esso, inoltre, non viene limitato dall'eventuale inerzia delle parti<sup>78</sup> e può essere esercitato nei confronti di qualsiasi prova non ancora assunta o acquisita<sup>79</sup>. Come riconosciuto ancora recentemente dalla giurisprudenza di legittimità, il potere istruttorio accordato nel processo penale «rientra nel compito del giudice di accertare la verità ed ha la funzione di supplire all'inerzia delle parti o a carenze probatorie, quando le stesse incidono in maniera determinante sulla formazione del convincimento e sul risultato del giudizio»<sup>80</sup>.

E questo potere è solo parzialmente (e quasi impercettibilmente, verrebbe da dire) limitato dal requisito della «assoluta necessità» delle nuove prove previsto dall'art. 507 c.p.p.; del resto, se «il fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità» e se, conseguentemente, «non sono consone metodologie processuali che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione», quello sancito dall'art. 507 c.p.p. è «un potere rie-

---

<sup>75</sup> Corte cost. (ord.), 14 marzo 2003, n. 69, in *Giur. it.*, 2003, 1330 nota di CHIARLONI, in *Foro it.*, 2003, 1, 1631 nota di CEA e in *Guida al dir.*, 2003, 14, 64 nota di FINOCCHIARO.

<sup>76</sup> In effetti, proprio la ormai acquisita interpretazione dei poteri istruttori del giudice induce fondatamente a chiedersi se la natura del processo penale italiano sia ancora accusatoria. Ovviamente il problema è troppo complesso e non può essere qui analizzato, neppure sommariamente. Senza alcuna pretesa di completezza si rimanda a LORUSSO, *L'illusione accusatoria al tramonto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1465.

<sup>77</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2016, n. 10488, in *CED Cassazione*, 2016, Cass. pen., sez. II, 3 dicembre 2013, n. 51740, in *CED Cassazione*, 2013 e Cass. pen., sez. VI, 11 giugno 2010, n. 25157, in *CED Cassazione*, 2010.

<sup>78</sup> Cass. pen., sez. III, 13 ottobre 2016, n. 50761, in *CED Cassazione*, 2016, Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 2002, n. 4847, in *Guida al dir.*, 2003, 16, 90 e Cass. pen., sez. VI, 2 maggio 1995, n. 6196, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 634.

<sup>79</sup> Cass. pen., sez. II, 4 ottobre 2016, n. 54274, in *CED Cassazione*, 2016 (secondo cui «il requisito della "novità" si riferisce sia ai mezzi di prova non introdotti precedentemente, sia a quelli provenienti da fonti probatorie già esaminate ma su circostanze e contenuti differenti»).

<sup>80</sup> Cass. pen., sez. III, 13 ottobre 2016, n. 50761, in *CED Cassazione*, 2016.

quilibrante, atto a supplire alle carenze probatorie delle parti, quando le stesse incidono in modo determinante sulla formazione del convincimento e sul risultato del giudizio». Conseguentemente, tale potere è «attuabile tutte le volte in cui le prove dedotte dalle parti non siano ritenute sufficienti ad esercitare la funzione conoscitiva del processo, posto che, in tanto può ritenersi l'assoluta necessità di assumere nuove prove, in quanto l'esistenza delle stesse risulti dagli atti del giudizio e la loro assunzione appaia decisiva»<sup>81</sup>.

Alla luce di questo confronto sembra possibile sottolineare la sostanziale irragionevolezza dell'involuzione giurisprudenziale nell'interpretazione dei poteri istruttori del giudice civile. Se l'obiettivo è quello di attuare concretamente l'eguaglianza sostanziale fra le parti nel processo, allora l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice non può e non deve essere vincolato (e quindi limitato) dalle allegazioni delle parti e dalle preclusioni maturate. Anzi, è proprio quando le allegazioni sono carenti oppure le parti sono incorse in decadenza che dovrebbero intervenire i poteri istruttori del giudice. Spesso le carenze difensive sono indicative di uno squilibrio fra le parti (economico, sociale o culturale che sia): generalmente, infatti, è proprio la parte debole che rischia di doversi accontentare di un avvocato non molto preparato o anche solo disinteressato alla pratica. Del resto come aveva autorevolmente osservato già Fazzalari, «chi ritenga che il giudice non possa esercitare i poteri istruttori per disporre prove dalla cui proposizione la parte sia decaduta finisce con l'obliterare del tutto i poteri *ex officio*»<sup>82</sup>. Ma lo stesso può dirsi qualora l'obiettivo del giudizio di fatto sia l'accertamento veritiero dei fatti di causa.

Di questi possibili rischi era ben consapevole Verde sin dagli anni Settanta, quando i pretori d'assalto davano solo piccoli segni di cedimento; già allora egli criticava «l'idea che il giudice possa far uso dei poteri istruttori d'ufficio solo quando non ci sia stata preclusione o decadenza a carico delle parti in ordine al potere di chiedere l'ammissione del relativo mezzo di prova»; e ciò proprio nella convinzione che «bisogna evitare che, in nome della «neutralità» dello strumento processuale, si compia un'operazione che, attraverso il processo, riduca la tutela già accordata al contraente più debole in sede sostanziale»<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cass. pen., sez. V, 4 marzo 2003, n. 17368, in *CED Cassazione*, 2003. In questo senso, nella dottrina processualcivile, cfr. già L.P. COMOGLIO, *Lessico delle prove e modello accusatorio*, cit., 1224.

<sup>82</sup> FAZZALARI, *I poteri istruttori del giudice nel processo del lavoro*, cit., 594.

<sup>83</sup> VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 249 e 251. In realtà, come si è detto già in precedenza e come visto a proposito dell'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 421 c.p.c., è poi decisamente prevalsa l'interpretazione depotenziata dei poteri istruttori già prospettata in dottrina. In questo senso si erano espressi, pur con significative differenze fra loro, FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 193, FABBRINI, voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 735 e MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 205.

Ritorniamo, ora, alle regole tecniche. Come detto, esse presuppongono la sussistenza del dovere di raggiungere il fine posto come obiettivo di tali regole. Questo, però, richiede una necessaria precisazione. Il raggiungimento del fine presupposto dalla regola tecnica può comunque (e talvolta deve) essere limitato da altri criteri normativi<sup>84</sup>.

In effetti, affermare semplicemente la necessità di raggiungere un determinato implica (implicherebbe) inevitabilmente anche il dovere di raggiungerlo a tutti i costi, con il conseguente corollario (ben difficilmente accettabile) secondo cui il fine giustifica i mezzi. In realtà, nessun ordinamento conosce effettivamente una regola simile, essendo generalmente previsti limiti. Conseguentemente, la regola tecnica non solo va combinata con una norma che impone il raggiungimento di un fine, ma anche con le eventuali limitazioni previste da altre norme dell'ordinamento giuridico proprio al raggiungimento di tale fine.

Un esempio emblematico di questa combinazione si ha nell'art. 189 c.p.p. in tema di prove atipiche (più correttamente, prove non disciplinate dalla legge). Tale norma, infatti, consente l'ammissione di una prova non disciplinata dalla legge solo se strumentale («se essa risulta idonea») al raggiungimento di un preciso fine («assicurare l'accertamento del fatto»), purché però ciò non contrasti con altre esigenze fondamentali («non pregiudica la libertà morale della persona»)<sup>85</sup>.

In definitiva, per comprendere l'effettiva portata di una regola tecnica non è sufficiente considerare il rapporto di strumentalità fra il mezzo e il fine, ma è necessario valutare anche la maggiore (o minore) doverosità del raggiungimento del fine e la presenza di eventuali limitazioni o specificazioni a tal proposito. Questo, però, non è di per sé ancora sufficiente. Le regole tecniche, infatti, «*presuppongono la verità* degli asserti che affermano la sussistenza di un nesso condizionale, causale o comunque teleologico tra il comportamento prescritto e il conseguimento d'un fine dell'agente»<sup>86</sup>.

Del resto, se si impone l'adozione di un mezzo per il raggiungimento di un fine, è indispensabile che il mezzo sia davvero strumentale al raggiungimento del fine medesimo. Ovviamente il problema concerne l'individuazione dei criteri per valutare la verità degli asserti presupposti. Al di là di questo problema (su

---

<sup>84</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 93, secondo cui, infatti, il «principio che prescrive di operare i mezzi subordinatamente a una loro valutazione secondo ulteriori criteri normativi reperibili, ad esempio, nella morale, nel diritto, nelle preferenze individuali».

<sup>85</sup> Il primo comma dell'art. 189 c.p.p. (rubricato appunto *Prove non disciplinate dalla legge*) recita testualmente «Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona». In realtà anche in questo caso il fine della norma (l'accertamento del fatto) viene semplicemente enunciato, senza alcuna esplicitazione di un dovere di raggiungerlo anche se tale dovere può ricavarsi comunque implicitamente dalla norma stessa.

<sup>86</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 57.

cui si tornerà in seguito), è importante sottolineare come proprio quest'ultima caratteristica permetta di verificare la bontà delle regole tecniche.

Spieghiamoci meglio. Generalmente le norme possono essere valutate in termini di validità, effettività ed efficacia. In estrema sintesi una norma è valida se è stata prodotta in conformità alle regole di produzione delle leggi dell'ordinamento, è effettiva se viene concretamente rispettata dai suoi destinatari ed è efficace se raggiunge gli scopi che il legislatore ha inteso raggiungere con tale norma. Nel caso delle norme tecniche, invece, oltre a questi tre aspetti la norma può essere valutata anche in termini di efficienza, nel senso di idoneità della norma stessa a raggiungere gli scopi prefissi dal singolo<sup>87</sup>.

Esemplificando, una norma che preveda una specifica regolamentazione dei poteri istruttori del giudice è valida se è stata emanata in conformità alle norme sulla produzione delle leggi, è effettiva se è applicata concretamente dalle parti e dal giudice ed è efficace se raggiunge lo scopo prefisso dal legislatore (ad esempio, assicurare la giustizia delle decisioni). Se configurata come norma tecnica, inoltre, essa può essere anche efficiente, ove sia idonea, nel caso concreto, a consentire il raggiungimento dello scopo prefisso dalla norma stessa (es. l'accertamento del fatto)<sup>88</sup>.

Ovviamente l'efficienza della regola tecnica può essere verificata. Più specificamente, dato che la regola tecnica presuppone la verità dell'assunto su cui essa si fonda (ossia che il mezzo prescritto è davvero strumentale al raggiungimento del fine), «è però senz'altro possibile considerare infondato, e quindi *nullo*, il dover essere espresso da una regola tecnica, qualora la relazione teleologica da essa presupposta risulti falsa»; si è parlato, in proposito, di «refutabilità» delle regole tecniche<sup>89</sup>.

Prescindiamo dalle conseguenze giuridiche connesse a tale refutabilità, per quanto non paia così pacifico che una regola tecnica, validamente posta dal legislatore, possa essere ritenuta nulla solo perché i mezzi che essa dispone sono inidonei al raggiungimento di un fine<sup>90</sup>. A prescindere da questo, anche ponendosi cioè in un'ottica puramente descrittiva, è comunque possibile verificare (o, meglio, provare a falsificare) una regola tecnica<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 129.

<sup>88</sup> Per spiegare meglio la differenza fra efficacia ed efficienza, si potrebbe fare riferimento – a fini puramente descrittivi – alla distinzione fra funzione general preventiva e funzione special preventiva delle norme penali. In tema, cfr. GOMETZ, *Regole tecniche e certezza del diritto. Una relazione simbiotica*, in *Ragion pratica*, 2011, 245, il quale rileva: «Ovviamente, osserveremo le regole tecniche che riteniamo essere *migliori*. Ma che cosa rende «migliore» una certa regola tecnica, rispetto ad altre che prospettano mezzi diversi per conseguire lo stesso fine?»

<sup>89</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 148.

<sup>90</sup> Invece, secondo GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 148, «la falsificazione dei presupposti fattuali delle regole tecniche fa infatti venir meno il fondamento logico-giustificativo del dovere che esse esprimono, dato che questo, come si è visto, poggia anche sulla constatazione dell'effettiva sussistenza d'un nesso teleologico tra il comportamento regolato e il fine perseguito».

<sup>91</sup> È proprio GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 149 a sottolineare la riconducibilità della teoria della refutabilità al falsificazionismo popperiano.

In altri termini, è possibile sottoporre le regole tecniche a una sorta di test di refutabilità, per verificare se i mezzi prescritti in tali norme sono davvero idonei al raggiungimento dello scopo prefisso. Questo test si presta certamente anche ad essere utilizzato con riferimento alle regole che disciplinano i poteri istruttori nel processo. Del resto, una accorta dottrina ha già utilizzato questo test proprio per verificare una delle principali obiezioni all'estensione di tali poteri<sup>92</sup>.

Come si ricorderà, uno dei principali argomenti a favore del principio di disponibilità delle prove utilizzati nel corso del dibattito sui poteri istruttori è rappresentato dal paventato rischio di pregiudicare l'imparzialità del giudice. Si tratta di un argomento che, elaborato da Liebman prendendo spunto dalla relazione al Re<sup>93</sup>, è stato ricorrentemente sollevato dalla dottrina successiva<sup>94</sup>.

Detto in altri termini si ritiene che il giudice, esercitando i poteri istruttori, possa (o quantomeno rischi di) perdere la propria imparzialità. Come dimostrato molto chiaramente da Taruffo, tale argomentazione non è in grado di reggere il predetto test di refutabilità. In primo luogo, non vi è alcuna dimostrazione empirica che dimostri che il giudice, utilizzando i poteri istruttori, «non sarebbe in grado di valutare correttamente l'autenticità o l'attendibilità di un documento di cui avesse ordinato d'ufficio l'esibizione, o la credibilità di un testimone di cui avesse disposto l'audizione, *per il solo fatto* di aver provveduto di propria iniziativa all'acquisizione di questi mezzi di prova»<sup>95</sup>.

Non bisogna confondere, infatti, neutralità, imparzialità e passività del giudice, concetti fra loro differenti e non sovrapponibili. Imparzialità vuol dire assenza di preconcetti o pregiudizi nei confronti delle parti, ma non vuol certo dire totale neutralità sino al momento della decisione. L'idea che il giudice rischi di perdere la propria imparzialità in fondo si basa sull'irrealistico assunto secondo cui la mente del giudice dovrebbe rimanere *tabula rasa* sino alla sentenza. Così certamente non è. Il giudice incomincia a farsi un'idea della causa non appena inizia a esaminare gli atti (e talvolta anche solo leggendo il nome degli avvocati), così perdendo praticamente subito la propria immacolatezza. Come già chiara-

---

<sup>92</sup> TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 112, il quale, infatti, testualmente afferma che «riportando questi rilievi al problema del principio dispositivo inteso come principio tecnico, ne deriva che esso può apparire valido e giustificato se ed in quanto si ritenga confermato empiricamente l'assunto su cui esso si fonda, ossia la tesi secondo la quale la mancanza di autonomi poteri istruttori del giudice è condizione necessaria per assicurare la sua imparzialità e neutralità di giudizio».

<sup>93</sup> LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., 557.

<sup>94</sup> In questo senso, nella dottrina successiva cfr. FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, cit., 193, MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 190, MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, cit., 564 e, da ultimo, MONTELEONE, *L'imparzialità del giudice e la prova nel processo*, cit., 326.

<sup>95</sup> TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 112.

mente messo in luce da Denti, il giudice perde la propria neutralità già nel momento in cui, da solo, si interroga sulla corretta qualificazione giuridica della fattispecie<sup>96</sup>.

Inoltre, e in ogni caso, l'imparzialità rischia di essere messa a rischio ben prima dell'esercizio dei poteri istruttori, vale a dire nel momento di ammissione delle prove, fase in cui spesso il giudice conosce poco della causa. «Se in questa situazione di ignoranza, l'ordinamento impone al giudice di risolvere questa delicata questione quasi in assenza di informazioni, è ovvio che egli deciderà sulla base delle narrazioni compiute dalle parti. Ciò lo renderà vittima della loro abilità retorica e della documentazione da esse parzialmente prodotta, inducendolo a formulare – in mancanza di altri dati – un'ipotesi preconcepita: egli sarà quindi parziale»<sup>97</sup>.

Se ci è consentito un paragone un po' estemporaneo, ritenere non più imparziale il giudice che esercita i poteri istruttori è come ritenere non imparziale chi formula una proposta di matrimonio. Chi fa una simile proposta è evidentemente convinto di ricevere una risposta positiva. Tuttavia, qualora ricevesse una risposta negativa, magari rimarrà ancora convinto, in cuor suo, della correttezza della sua ipotesi, ma non potrà fare altro che prendere atto dell'inesorabile oggettività del rifiuto.

Il punto è proprio questo. Chi sostiene che il giudice perda l'imparzialità a seguito dell'esercizio dei poteri istruttori sostanzialmente confonde l'esito della prova con l'ipotesi che sta prima (e alla base) della prova. Purtroppo questa confusione è una conseguenza anche dell'ambiguità del linguaggio giuridico italiano e dell'intrinseca polisemia della parola prova. Come costantemente ritenuto in dottrina, possono individuarsi almeno tre significati di tale parola: i) prova come mezzo di cui ci si può servire per dimostrare i fatti oggetto del *thema probandum*, ii) prova come procedimento probatorio (assunzione delle prove in senso lato) e, infine, iii) prova come risultato del procedimento probatorio, ossia il convincimento del giudice attraverso i mezzi di prova<sup>98</sup>.

La differenza fra questi significati si spiega bene utilizzando la definizione data da Benvenuti all'allegazione di fatti secondari, ossia «affermazione di pro-

<sup>96</sup> DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 732.

<sup>97</sup> NIEVA-FENOLL, *La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, cit., 965

<sup>98</sup> DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 414, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 5 ss. e TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, *passim*, ID., *Le prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 285. Cfr. anche PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 49, il quale, invece, propone una quadripartizione di significati, distinguendo, in particolare, i seguenti possibili significati del termine prova: i) strumenti di conoscenza dei fatti (ossia fonti materiali di prova), ii) Procedimento tramite il quale gli strumenti di conoscenza si formano, iii) Attività logica di conoscenza dei fatti, iv) Risultato dell'attività di conoscenza. Ovviamente, si veda anche CARNELUTTI, *La prova civile*, II ed., Roma, 1947, 55.

va» (su cui si tornerà ampiamente in seguito)<sup>99</sup>. Il mezzo di prova rappresenta lo strumento con cui l'affermazione di prova può essere dimostrata, il procedimento probatorio è la modalità con cui si procede ad assumere tale strumento e quindi a verificare l'affermazione di prova, la prova come risultato, invece, costituisce il momento in cui l'affermazione di prova si può ritenere verificata e accertata. Ogni richiesta di assunzione di mezzi di prova (che provenga dalla parte o che sia disposta d'ufficio dal giudice) presuppone (ed è funzionale a) una specifica affermazione di prova e presuppone che questa affermazione sia ancora incerta.

A prescindere dall'aspetto linguistico, concettualmente si tratta di due situazioni decisamente diverse fra loro. Un conto è l'ipotesi di fatto (l'affermazione di prova appunto) che deve essere confermata o smentita, ben altro conto è il risultato della prova (intesa come raggiunta convinzione della verità o della falsità dell'affermazione di prova). Il giudice, quando esercita un potere istruttorio, formula un'ipotesi di fatto (meglio, prende come riferimento un'affermazione di prova) e dispone il mezzo istruttorio necessario per verificare la verità o la falsità di tale ipotesi. Ovviamente, egli potrà anche essere convinto che l'ipotesi presa come riferimento della prova sia la più probabile; questo, però, non mina in alcun modo l'obiettività di valutazione dell'esito della prova, ossia del risultato a cui poi conduce l'assunzione del mezzo di prova disposto *ex officio*.

Diverso ovviamente è il caso in cui il giudice sia egli stesso un mezzo di prova, ossia quando egli non si limiti a formulare o ad utilizzare affermazioni di prova, ma sia già convinto dell'esistenza di un fatto. Questo, però, si verifica o in caso di errore, come nel caso in cui il giudice incorra nel c.d. *confirmation bias* (ma questo prescinde dall'aver disposto mezzi di prova *ex officio*), oppure nel caso (peraltro quasi di scuola) in cui il giudice assista personalmente ai fatti oggetto di causa<sup>100</sup>.

In quest'ultima situazione, in effetti, il giudice non prende come riferimento alcuna affermazione di prova né dispone alcun mezzo di prova; molto semplicemente è già convinto di quello che ha visto e, nella propria mente, è già arrivato al risultato della prova. Come detto, però, si tratta di un caso del tutto ipotetico e molto raro, che non può certamente essere generalizzato al fine di escludere l'imparzialità del giudice nel disporre *ex officio* mezzi di prova. In quest'ultimo caso, infatti, il giudice, sulla base di una «affermazione di prova», formulata dalle parti o anche da egli stessi (ove possibile), dispone un mezzo di prova per verificarla. Ciò, tuttavia, non reca alcun pregiudizio per l'imparzialità, proprio perché la base di partenza è rappresentata *ex professo* dall'incertezza della situazione di conoscenza in cui si trova, incertezza che egli vuole colmare attraverso il mezzo di prova.

---

<sup>99</sup> BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 61 ss. e 94 ss.

<sup>100</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 481.

Con questo non si vuole certo affermare la totale assenza di rischi per l'imparzialità del giudice. In effetti, ciò dipende anche dal concreto scopo attribuito all'accertamento giudiziale del processo. Invero, se l'accertamento giudiziale viene concepito come uno strumento di giustizia sociale e, quindi, di attuazione effettiva dell'uguaglianza sostanziale, allora potrebbe effettivamente percepirsi un rischio di minore imparzialità. E ciò non tanto per l'esercizio dei poteri istruttori, quanto soprattutto per il fatto che tali poteri possono essere esercitati a senso unico. Del resto, nel corso degli anni Settanta, quando il problema della giustizia sociale era molto più sentito di oggi, si specificava chiaramente che il dovere di «integrazione-assistenza del giudice» valeva soprattutto nei confronti della parte «debole», in quanto «la finalità primaria rimane quella dell'effettiva parità delle parti sul piano probatorio, come condizione per una concreta e "uguale" possibilità di accesso alla giustizia per la parte debole»<sup>101</sup>.

Indubbiamente, l'utilizzazione, per così dire a senso unico, dei poteri istruttori può mettere a rischio l'imparzialità del giudice, anche perché l'esercizio di tali poteri viene sostanzialmente subordinato alla preventiva individuazione (e quindi valutazione) della parte debole. In quest'ottica, l'affermazione secondo cui la parte debole deve comparire davanti al giudice «già munita dell'usbergo che lo metta al sicuro della sua stessa debolezza», per quanto comunque fortemente connotata ideologicamente, segnala chiaramente questo rischio, comunque reale<sup>102</sup>. La situazione, invece, appare diversa (e certamente molto meno problematica) se l'accertamento giudiziale tende più semplicemente ad un accertamento veritiero dei fatti; in tal caso l'esercizio dei poteri del giudice non è vincolato ad alcuna considerazione di natura soggettiva, ma dipende esclusivamente dalla valutazione oggettiva circa la necessità di compiere ulteriori accertamenti per arrivare alla verità dei fatti.

In definitiva, ritornando al tema principale dei poteri istruttori, sembra possibile escludere (e, quindi, refutare) la norma tecnica che riservi alle parti il monopolio nell'iniziativa istruttoria se concepita come strumento al fine di proteggere l'imparzialità del giudice<sup>103</sup>. Questo, però, non basta per confermare, in positivo, l'utilità dei poteri istruttori officiosi del giudice. Ed è qui che la dottrina, pur avendo correttamente impostato il ragionamento in termini di regole tecniche, non pare aver tratto tutte le possibili conseguenze di tale impostazione.

---

<sup>101</sup> TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1569.

<sup>102</sup> FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, cit., 198.

<sup>103</sup> Sul punto si può pienamente aderire a quanto sostenuto da TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 118.

### 2.3. *La verità come criterio dell'accertamento giudiziale dei fatti*

Affermare che una regola tecnica è refutabile non esclude che la stessa regola (o, meglio, che il mezzo previsto in tale regola) possa essere efficiente se rapportata a un fine diverso. Analogamente tale affermazione non implica neppure che sia efficiente la regola opposta a quella refutata. Con specifico riferimento ai poteri istruttori del giudice, affermare che il monopolio delle parti non è strumentale al mantenimento dell'imparzialità del giudice non esclude che il medesimo monopolio sia strumentale ad un altro fine, né implica automaticamente che sia efficiente la regola opposta, ossia quella che attribuisce un ampio potere di iniziativa probatoria al giudice<sup>104</sup>.

Ne consegue la necessità di reimpostare il discorso. Il test di refutabilità (equiparabile a quello di falsificabilità popperiano, come detto nel paragrafo precedente), proprio perché in grado di confutare una teoria (ma non di confermare la validità delle altre teorie), imporrebbe di prendere in esame tutte le possibili ipotesi alternative in tema di ripartizione delle iniziative probatorie e verificare se le stesse siano refutabili oppure no. Una simile analisi, tuttavia, appare troppo complessa e probabilmente inutile. Anche volendo individuare alcuni modelli processuali di riferimento, le soluzioni di volta in volta accolte dai singoli legislatori sono frutto di scelte di compromesso e, comunque, molto diverse fra loro<sup>105</sup>. Sarebbe quindi impossibile applicare il test di refutabilità a tutte le possibili soluzioni elaborate nel diritto positivo. Del resto, è «ricorrente constatazione empirica che nessun sistema storico o vigente si è mai integralmente attestato sull'uno o sull'altro termine della ricordata alternativa»<sup>106</sup>.

Appare necessario, quindi, cercare di semplificare il discorso. Proprio a questo proposito, considerando che il dibattito dottrinale degli ultimi settanta anni si è incentrato sulla utilità o meno di estendere i poteri istruttori ufficiosi del giudice, sembra possibile (e anche utile) verificare l'efficienza (e quindi l'even-

---

<sup>104</sup> Proprio questo ci pare essere il punto più debole della «rilettura» data da Taruffo all'art. 115 c.p.c., tale comunque da non giustificare l'affermazione, contenuta più esplicitamente in uno scritto di poco anteriore, secondo cui l'attribuzione al giudice di poteri istruttori è necessaria per un effettivo e veritiero accertamento dei fatti. Cfr. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 476.

<sup>105</sup> Sul punto si rimanda a TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 458, il quale individua tre tipi di modelli processuali, a seconda della maggiore o minore attribuzione di poteri istruttori al giudice; un primo modello in cui il giudice può disporre d'ufficio qualsiasi mezzo di prova (distinguendosi a seconda che il giudice possa, come avviene in Francia, oppure debba, come avveniva negli ordinamenti socialisti, utilizzare questi poteri), un secondo modello in cui il giudice ha solo alcuni poteri istruttori (come in Italia) e un terzo modello in cui, invece, il giudice non ha poteri istruttori ma svolge un ruolo attivo nell'acquisizione della prova (come avviene in Inghilterra e in Spagna).

<sup>106</sup> CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, qui citata da ID., *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, 2016, 184.

tuale refutabilità) di una regola come quella prevista nell'art. 421 c.p.c., ossia di una regola che consente al giudice di disporre d'ufficio sostanzialmente qualsiasi mezzo di prova, regola che, del resto, è molto simile alla soluzione anche accolta in un ordinamento a noi vicino come quello francese<sup>107</sup>.

Prima di tutto, è opportuno ribadire alcune premesse che dovrebbero essere ormai chiare, ma su cui è meglio evitare ogni tipo di fraintendimento. Il test di refutabilità vale se si intende la regola (in questo caso la disciplina di ripartizione dei poteri istruttori del giudice, qualunque essa sia) come finalizzata al raggiungimento di uno scopo. A nulla servirebbe, invece, se ragionassimo in termini di assolutezza o di categoricità. Alla luce di quanto si è detto in precedenza, comunque, si può dare per pacifica la configurazione tecnica (nel senso esposto nei paragrafi precedenti) della disciplina delle iniziative probatorie.

Una seconda premessa – anch'essa imprescindibile, ma molto più incerta e discutibile – è la definizione dello scopo in relazione al quale deve essere valutata l'efficienza della norma tecnica (ossia del mezzo previsto in essa). Come si è visto, è proprio qui che la dottrina, più o meno consapevolmente, si è scontrata per tutto il corso del dibattito. E come si è detto, questa scelta non è neutra, ossia non è più tecnica, ma presuppone una precisa presa di posizione anche (se non soprattutto) di natura sostanzialmente ideologica. Si tratta, per giunta, di una scelta che risente inevitabilmente dello specifico contesto storico, sociale e culturale. Da essa, però, non si può in alcun modo prescindere.

Prima di applicare qualsiasi test di refutabilità, quindi, è necessario definire preliminarmente lo scopo dell'accertamento giudiziale dei fatti. Ovviamente, la risposta di questa domanda presupporrebbe anche la preventiva definizione dello scopo del processo in sé. Del resto, e su questo non pare vi possano essere incertezze, il processo non mira di per sé all'accertamento dei fatti; e ciò è chiaramente dimostrato dal fatto che le azioni di accertamento mero sono ammissibili solo in presenza di uno specifico e concreto interesse ad agire, diverso e differente dal mero desiderio di ottenere un accertamento giudiziale dei fatti)<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Sul modello francese, anche in relazione agli altri possibili modelli, cfr. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 458.

<sup>108</sup> L'opinione dottrinale prevalente, ancorché non unanime, configura l'azione di accertamento come una forma di tutela atipica e generale, purché, però, il diritto oggetto dell'azione sia incerto o, più propriamente, contestato (nel senso di essere messo stragiudizialmente in discussione) dalla parte convenuta in causa. In questo senso, si leggano LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1992, 171, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, *Le tutele (di merito, sommarie, esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2017, 89 ss., MONTESSANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in VASSALI, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1985, 126 ss., PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 91 s. e LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, vol. I, Milano, 1972, *passim*. Per quanto riguarda la dottrina più risalente, oltre a CHIOVENDA, *Azione di mero accertamento*, cit., 62, si veda ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1946, 123 ss. In generale, sull'azione di accertamento mero si rinvia alla compiuta e dettagliata indagine di A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, *passim*.

In effetti, si può affermare che l'accertamento del fatto sia un modo (se non *il* modo) con cui il processo raggiunge i suoi fini<sup>109</sup>. In realtà, anche questa affermazione deve essere giustificata. Si potrebbe ipotizzare, infatti, un processo che prescindendo dall'accertamento dei fatti per raggiungere i propri obiettivi, secondo quelle teorie che vengono generalmente catalogate come *procedural justice*<sup>110</sup>.

L'analisi del dibattito dottrinale svolta nel primo capitolo, tuttavia, consente di superare questa possibile obiezione. Pur nei reciproci contrasti, sembra possibile ritenere che nessuno ormai dubiti che il processo, per raggiungere i propri fini, debba comunque passare attraverso l'accertamento giudiziale dei fatti. Il problema, piuttosto, è capire come deve configurarsi questo accertamento. E su questo punto, invece, la dottrina appare certamente più discordante, discutendo se sia sufficiente l'accertamento di una verità puramente formale oppure se, invece, sia necessario il raggiungimento della verità assoluta o sostanziale.

In realtà, anche a questo riguardo, si è già segnalato come le contrapposizioni dottrinali sul punto siano più di forma che di sostanza. Come i più ferrei sostenitori della ricerca della verità ammettono di riferirsi comunque a un concetto di verità inevitabilmente condizionato dagli intrinseci limiti cognitivi dell'uomo, così i più convinti sostenitori delle tesi opposte non sostengono mai che l'accertamento giudiziale non debba essere veritiero.

Questa constatazione pare consentire la fissazione di un primo, ma estremamente importante, punto fermo, ossia riconoscere che l'accertamento giudiziale dei fatti debba comunque essere veritiero. Ma non solo. Tale constatazione consente di prescindere, ai fini di questa analisi, dalla stessa definizione dello scopo del processo. In altri termini, sembra quindi possibile considerare la verità come un requisito minimo e indispensabile dell'accertamento giudiziale dei fatti, a prescindere da quale sia lo specifico scopo del processo.

<sup>109</sup> G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, cit., 1141.

<sup>110</sup> Secondo Luhmann è il procedimento in sé a determinare la legittimazione sociale dei risultati che produce (cfr. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, *passim*). In argomento cfr. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1117 ss. e ID., *La semplice verità*, cit., 102, il quale, a proposito delle teorie denominate cosiddette della *procedural justice*, rileva «Vi è in realtà un presupposto implicito ma chiaro nell'orientamento in questione, ossia che proprio la *procedural justice* sia in realtà tutto e soltanto quello che occorre per avere una buona amministrazione della giustizia, e quindi, non sia necessario – e non sia comunque interessante – preoccuparsi della qualità delle decisioni. In altri termini: viene comunque percepita come giusta, a priori e per definizione, e quindi risulta maggiormente accettabile, la decisione che deriva da un procedimento qualificabile come giusto sulla base di criteri procedurali di valutazione. Va da sé che la giustizia della decisione è implicita nella *justice* del procedimento, la sua eventuale veridicità in termini di corrispondenza con la realtà dei fatti della controversia è del tutto irrilevante». Per una analisi dei rapporti fra *procedural justice* e decisione per sorte cfr. soprattutto CAVALLONE, «*Comme vous aultres, Monsieur*» (*François Rabelais teorico del processo e del giudizio*), in *Riv. dir. proc.*, 2008, 438 s. Nella dottrina anglosassone, senza pretese di completezza, DUXBURY, *Random Justice, On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford, 1999, GOODWIN, *Justice by Lottery*, New York, 1992, MAY, MORROW, *Procedural Justice*, Burlington, 2012, SOLUM, *Procedural Justice*, in 78 *S. Cal. L. Rev.*, 2004, 181.

Come è stato giustamente rilevato in dottrina, è possibile giungere a questa prima, anche se parziale, conclusione essenzialmente sulla base dei principi del giusto processo. In un sistema costituzionale come il nostro, la ricerca della verità nell'ambito del processo rappresenta un valore primario; valore che, pertanto, non può non influenzare e conseguentemente condizionare l'intero meccanismo processuale. Sembra proprio questa la più importante conclusione che può trarsi dagli ultimi dieci anni del dibattito dottrinale. E al riguardo non pare casuale che tale conclusione sia stata raggiunta nel momento di piena maturità dell'elaborazione dei principi del giusto processo successivamente alla loro costituzionalizzazione avvenuta nel 1999<sup>111</sup>.

In estrema sintesi, come già aveva lucidamente compreso Capograssi, «il processo è alla fine una ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità»; ciò «significa che il processo suppone la verità, l'idea di verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone che si creda alla verità»<sup>112</sup>.

Questo primo risultato è certamente importante, ma, purtroppo, non ancora risolutivo. Accettare l'idea della verità come obiettivo dell'accertamento giudiziale dei fatti non pone al riparo da ulteriori problemi, anzi, se possibile, ne pone di ulteriori, ancora più complessi. Se l'accertamento giudiziale dei fatti ha come scopo la verità, occorre domandarsi in cosa consista tale verità. In effetti, sono state elaborate diverse, e fra loro molto differenti, teorie. Ad esempio, alla verità come corrispondenza (c.d. verità aletica) può contrapporsi la verità come coerenza oppure ancora la verità intesa come consenso<sup>113</sup>. Cercando di semplificare, un'affermazione è considerata vera se corrisponde a come i fatti sono

---

<sup>111</sup> In questo senso, si rimanda a DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., 109. In tema di "giusto processo", tra gli ormai numerosi contributi, si segnalano, con specifico riferimento alla riforma dell'art. 111 Cost.: BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479; CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 42; CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1010; L.P. COMOGLIO, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702-758, e nel vol. *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., 225-280; OLIVIERI, *La "ragionevole durata" del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, comma 2, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 251; PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241; TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 e TROCKER, *Il nuovo art. 111 della costituzione ed il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 381. Si vedano, infine, i contributi raccolti in CIVININI, VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, contenente gli atti del convegno svoltosi all'Isola d'Elba nei giorni 9 e 10 giugno 2000 e dedicato, appunto, alla novella dell'art. 111 Cost.

<sup>112</sup> CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., 19.

<sup>113</sup> In argomento, nella dottrina giuridica italiana, si veda diffusamente (e per gli opportuni riferimenti) TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 91 ss. e ID., *La verità nel processo*, cit., 1125.

concretamente avvenuti (nel primo caso), se spiega coerentemente (e quindi senza contraddizioni) un determinato insieme di informazioni (nel secondo caso) e, infine, se su di essa vi è il consenso di un certo gruppo di persone (nel terzo caso).

Qui non si ha certo la pretesa di prendere posizione su questioni che non solo sono complesse, ma che richiedono il possesso di specifiche competenze epistemologiche<sup>114</sup>. Ciò nonostante, appare ugualmente possibile trovare una soluzione, quantomeno nei ristretti limiti di questa analisi. A questo riguardo, sembra certamente preferibile, come sostenuto in dottrina, l'adozione di una prospettiva realistica della verità, ossia intesa come corrispondenza ai fatti da accertare<sup>115</sup>. Anzi, questa opzione è in qualche misura doverosa, proprio in considerazione delle norme costituzionali in tema di giusto processo<sup>116</sup>.

E questa mi pare un'opzione che comunque trovi un diffuso consenso nella dottrina. Chi sostiene espressamente che l'obbiettivo dell'accertamento giudiziale dei fatti sia la verità, intesa come corrispondenza, ammette comunque la natura intrinsecamente limitata delle capacità cognitive dell'uomo<sup>117</sup>. Allo stesso modo chi parla di verità processuale o sostiene che il processo non possa comunque arrivare ad una verità assoluta non nega comunque che l'obbiettivo dell'accertamento del fatto sia, almeno tendenzialmente, quello di accertare come si sono svolti i fatti. Semmai questi ultimi sostengono che il processo possa comunque concludersi senza un accertamento del tutto veritiero, ossia accontentandosi di un accertamento incompleto o non del tutto corrispondente<sup>118</sup>.

In proposito, è interessante segnalare le ultime tendenze in ambito filosofico, tutte dirette ad «avvalorare l'idea che la verità sia qualcosa di intrinsecamente normativo»; ossia l'idea che la verità rappresenti prima di tutto lo scopo della pratica linguistica e, in generale, della pratica comunicativa<sup>119</sup>.

Questo passaggio – certamente cruciale – necessita di qualche ulteriore spiegazione. A questo riguardo sembra utile ritornare a quanto si è detto circa la struttura delle regole tecniche. La regola tecnica, infatti, non solo presuppone

<sup>114</sup> Per una compiuta sintesi delle concezioni di verità, cfr. VOLPE, *La verità*, Torino, 2012, *passim*.

<sup>115</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 6 ss.

<sup>116</sup> TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1126 e ID., *La semplice verità*, Bari, 2009, 92 ss.

<sup>117</sup> VERDE, *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 2. Più recentemente, in ambito filosofico, TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 35.

<sup>118</sup> Cfr., ad esempio, CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 12, il quale ritiene che il giudice debba sempre decidere «sulla base di prove idonee alla verifica delle allegazioni fattuali delle parti» (enfasi aggiunta). Si legga anche RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1138, il quale, pur ritenendo la prova giuridica del tutto specifica e peculiare rispetto ad altri settori scientifici, ne afferma comunque il carattere dimostrativo.

<sup>119</sup> Cfr., anche per gli opportuni riferimenti, VOLPE, *La verità*, Torino, 2012, 118 s.

che il mezzo sia collegato al fine, ma anche che vi sia un obbligo di raggiungere il fine e che il mezzo sia davvero idoneo a raggiungere il fine. Ebbene, alla luce del dibattito dottrinale analizzato in precedenza, sembra possibile ritenere che le differenze fra le varie opinioni dottrinali riguardino non tanto l'individuazione in sé del fine della regola tecnica (ossia appunto la verità come corrispondenza), quanto piuttosto la definizione del grado di doverosità con cui tale fine deve essere raggiunto<sup>120</sup>.

Come detto, tale passaggio è cruciale, in quanto consente di procedere comunque al test di refutabilità. Si è detto che una regola tecnica presuppone la verità dell'assunto posto a suo fondamento, ossia la verità dell'affermazione secondo cui il mezzo prescritto è idoneo al raggiungimento del fine. Tale questione, tuttavia, è preliminare e comunque indipendente rispetto al problema dell'esistenza di un dovere di raggiungere lo scopo. Detto in altri termini, se è falsa la premessa su cui si fonda la regola tecnica, quest'ultima è refutabile, a prescindere dal fatto che vi sia o non vi sia il dovere di raggiungere lo scopo cui è collegata la regola medesima. Ben diverso è il discorso relativo alla sussistenza di una regola che impone il raggiungimento dello scopo a cui mira la norma tecnica; come si è già più volte sottolineato, la mancanza di tale dovere può incidere sull'efficienza della regola tecnica, ma non la rende invalida. Viceversa, anche la presenza di uno stringente dovere di raggiungere lo scopo non può ovviare alla refutabilità della norma, qualora sia falsa la premessa su cui si fonda. In altri termini, l'intensità di tale dovere inciderà, in positivo o in negativo, nella configurazione del processo come «epistemicamente efficiente»<sup>121</sup>, ma presuppone sempre (e preliminarmente) la verità degli assunti posti a fondamento delle regole tecniche individuate per il raggiungimento dello scopo.

In altri termini, se anche ipotizzassimo per assurdo un processo in cui il raggiungimento della verità costituisse l'obiettivo da raggiungere ad ogni costo e senza alcun limite, tale processo non sarebbe comunque epistemologicamente efficiente se i mezzi previsti per raggiungere tale scopo fossero invalidi, vale a dire se non fossero idonei al raggiungimento della verità. Un esempio di questo genere può essere rinvenuto nei processi fondati su prove irrazionali<sup>122</sup>. In questi casi (qualora ovviamente si ipotizzi che lo scopo sia comunque il raggiungimento della verità), la regola tecnica è effettiva (nel senso che viene applicata), probabilmente viene utilizzata in modo sistematico (essendo stringente il dovere di raggiungere il fine), ma

---

<sup>120</sup> In questo senso, cfr. CHIARLONI, *Recensione a Cavallone, La borsa di miss Flite. Storie e immagini del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 736, il quale, definisce Cavallone, nonostante il manifestato atteggiamento verifobico, come, in realtà, «truthlover». In tema cfr. BERTOLINO, *Giusto processo civile e verità. Contributo allo studio della relazione fra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010, passim.

<sup>121</sup> TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1128.

<sup>122</sup> In tema, cfr. DAMAŠKA, *Rational and Irrational Proof Revisited*, in 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 1997, 25.

non è efficiente, essendo inidonea a raggiungere la scopo, ossia l'accertamento veritiero dei fatti<sup>123</sup>.

Proprio quest'ultimo rilievo offre lo spunto per un'ulteriore precisazione. Posto di poter considerare la verità (intesa come corrispondenza) quale scopo dell'accertamento giudiziale dei fatti, il raggiungimento di tale scopo, pur se doveroso, sconta comunque delle eccezioni o, comunque, dei limiti. Del resto, ben difficilmente si sarebbe disposti ad accettare una regola che imponga, ad ogni costo e a prescindere da mezzi utilizzati, il raggiungimento di un determinato fine. Rapportare una simile regola alla ricerca giudiziale della verità trasformerebbe il processo in uno strumento autoritario e quasi di polizia.

Ovviamente non si tratta di una questione di poco momento, anche perché i limiti all'accertamento giudiziale o, secondo la terminologia anglosassone, le «*rules of exclusions*» costituiscono uno fra i problemi più dibattuti dai processualisti e dagli studiosi del diritto probatorio<sup>124</sup>. Qui non è possibile prendere specifica posizione sul punto, anche perché ciò richiederebbe la preventiva risoluzione di questioni di notevole importanza come, in particolare, il problema della specialità o non della prova giudiziale<sup>125</sup> e il problema delle prove illecite<sup>126</sup>. Si può tuttavia convenire che «la verità processuale non è un valore assolu-

<sup>123</sup> In proposito si può rinviare alla descrizione del processo per adulterio svolto nella tribù africana degli Azande di CHASE, *Law, Culture, and Ritual*, New York, 2005 (da cui sono tratte le citazioni), pubblicato anche in Italia con il titolo, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Bari, 2009. Tale processo era essenzialmente basato sulla consultazione di un oracolo (consistente nella somministrazione a un pulcino di una dose predeterminata di veleno e nella susseguente verifica circa la sopravvivenza o meno dello stesso); come viene ampiamente descritto da Chase tale regola (ossia la consultazione dell'oracolo) è rigorosamente rispettata (e, quindi, godeva di piena effettività) e, nella mentalità degli Azande, è concepita come lo strumento migliore per arrivare alla verità dei fatti; gli Azande, infatti, non vi vedono nulla di irrazionale, anzi, concepiscono il metodo oracolare come lo strumento migliore per l'accertamento dei fatti, tanto è vero che viene rigidamente e scrupolosamente rispettato. La consultazione dell'oracolo, quindi, si configura come regola strettamente tecnica finalizzata a uno scopo preciso e certamente perseguito. Quello che difetta è proprio il presupposto della regola tecnica, ossia la verità della proposizione presupposta dalla regola medesima (ossia che la consultazione dell'oracolo sia davvero funzionale al raggiungimento della verità).

<sup>124</sup> Con riferimento al problema delle regole di esclusione, cfr. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss., DAMAŠKA, *Free Proof and its Detractor*, in 43 *Am. J. Comp. L.*, 1995, 343, GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, 159 ss., spec. 189 ss. e DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civil angloamericano*, cit., 116. Si veda, inoltre, anche per ulteriori riferimenti, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 67 ss.

<sup>125</sup> CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 105, TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 438, CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 819, G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1129.

<sup>126</sup> Recentemente, per una specifica e dettagliata ricostruzione del tema delle prove illecite, cfr. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017. In argomento, si rimanda a L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 72 ss., ID., *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloame-*

to; vi sono altri valori che non meritano minore protezione»<sup>127</sup>.

Questa constatazione, tuttavia, non impedisce la prosecuzione dell'analisi dei poteri istruttori e della loro effettiva strumentalità al raggiungimento della verità. Invero, la valutazione dell'utilità di uno strumento prescinde dagli eventuali limiti di utilizzazione dello stesso. Il punto, infatti, è capire se i poteri istruttori ufficiosi siano davvero strumentali, ossia funzionali, all'accertamento della verità dei fatti, intesa appunto come corrispondenza agli stessi, al di là del fatto che il raggiungimento di tale obiettivo sia configurato in termini assoluti oppure relativi.

Questo è un problema ulteriore, in quanto logicamente e processualmente successivo alla preventiva definizione della fondatezza della premessa fattuale presupposta dalla regola tecnica. Le eventuali limitazioni al raggiungimento della verità, infatti, incidono non sulla configurazione dei poteri istruttori e sulla loro suddivisione fra parti e giudice, quanto piuttosto sul momento in cui il giudice sceglie i mezzi di prova da assumere e, soprattutto, sul momento in cui il giudice decide di chiudere la fase istruttoria. Più stringente è il dovere di raggiungere la verità più restrittiva sarà l'interpretazione del concetto di «maturità» (se vogliamo di «maturazione») della causa (ai sensi dell'art. 187 c.p.c.) o del concetto di «superfluità» della prova (di cui all'art. 209 c.p.c.). Si tratta, tuttavia, di problemi che esulano dalla presente analisi.

#### 2.4. *Utilità ed effettività dei poteri istruttori – La prospettiva dell'istruzione secondaria*

Ritorniamo, quindi, al problema dei poteri istruttori del giudice. Come detto, si è ritenuto di poter considerare come scopo dell'accertamento la verità, intesa come corrispondenza ai fatti da accertare. Sembra possibile, quindi, sottoporre al test di refutabilità una regola tecnica di questo genere: «per arrivare a un accertamento veritiero dei fatti devono essere attribuiti poteri istruttori ufficiosi al giudice»<sup>128</sup>.

---

ricana e germanica, in *Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, XXXIX, Pavia, 1967, 266 ss., GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 693 ss., ID., *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 945, ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova, 1992, *passim*, PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *Contr. e imp.*, 2014, 51 ss.

<sup>127</sup> VERDE, *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 10.

<sup>128</sup> Questa è la regola tecnica che sostanzialmente viene proposta dai sostenitori di un allargamento dei poteri istruttori del giudice; cfr., per tutti, TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 476. E questo è anche il senso delle parole di Grasso, quando, parlando della necessità di attribuire rilevanza al principio di collaborazione, afferma che «può anche dubi-

In altri termini occorre chiedersi se la premessa fattuale su cui si basa tale regola tecnica (ossia appunto la strumentalità dei poteri istruttori rispetto al raggiungimento di un accertamento veritiero dei fatti) sia vera oppure no. Pur se mai configurato in termini di test di refutabilità, questo è il problema su cui la dottrina più si è spesa in questi anni.

Più o meno esplicitamente, la risposta a questo problema discende dalla differente concezione dell'effettivo ruolo delle parti, del giudice e, soprattutto, degli avvocati. Secondo i sostenitori dell'ampliamento dei poteri istruttori, le parti da sole non sarebbero in grado di garantire un accertamento veritiero dei fatti; e ciò quantomeno perché almeno una delle parti non sarebbe effettivamente interessata ad accertare la verità dei fatti e gli avvocati di tale parte non sarebbero in alcun modo interessati al raggiungimento della verità<sup>129</sup>.

Coloro che si oppongono all'ampliamento dei poteri istruttori affermano invece che «in realtà, gli avvocati, quando difendono la parte che ha ragione e che ha fretta, hanno più fretta di tutti i giudici del mondo»<sup>130</sup> e che «le parti sono i migliori giudici della propria difesa»<sup>131</sup>. Ma non solo. Contrattaccano sostenendo che i giudici non fanno comunque uso dei poteri che vengono attribuiti loro, rendendo del tutto vane e ipotetiche le aspirazioni di verità connesse all'attribuzione di tali poteri<sup>132</sup>.

Obiezioni di questo genere erano già state espresse anche da Carnelutti, il quale aveva rilevato che «quanto gli avvocati sono veramente buoni, se non escludono, attenuano il bisogno dei giudici; temo invece che i giudici, per quanto siano eccellenti, non valgano quasi nulla in luogo degli avvocati»<sup>133</sup>; per poi ribadire, trent'anni dopo, che «il giudice è prima di tutto uno storico, insegnava il compianto Calamandrei; ma fa della storia alla buona, come la può fare, senza troppo scalmanarsi ad andare fino in fondo»<sup>134</sup>.

---

tarsi che ciò assicuri il raggiungimento della verità: è certo, tuttavia, che serve ad avvicinarla più di quanto giovi a tal fine, nel momento della decisione, la mera giustapposizione dei fatti e delle diverse opinioni» (GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., 588).

<sup>129</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 477, nonché ID., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 177 e già ID., *La ricerca della verità nell'«adversary system» angloamericano*, cit., 622. Una sfiducia moderata al riguardo è espressa anche da CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 109, il quale, pur non considerando opportuna l'estensione dei poteri istruttori, ritiene comunque irrealistico pensare di costringere gli avvocati delle parti a collaborare attivamente alla ricerca della verità.

<sup>130</sup> CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 465.

<sup>131</sup> La citazione, già di Chiovenda, è ripresa testualmente da MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, cit., 577.

<sup>132</sup> In questo senso, CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 7.

<sup>133</sup> CARNELUTTI, *Sociologia e letteratura sugli avvocati*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, 72.

<sup>134</sup> CARNELUTTI, *Il testimone, questo sconosciuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, 182, rilevando an-

Per cercare di fornire una risposta al test di refutabilità, tuttavia, è necessaria un'ulteriore precisazione. Come si è detto inizialmente, parlando della definizione di regola tecnica data dai filosofi del diritto, sono state riscontrate divergenze di opinioni con riferimento alla concreta configurazione del nesso di strumentalità fra il mezzo prescritto dalla regola tecnica e il fine presupposto dalla stessa. Secondo una prima teoria, infatti, la regola sarebbe tecnica (e, quindi, effettivamente giustificabile in relazione al fine) solo se la condotta prescritta è necessaria per il raggiungimento del fine<sup>135</sup>. Secondo un'altra teoria, invece, la regola sarebbe tecnica anche quando la condotta prescritta sia un coefficiente di realizzazione del fine<sup>136</sup>. Secondo un'ultima teoria, infine, la regola sarebbe tecnica quando la condotta prescritta sia semplicemente un mezzo per il raggiungimento del fine<sup>137</sup>.

In precedenza si è scelta proprio quest'ultima interpretazione, in quanto certamente più adatta per interpretare il dibattito dottrinale in tema di poteri istruttori. Tuttavia, passando da una prospettiva descrittiva a una prospettiva sostanzialmente prescrittiva, l'ultima interpretazione proposta solleva alcune perplessità. Il concetto secondo cui la regola tecnica presuppone genericamente un rapporto di mezzo a fine è certamente inclusivo (essendo in grado di ricomprendere sostanzialmente tutte le regole tecniche presenti in un ordinamento), ma appare troppo vago per dare indicazioni di tipo prescrittivo.

Appare necessario, quindi, cercare di ridefinire meglio i termini della relazione fra mezzo e fine. Se è vero che il test di refutabilità presuppone la verità dell'assunto a fondamento della regola tecnica, tale verifica inevitabilmente varia a seconda del grado di intensità con cui si intenda il rapporto fra mezzo e fine. Un determinato mezzo, infatti, può essere condizione sufficiente e necessaria per raggiungere un fine, oppure può essere condizione sufficiente, ma non necessaria, oppure può essere condizione necessaria ma non sufficiente oppure ancora può essere semplicemente un fattore causale del raggiungimento del fine (senza costituirne, però, condizione necessaria o anche solo sufficiente). A seconda del grado di intensità di tale rapporto, la medesima premessa fattuale posta a fondamento della regola tecnica può rivelarsi vera o falsa. E ciò vale anche con riferimento alla regola che prevede l'attribuzione poteri istruttori ufficiosi al giudice.

Come facilmente si intuisce, la diversa configurazione del nesso di strumentalità connesso all'attribuzione dei poteri istruttori nell'accertamento del fatto ha significative implicazioni di tipo prescrittivo. Se l'attribuzione di tali poteri

---

cora che «Se si aggiunge [...] che nel giurista è purtroppo consumata dall'abitudine, ci si rende conto di quella specie non dico di indifferenza, ma almeno di rassegnazione, che smorza lo slancio del decidente ad approfondire la ricerca dei fatti».

<sup>135</sup> CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, cit., 32.

<sup>136</sup> AZZONI, *Cognitivo e normativo. Il paradosso delle regole tecniche*, cit., 41.

<sup>137</sup> GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 44.

fosse condizione necessaria e sufficiente, o anche solo necessaria, allora il legislatore, una volta scelto come scopo la ricerca della verità, *dovrebbe* attribuire al giudice ampi poteri istruttori, trattandosi di una vera e propria «necessità epistemica»<sup>138</sup>. Diverso sarebbe, invece, se tali poteri fossero solo sufficienti o addirittura semplicemente utili all'accertamento della verità. In questo caso, infatti, il legislatore *potrebbe* prevederli, ma la scelta sarebbe discrezionale, basata non solo sull'*efficacia* della soluzione normativa (ossia il grado di idoneità della stessa a consentire il raggiungimento dello scopo), ma anche sull'*efficienza* della stessa rispetto alle altre possibili alternative normative<sup>139</sup>.

Per cercare di rispondere a questi interrogativi, può essere utile fare riferimento alla distinzione, elaborata da Benvenuti, fra istruzione primaria e istruzione secondaria; tale distinzione, finora solo accennata ma, come vedremo fra breve, particolarmente feconda ai fini di questa analisi, è «stata generalmente ignorata dalla letteratura processualistica»<sup>140</sup>. Più specificamente, Benvenuti distingue la c.d. «istruzione primaria», ovvero la ricerca, nella realtà extraprocessuale, dei fatti secondari (temi e fonti di prova) necessari per la dimostrazione dei fatti principali affermati, e la c.d. «istruzione secondaria», vale a dire le iniziative probatorie in senso stretto, ossia le iniziative finalizzate all'acquisizione nel processo della prova dei fatti secondari la cui esistenza è stata conosciuta fuori dal (e quindi prima del) processo<sup>141</sup>.

Partendo proprio da questa distinzione Benvenuti sostituisce alla tradizionale contrapposizione fra principio dispositivo e principio inquisitorio uno schema più complesso; egli individua, in particolare, le nozioni di «sistema» e di «metodo» istruttorio, rispettivamente concernenti la disciplina della ricerca extraprocessuale dei fatti (ossia appunto l'istruzione primaria) e la disciplina delle istanze probatorie in senso proprio (ossia appunto l'istruzione secondaria)<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> In questo senso, espressamente, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 178.

<sup>139</sup> Su tali distinzioni, si veda, anche per ulteriori riferimenti, TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 208, il quale sottolinea la possibile differenziazione del concetto di efficienza, a seconda dell'accezione prescelta. Ad esempio, stando all'accezione produttiva, una norma è efficiente «quando non c'è modo di realizzare lo stesso scopo normativo con mezzi meno dispendiosi, o non c'è modo di realizzare lo scopo a un grado superiore utilizzando gli stessi mezzi». Stando all'accezione paretiana, invece, una norma è efficiente «quando una norma aumenta il benessere di almeno un individuo senza diminuire quello degli altri». Infine, secondo l'accezione di Kaldor-Hicks una norma è efficiente «quando una norma procura a qualcuno dei benefici tali che questi possa compensare chi ne subisce i costi e possa mantenere al contempo un margine di beneficio».

<sup>140</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 37. In realtà, oltre a Cavallone, si sono posti, seppur sommariamente, il problema dell'istruzione primaria MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 202 e DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., 121.

<sup>141</sup> BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 76 ss.

<sup>142</sup> BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 127 ss.

Secondo Benvenuti, quindi, la scelta fra «sistema inquisitorio» e «sistema dispositivo» non può farsi discendere da mere questioni di opportunità ma è imposta, nel senso della prevalenza del «sistema dispositivo», dalla struttura fondamentale del processo. Invece, la scelta fra «metodo inquisitorio» e «metodo dispositivo» è rimessa a considerazioni di mera opportunità<sup>143</sup>.

Queste distinzioni hanno significative ripercussioni. Anzitutto, come è stato acutamente osservato, esse riducono ulteriormente la contrapposizione fra le *Maximen*, in quanto dalla «imprecisa nozione di raccolta del materiale di fatto» deve essere esclusa «la disciplina della ricerca, e della introduzione nel processo, delle fonti e dei temi di prova, bensì soltanto quella delle iniziative endoprocessuali volte alla ammissione e/o alla acquisizione di quelle sole fonti e di quei soli temi che le parti vi abbiano almeno virtualmente introdotto»<sup>144</sup>.

Più specificamente, sempre secondo Benvenuti, nei processi retti dal metodo istruttorio dispositivo il giudice può considerare solo i fatti secondari allegati dalle parti, senza, quindi, alcuna possibilità di autonoma acquisizione. Nei processi retti dal metodo istruttorio inquisitorio o acquisitivo, invece, il giudice potrebbe prendere in considerazione qualsiasi fatto allegato anche implicitamente dalle parti<sup>145</sup>.

Quest'ultima posizione è stata fermamente criticata dalla dottrina processualcivilista. Già Cappelletti negava l'equiparazione dell'allegazione dei fatti principali con quella dei fatti secondari; e ciò sulla base del dirimente rilievo secondo cui il fatto che le parti possano disporre dei diritti non implica affatto che le stesse possano «disporre della realtà storica»<sup>146</sup>. E, in effetti, questa è la posizione oggi decisamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza. Si ritiene generalmente, infatti, che, ad eccezione dei fatti principali (costitutivi, estintivi, modificativi e impeditivi), il giudice possa comunque rilevare d'ufficio tutti i fatti che, pur in mancanza di una specifica allegazione ad opera di parte, emergano dagli atti di causa o anche solo dai documenti<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 187 ss.

<sup>144</sup> CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 35.

<sup>145</sup> A questo riguardo, Benvenuti parla di «affermazioni di prova» per indicare appunto l'allegazione dei fatti secondari, intesa come «volontà» di «far valere» i fatti introdotti nel processo e, come tale, vincolante per il giudice in caso di scelta per il metodo istruttorio dispositivo. Questa tesi, però, è stata criticata, visto che «di regola l'introduzione dei fatti secondari nel processo è contestuale alle iniziative istruttorie volte a darne la prova». Questo dimostra la «impossibilità logica e pratica» di distinguere l'attività materiale di introduzione dei fatti nel processo e l'attività volontaristica (o «volontaria») di far valere i medesimi fatti» (CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 130).

<sup>146</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 303. Si veda, però, CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 38, nota 65, in cui difende la posizione di Benvenuti sulla base di «motivazioni diverse e più specificamente processuali», come ad esempio, la mancanza di iniziative di istruzione primaria del giudice, pena la violazione del divieto di scienza privata.

<sup>147</sup> Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, infatti, i fatti risultanti dalle acquisizioni

La dottrina pare invece aver prestato minore attenzione alla distinzione fra istruzione primaria e istruzione secondaria. Del resto, lo stesso Benvenuti affermava che nel processo civile non sono comunque previsti strumenti di indagine nella realtà extraprocessuale<sup>148</sup>. Anche perché, se così non fosse – si è osservato successivamente – il giudice violerebbe il divieto di scienza privata<sup>149</sup> e, comunque, metterebbe a rischio la propria imparzialità<sup>150</sup>.

In realtà, tale distinzione pare poter assumere una notevole importanza, soprattutto con riferimento all'istruzione secondaria; in quest'ultima caso, infatti, proprio perché l'attività probatoria è limitata alle sole informazioni già emerse nel processo, ossia ai fatti secondari già conosciuti (e quindi allegati) dalle parti, non si pone alcuna possibile violazione della c.d. scienza privata. Ben diverso, invece, è il discorso per l'istruzione primaria, in cui la ricerca di informazioni nella realtà processuale pone effettivamente il problema di tale violazione<sup>151</sup>.

Torniamo, quindi, al test di refutabilità. Proprio in considerazione della distinzione fatta da Benvenuti è possibile (e anzi opportuno) distinguere fra poteri istruttori officiosi primari e secondari, ossia fra poteri che consentano al giudice di ricercare i fatti nella realtà extraprocessuale e poteri istruttori che consentano al giudice semplicemente di acquisire gli elementi di prova la cui esistenza è emersa dagli atti.

Prima di tutto, però, sembrano necessarie due precisazioni. In primo luogo, si ritiene di partire dall'analisi dei poteri di istruzione secondaria, anche perché, prima di analizzare quelli di istruzione primaria, occorre preliminarmente risolvere il problema dell'esistenza *tout court* nel processo civile di simili poteri (anche non officiosi)<sup>152</sup>.

---

processuali possono essere rilevati d'ufficio dal giudice alla stregua delle eccezioni «in senso lato» o «improprie» (Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2017, n. 7107, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Appello civile*, n. 32; nel medesimo senso, cfr. Cass. civ., sez. II, 28 settembre 2016, n. 19212, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Procedimento civile*, n. 99, Cass. civ. (ord.), sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 409, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce «Procedimento civile», n. 162 e Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2011, n. 11015, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Appello civile*, n. 32).

<sup>148</sup> BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 127 ss., spec. 131 s., il quale parla espressamente delle attività di istruzione probatoria come attività squisitamente «processuali».

<sup>149</sup> CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 14, nonché ID., *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., 310.

<sup>150</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 202.

<sup>151</sup> In questo senso, ad esempio, L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 383, ove afferma giustamente la possibilità di rilievo d'ufficio dei fatti comunque emergenti dal processo; e ciò in quanto il giudice non fa ricorso alla scienza privata, ma utilizza semplicemente elementi che sono agli atti di causa.

<sup>152</sup> Come si è detto, alcuni autori (non solo Benvenuti) negano l'esistenza per il giudice civile di poteri istruzione primaria. Cfr., oltre appunto a BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 131 ss., anche CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 38, nota 65.

In secondo luogo, si ritiene di poter prescindere dalla questione relativa all'allegazione dei fatti secondari e, in particolare, alla possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio fatti secondari non allegati. Tale questione, infatti, non pare influire direttamente sul test di refutabilità qui proposto, test essenzialmente mirante a verificare se il potere istruttorio del giudice sia effettivamente funzionale all'accertamento dei fatti, a prescindere da chi li abbia concretamente allegati<sup>153</sup>.

Incominciamo, quindi, dai poteri ufficiosi di istruzione secondaria, cercando di verificare se gli stessi siano necessari, sufficienti o solo utili per l'accertamento dei fatti. Purtroppo tale interrogativo è duplicemente complesso: non può ovviamente essere dimostrato in termini matematici e, soprattutto, lo stesso termine di paragone di tale valutazione è incerto. Per verificare l'efficacia dei poteri istruttori ai fini dell'accertamento della verità dovremmo conoscere ... la verità, da utilizzare come parametro di verifica dell'esito dell'accertamento ottenuto mediante l'utilizzazione dei poteri istruttori ufficiosi.

Al netto di tali intrinseche ambiguità, sembra comunque possibile pervenire a qualche conclusione. In particolare appare ragionevole escludere un rapporto di necessità o di sufficienza fra i poteri istruttori e la verità dell'accertamento. In effetti, si può ritenere che l'utilizzazione di tali poteri non sia né necessaria né sufficiente per raggiungere un accertamento veritiero dei fatti. In primo luogo, sembra possibile escludere che l'esercizio dei poteri di istruzione secondaria costituisca una *condicio sine qua non* di tale accertamento; e ciò essenzialmente in quanto il medesimo esito potrebbe essere raggiunto anche in altri modi, ossia senza iniziative ufficiose da parte del giudice. Come detto, nel caso dell'istruzione secondaria i poteri si riferiscono esclusivamente ai fatti secondari emergenti dagli atti di causa; in tal caso, e in alternativa all'attribuzione di poteri istruttori al giudice, si potrebbe consentire alle parti di dimostrare in ogni momento del processo (e quindi senza preclusioni o decadenze) i fatti secondari emergenti dagli atti ma non ancora provati<sup>154</sup>. La possibilità di una simile configurazione alternativa (ossia della possibilità di raggiungere comunque, ma in modo diverso, l'accertamento dei fatti) porta ad escludere che i poteri istruttori sino "necessari" a tal fine.

Non sembra neppure che i poteri istruttori ufficiosi siano da soli sufficienti ad assicurare il raggiungimento della verità; specie in alcuni casi, non pare che l'esercizio di tali poteri possa assicurare esiti migliori rispetto a quelli offerti dal-

---

<sup>153</sup> Ovviamente, qualora si dimostrasse che i poteri istruttori sono funzionali all'accertamento della verità allora sarebbe incoerente non consentire al giudice il rilievo ufficioso dei fatti secondari non allegati, ma ugualmente emergenti dagli atti di causa. Ma questo, lo si ripete, è un problema di coerenza del modello processuale e non incide direttamente sulla questione dell'utilità o non dei poteri istruttori del giudice.

<sup>154</sup> Sull'intrinseco rapporto fra sistema di preclusioni e ricerca della verità si veda, a titolo esemplificativo, BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 45, spec. 62 ss.

l'esercizio di analoghi poteri esercitati dalle parti. Pensiamo, soprattutto, all'ordine di esibizione. Se anche il giudice potesse disporre d'ufficio l'esibizione, il risultato, in termini di qualità dell'accertamento, sarebbe identico a quello di un ordine di esibizione richiesto dalla parte; e ciò essenzialmente in quanto tale mezzo istruttori, così come attualmente configurato, non appare di per sé funzionale all'accertamento della verità. Si pensi al caso di mancata ottemperanza a tale ordine. In questo caso è del tutto irrilevante che l'esibizione sia richiesta dalla parte o disposta dal giudice. Il *gap* in termini di accertamento dei fatti appare sostanzialmente identico, stante la totale inefficacia della sanzione prevista per tale mancata ottemperanza<sup>155</sup>.

Occorre domandarsi, quindi, se i poteri istruttori del giudice siano quanto meno utili all'accertamento della verità dei fatti. In realtà, occorrerebbe chiedersi anche quale grado di utilità assicurino; volendo parafrasare la terminologia economica, ci si dovrebbe interrogare sull'effettiva utilità "marginale" della previsione di tali poteri, ossia sull'efficienza della scelta normativa<sup>156</sup>. In realtà, anche questo problema può essere tralasciato; l'attribuzione dei poteri istruttori al giudice, infatti, è sostanzialmente «a costo zero» (non implicando particolari aggravati in termini di risorse o di tempi). Conseguentemente, anche una piccola utilità marginale potrebbe giustificare l'adozione, proprio perché, per così dire, il rapporto costi benefici sarebbe vantaggioso ugualmente e non sarebbe di ostacolo ad altre soluzioni normative.

Il problema principale, però, è proprio quello di capire se l'attribuzione di poteri istruttori ufficiosi sia davvero funzionale all'accertamento veritiero dei fatti. La prima e più facile obiezione deriva dalla constatazione, quasi intuitiva, dello scarsissimo uso di tali poteri da parte dei giudici. Questa obiezione è certamente suggestiva, anche perché appare difficile smentire la scarsa (se non inesistente) utilizzazione da parte dei giudici dei poteri istruttori ufficiosi, anche quanto attribuiti espressamente<sup>157</sup>.

Tale obiezione, però, non pare sufficiente per escluderne l'utilità, anche perché il mancato uso può dipendere da ragioni diverse rispetto alla loro eventuale inutilità; si pensi, ad esempio, all'eccessivo carico di lavoro incombente sul magistrato, tale da precludere un effettivo ricorso ai poteri istruttori. Ma si pensi anche, come già si è detto, alla mancanza di una norma che imponga in modo preciso ai giudici il raggiungimento dello scopo a cui sono strumentali i poteri istruttori. E poi si pensi all'ineliminabile componente umana, che può incidere

---

<sup>155</sup> In tema, cfr. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, passim e GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 195 ss., spec. 221 ss.

<sup>156</sup> Sul punto si richiama nuovamente TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, cit., 208.

<sup>157</sup> Basta consultare qualsiasi banca dati di giurisprudenza, per rendersi conto che, sotto l'art. 281-ter c.p.c., sono raccolte solo una ventina di pronunce giurisprudenziali, quasi tutte anteriori alla predetta pronuncia della Corte Costituzionale.

su tale mancato uso. Del resto, come già acutamente rilevato da Carnelutti, «il problema del diritto, e, *a fortiori*, il problema delle sue riforme è un problema di uomini prima che un problema di leggi. Le leggi non contano nulla senza gli uomini, che le sappiano applicare»<sup>158</sup>.

Al netto di queste considerazioni, sembra comunque possibile ritenere che l'uso di poteri ufficiosi di istruzione secondaria sia utile al fine del raggiungimento di un accertamento veritiero dei fatti. Del resto, come potrebbe dirsi veritiero un accertamento che omettesse di verificare l'esistenza di un fatto comunque emerso dagli atti di causa? Si pensi al caso classico di un documento menzionato dalle parti ma non prodotto, oppure al nome di un testimone a conoscenza dei fatti che non sia stato citato. Sono queste tutte circostanze che, ai fini di un accertamento veritiero, non potrebbero essere trascurate. Si tratta, del resto, di una constatazione tanto ovvia da essere unanimemente percepita e condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella vigenza del codice liberale del 1865. Come rilevato anche dalla dottrina moderna, infatti, allora si ammetteva pacificamente che il giudice, pur in assenza di una specifica previsione normativa, potesse ordinare l'esibizione di un documento menzionato (ma non prodotto) dalle parti<sup>159</sup>.

Proprio questo riferimento ci consente di tentare una formulazione più precisa. L'attribuzione di poteri ufficiosi di istruzione secondaria è utile esclusivamente qualora non si vincoli l'uso di tali poteri al rispetto delle preclusioni delle parti. Se si mira all'accertamento della verità dei fatti, l'utilità dei poteri istruttori ufficiosi emerge soprattutto (anzi, si potrebbe dire soltanto) quando le preclusioni si sono maturate. È proprio quando una parte è decaduta da una prova o non l'ha neppure dedotta che il potere istruttorio del giudice diventa utile (se non addirittura necessario) per l'accertamento della verità dei fatti. Se così non fosse allora tanto varrebbe neppure prevederlo, visto che «le parti conoscono, meglio di chiunque, i fatti della causa e sono di solito quelle che dispongono dei mezzi di prova, perciò è naturale che spetti in primo luogo ad esse fornire al giudice la dimostrazione delle proprie affermazioni di fatto»<sup>160</sup>. Ed è in questo

---

<sup>158</sup> CARNELUTTI, *Sociologia e letteratura sugli avvocati*, cit., 72. Proprio recentemente, sul problema «di uomini» che affligge la giustizia italiana, si vedano le caustiche (ma del tutto condivisibili) osservazioni di MONTELEONE, *A margine di una recente polemica sul ruolo del giudice nel processo civile: moralisti, moralizzatori e "neoliberisti"*, cit., 279, il quale rileva che oggi moltissime cause sono affidate a magistrati onorari, ossia «generalmente [...] modesti avvocati, che, non essendo capaci di sbarcare il lunario a mezzo della loro professione, accettano un umiliante sfruttamento che permette loro di percepire un piccolo peculio mensile senza alcuna futura prospettiva di carriera e senza copertura previdenziale».

<sup>159</sup> CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 15. Nella dottrina di allora, cfr., a titolo esemplificativo, MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, vol. II, V ed., Torino, 1902, 288 e RICCI, *Delle prove*, Torino, 1891, 32.

<sup>160</sup> LIEBMAN, *Storiografia giuridica "manipolata"*, cit., 108.

sensu che pare debba essere propriamente intesa «l'opinione, pressoché generale» secondo cui i poteri istruttori hanno solo funzione integrativa<sup>161</sup>.

In effetti, come è emerso dall'analisi dell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 421 c.p.c. e come facilmente emerge anche dalla casistica relativa agli altri poteri istruttori, tale funzione integrativa viene generalmente intesa (o forse sarebbe meglio dire fraintesa) nel senso di consentire l'utilizzo di tali poteri solo nel caso in cui un fatto secondario sia stato parzialmente provato, ma senza aver raggiunto ancora un risultato di piena certezza. Solo allora, quindi, il giudice potrebbe utilizzare i propri poteri. Viceversa, nei casi in cui manchi del tutto la prova del fatto secondario, il giudice non può sopperire a tale preclusione ricorrendo ai propri poteri istruttori.

In realtà, questa mal interpretata funzione integrativa dei poteri istruttori si è tradotta in una sostanziale disapplicazione degli stessi. Lo si ripeta, i poteri di istruzione secondaria sono utili se sopperiscono alle preclusioni e alle decadenze in cui sono incorse le parti. Configurare tali poteri come meramente integrativi di fatti secondari non solo già allegati, ma anche già provati (seppur solo parzialmente) significa svuotare gli stessi di qualsiasi utilità. Funzione integrativa, quindi, nel senso di non intervenire quando le parti hanno già provato, non nel senso, invece, di intervenire solo nei limiti delle prove dedotte dalle parti<sup>162</sup>.

Nell'ambito dell'istruzione secondaria, quindi, sembra certamente possibile ritenere che la previsione di poteri istruttori officiosi sia utile all'accertamento veritiero, a patto, però, di correggere l'erronea interpretazione restrittiva accolta dalla giurisprudenza (e anche da parte della dottrina). Per essere davvero utili i poteri istruttori officiosi non possono essere limitati ad integrare le prove già assunte, ma devono servire proprio (se non soprattutto) per colmare le lacune probatorie delle parti.

Prima di passare all'analisi dei poteri officiosi di istruzione primaria, è però indispensabile aggiungere alcune considerazioni. Sembra opportuno ricordare che, come detto, i poteri officiosi di istruzione secondaria sono utili, ma non sono necessari e neppure sufficienti ad assicurare un accertamento veritiero dei fatti. Non si deve cadere nell'errore, quindi, di ritenere che con il semplice rafforzamento dei poteri istruttori si possa risolvere il problema dell'accertamento

---

<sup>161</sup> CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., 187, secondo cui, più specificamente, i poteri istruttori servono solo per integrare le iniziative probatorie delle stesse parti, ossia le "più probatorie" già emergenti dagli atti (secondo la terminologia della Corte di Cassazione).

<sup>162</sup> Per una corretta interpretazione del carattere integrativo dei poteri istruttori del giudice cfr. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 468, il quale molto lucidamente afferma che «la funzione "attiva" del giudice in ordine all'acquisizione delle prove si configura chiaramente come integrativa e suppletiva rispetto all'attività probatoria delle parti, con la conseguenza che quanto queste esercitano compiutamente il loro diritto di dedurre tutte le prove disponibili e quindi forniscono al giudice elementi sufficienti per l'accertamento dei fatti – come spesso accade nella prassi – non vi è alcun bisogno che il giudice eserciti i suoi poteri».

del fatto. E qui, infatti, va considerato un problema che per troppo tempo è stato trascurato, ossia quello dell'effettività dei provvedimenti istruttori.

Come si è già esemplificato primo, è del tutto indifferente che l'ordine di esibizione possa essere richiesto dalla parte o disposto dal giudice se poi il destinatario dell'ordine può tranquillamente non ottemperare. Appare del tutto inutile, quindi, aumentare i poteri istruttori (anche quelli del giudice) se poi gli stessi sono del tutto inefficaci. E da questo punto di vista l'attuale disciplina è del tutto inadeguata. Come è stato segnalato chiaramente (ma mai concretamente ascoltato) in tema di ordine di esibizione, la conseguenza prevista nel codice vigente per la mancata ottemperanza della parte (ossia la possibilità di trarre dei meri argomenti di prova) rappresenta «una riduzione al minimo dei poteri coercitivi del giudice»<sup>163</sup>.

Il problema è comunque più generale e riguarda la complessiva strutturazione del sistema probatorio italiano. Al di là della concreta ripartizione delle iniziative probatorie, infatti, se le parti non hanno l'effettiva possibilità di acquisire nel processo gli elementi di prova di cui hanno bisogno, tale lacuna non può essere ovviata dal giudice con poteri ufficiosi, soprattutto se questi poteri scontano gli stessi limiti di effettività propri dei mezzi di prova richiesti dalle parti medesime<sup>164</sup>. E ciò con evidente lesione del diritto alla prova, il quale, al contrario, spinge «vero un alto grado di effettività, intesa come tendenziale acquisizione dei mezzi di prova necessari»<sup>165</sup>.

L'esigenza di effettività, come già accennato ma appare indispensabile ripeterlo, prescinde dalla specifica ripartizione delle iniziative istruttorie fra parti e giudice. Anche in questo caso sarebbe certamente refutabile (in quanto non idonea a garantire un effettivo accertamento dei fatti) l'estensione al giudice di poteri istruttori non accompagnati da un sufficiente livello di effettività, ma sarebbe refutabile *tout court* l'attribuzione (anche alle parti) di poteri istruttori privi di effettività. Il problema dei poteri istruttori del giudice, quindi, è senza dubbio rilevante ai fini di un accertamento veritiero dei fatti; non pare essere,

---

<sup>163</sup> DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 57, il quale sottolinea, inoltre, che «sembrano, in sostanza, riflettersi sulle scelte del legislatore del 1940 le incertezze di una elaborazione dottrinale sostanzialmente inadeguata ad impostare il problema nei termini dell'attribuzione al giudice di poteri finalizzati all'effettiva acquisizione al processo di tutte le prove necessarie».

<sup>164</sup> In senso sostanzialmente analogo, recentemente, HAACK, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, in ID., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, 2014, 35, la quale rileva che «the adversarial process will enable thorough evidential search and scrutiny only if, for example, the resources available to each side for seeking out and scrutinizing evidence are adequate and comparable».

<sup>165</sup> DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 280. Negli stessi termini, con specifico riferimento all'esibizione in stretta correlazione con il diritto alla prova, GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 16.

tuttavia, il più importante. Ogni questione relativa alla ripartizione delle iniziative istruttorie fra parti e giudice finisce per essere solamente teorica e sostanzialmente priva di rilievo pratico qualora non sia preventivamente garantita l'effettività dei mezzi di prova (*rectius* dei provvedimenti con cui tali mezzi vengono ammessi). E ciò in quanto, come giustamente è stato rilevato, la presenza o la «assenza di coercizione [e quindi di effettività dei provvedimenti istruttori, n.d.r.] appare indipendente dal carattere generalmente «inquisitorio» o «dispositivo» del modello di processo entro il quale sia disciplinata l'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile»<sup>166</sup>.

Con specifico riferimento all'istruzione secondaria, quindi, sembra certamente possibile concludere che se i poteri istruttori ufficiosi sono *utili* all'accertamento della verità, invece i poteri del giudice volti a garantire l'effettività dei propri provvedimenti sono certamente *necessari* a tal fine. Ovviamente non è questa la sede per analizzare le possibili soluzioni utilizzabili per raggiungere tale obiettivo. Sul punto è sufficiente rimandare a chi si è già ampiamente e dettagliatamente soffermato sul tema<sup>167</sup>.

## 2.5. Nuove tecnologie e poteri istruttori – Dalla disponibilità all'accessibilità delle prove

Sembra a questo punto opportuno ritornare al problema dei poteri istruttori, con specifico riferimento a quelli di istruzione primaria, ossia ai poteri che consentono alle parti e al giudice di ricercare fatti (prima ancora che prove) nella realtà extraprocessuale. E ciò, come si accennava già in precedenza, prima di tutto pone il problema della concreta ammissibilità di tali poteri nel processo civile. In altri termini, occorre chiedersi se il processo civile possa anche fungere da strumento di istruzione primaria; da questo punto di vista, è particolarmente evidente la differenza con il processo penale, in cui è pacifica la sussistenza di un «diritto delle parti di muovere, da opposte prospettive, alla ricerca delle fonti di prova»<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 288.

<sup>167</sup> Si veda, ancora una volta, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., passim, GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., passim e FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, passim.

<sup>168</sup> In questo senso, esplicitamente, FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in BESSONE, GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, 363, UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 60 ss. È proprio in attuazione di questo diritto che, con la l. 7 dicembre 2000, n. 397, sono state espressamente disciplinate nel codice di procedura penale le investigazioni difensive; in argomento, cfr., anche per gli opportuni riferimenti, DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi cercando": luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive (l. 7 dicembre 2000, n. 397)*, in *Leg. pen.*, 2002, 1 e DE CARO, *Per-*

Sembra possibile rilevare come la dottrina abbia prestato poca attenzione a questo tema e come, anche quando lo ha fatto, spesso non abbia distinto l'istruzione primaria da quella secondaria o non abbia avuto una specifica consapevolezza di tale distinzione<sup>169</sup>. Le posizioni espresse, infatti, sono poche e molto variegate. Alcuni hanno sostenuto *tout court* l'assenza di poteri di istruzione primaria nel processo civile<sup>170</sup>. Altri hanno ritenuto che sia possibile ma non opportuno dotare il giudice di tali poteri (come ad esempio il ricorso alla polizia giudiziaria)<sup>171</sup>. Altri ancora, infine, hanno sottolineato come l'attribuzione di simili poteri possa mettere in pericolo l'imparzialità del giudice<sup>172</sup>.

Prima di tutto, quindi, è necessario tentare di chiarire cosa si intende con istruzione primaria e chiedersi, conseguentemente, se la struttura del processo civile sia compatibile con tale forma di istruzione. Ci sia consentita una semplificazione, immaginando di porsi nella posizione dell'attore che deve iniziare la controversia. Quest'ultimo ha una certezza (i fatti costitutivi del diritto su cui fonda la domanda), conosce – per replicare la terminologia di Benvenuti – alcune «affermazioni di prova» (ossia conosce determinati fatti che ritiene provino i fatti costitutivi) e ha a disposizione alcune prove per dimostrare tali affermazioni (vale a dire dispone di alcuni mezzi di prova ma non sa se gli stessi saranno davvero in grado di dimostrare i fatti secondari allegati). In tutti questi casi l'attore si trova in una situazione di «incertezza», ma non di «ignoranza» o, se vogliamo utilizzare un termine più neutro, di «non conoscenza».

Tuttavia, può anche accadere che il medesimo attore non conosca altre «affermazioni di prova» (rispetto a quelle già a lui note) e, conseguentemente, non conosca neppure le prove per dimostrarle. In quest'ultimo caso vi è una vera e propria situazione di «ignoranza» o, appunto, di «non conoscenza». Nel primo

---

*corsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3192. In generale, sul tema, SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2008, vol. II, tomo I, 496 e BERNARDI, *Le indagini del difensore nel processo penale*, Milano, 1996, *passim*.

<sup>169</sup> La mancata attenzione per l'istruzione primaria nel processo civile si riscontra anche al di fuori della dottrina italiana; cfr. a titolo esemplificativo, FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012 (da cui sono tratte le citazioni), trad. it. di *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, 28 ss.

<sup>170</sup> BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 127ss., CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 38, nota 65, FABBRINI, *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 734 nonché, più recentemente, L.P. COMOGGIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 384, il quale ritiene che il giudice, per esercitare i propri poteri istruttori, non possa attingere fuori dal processo la conoscenza di fatti da accertare.

<sup>171</sup> VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, II, *Il diritto italiano vigente*, cit., 655.

<sup>172</sup> MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 202, il quale, tuttavia, ritiene che questi rischi possano essere accettati per certe fasi processuali (es. cautelari), in presenza poi di fasi di merito in cui i risultati raggiunti nelle precedenti fasi possono essere rivisitati e modificati.

caso l'attore sa quali fatti deve provare ma non sa se riuscirà a provarli (o perché non ha prove o perché le prove sono insufficienti), nel secondo caso, invece, egli non conosce alcuni fatti secondari e, quindi, non si pone neppure il problema di doverli provare. Volendo utilizzare una terminologia recentemente proposta per distinguere le decisioni in situazioni di incertezza, si può ritenere che l'attore si trovi, nel primo caso, in una situazione di «incertezza epistemica» e, nel secondo caso, in una situazione di «incertezza ontica»<sup>173</sup>.

L'istruzione primaria è finalizzata a colmare proprio quest'ultima situazione di incertezza. Essa, infatti, consiste nella ricerca nella realtà extraprocessuale non tanto (o meglio non solo) delle prove, quanto, soprattutto, delle affermazioni di prova, ossia delle informazioni relative a fatti secondari ancora ignoti. L'istruzione primaria, quindi, ha una funzione essenzialmente conoscitiva (consentire alle parti di venire a conoscenza di nuove affermazioni di prova, ossia di nuovi fatti secondari) e solo in un secondo tempo probatoria (una volta noto il fatto secondario sarà possibile cercare la prova che lo dimostri). Come icasticamente rilevato, «finding information is not the same as being able to introduce that information in court»<sup>174</sup>.

È questa una distinzione che appare più concettuale che pratica, visto che in tale tipo di ricerca la conoscenza dei fatti secondari avviene tendenzialmente nel momento stesso in cui si trova una prova che li dimostra. Nonostante questo, però, la distinzione è estremamente significativa e non può essere trascurata. Se l'istruzione secondaria serve essenzialmente ad assumere prove per dimostrare la verità di conoscenze (ossia di affermazioni di prova) già acquisite prima e al di fuori del processo, l'istruzione primaria serve prima di tutto per acquisire nuove conoscenze, ossia a trovare nuove e diverse affermazioni di prova.

Una volta chiarito ciò, il primo problema consiste nel verificare se l'istruzione primaria sia compatibile con il processo civile, ossia se il processo possa servire (anche) come strumento di ricerca nella realtà extraprocessuale dei fatti rilevanti per la decisione della controversia. A prima vista, a tale problema si dovrebbe rispondere negativamente. In proposito, si può ricordare la copiosa giurisprudenza

---

<sup>173</sup> Su questa terminologia, anche per ulteriori riferimenti, si rimanda a VIALE, *La decisione nel regno dell'incertezza*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 235. Più specificamente, si possono configurare tre situazioni di incertezza, quella *aleatoria* in cui vi è incertezza sull'esito ma si conoscono i meccanismi (quantomeno probabilistici) di verifica dell'evento, quella *epistemica* in cui vi è incertezza sull'esito e sulle probabilità che si verifichi (ma si è consapevoli che tale situazione di incertezza può essere ridotta attraverso un'attività informativa) e quella *ontica* in cui vi è incertezza non solo sull'esito e sulle probabilità che si verifichi, ma anche sulle condizioni in presenza delle quali si verifica l'evento. Questa tripartizione terminologica, ormai ampiamente in uso in ambito economico, trova la propria origine nella distinzione fra rischio e incertezza così come formulata dal noto economista statunitense Frank Knight all'inizio del ventesimo secolo, cfr. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*, Boston-New York, 1921, 197 ss.

<sup>174</sup> BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, cit., 1157.

che nega l'ammissibilità a istanze istruttorie definite «esplorative»<sup>175</sup>. Tali istanze altro non sono altro che richieste di istruzione primaria, finalizzate non tanto a «ricercare elementi, fatti o circostanze non provati»<sup>176</sup>, quanto soprattutto a reperire nuove allegazioni di fatto e conseguentemente nuove prove<sup>177</sup>.

Del resto, la complessiva impostazione del processo sembra dare per scontato che l'unica istruzione ammissibile sia esclusivamente quella secondaria. Ad esempio, l'ordine di esibizione richiede che la parte conosca già, al momento dell'istanza, il documento di cui chiede l'esibizione (implicitamente presupponendo che la parte sia in grado di formulare prima dell'istanza la relativa affermazione di prova)<sup>178</sup>. Come emblematicamente rilevato dalla Corte di Cassazione, tale mezzo istruttorio «presuppone un fatto specifico da provare e non già l'ipotetica o generica esistenza di questo, da acclarare o identificare mediante il documento

---

<sup>175</sup> La contrapposizione fra istanze istruttorie esplorative (inammissibili) e istanze istruttorie non esplorative (invece ammissibili) è reiteratamente (e in gran parte tralattivamente) affermata dalla giurisprudenza; a titolo esemplificativo, cfr. Cass. civ. (ord.), sez. VI, 21 febbraio 2017, n. 4504, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Fallimento*, n. 208, Cass. civ., sez. lav., 25 ottobre 2013, n. 24188, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 174, Cass. civ., sez. II, 20 giugno 2011, n. 13533, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Esibizione delle prove*, n. 2, Cass. civ., sez. lav., 8 marzo 2011, n. 5448, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 88, Cass. civ., sez. I, 13 settembre 2006, n. 19661, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Fallimento*, n. 465, Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 321, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Consulente tecnico*, n. 10. In generale, sul tema cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3ed., Torino, 2010, 839 ss. e ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, 203 ss.

<sup>176</sup> Cass. civ. (ord.), sez. VI, 8 febbraio 2011, n. 3130, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Consulente tecnico*, n. 18; nel medesimo senso, cfr. Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2006, n. 3191, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Consulente tecnico*, n. 10, Cass. civ., sez. III, 6 aprile 2005, n. 7097, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Consulente tecnico*, n. 10, Cass. civ., sez. III, 6 giugno 2003, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Consulente tecnico*, n. 12, Cass. civ., sez. lav., 16 marzo 1996, n. 2205, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Consulente tecnico*, n. 7 e Cass. civ., 9 novembre 1981, n. 5914, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Consulente tecnico*, n. 14.

<sup>177</sup> Così, ad esempio, viene definita l'istanza istruttoria esplorativa in Cass. civ., sez. I, 13 novembre 2015, n. 23290, in *Foro it.*, 2016, I, 2893 (secondo cui è appunto esplorativa «l'istanza rivolta a supplire le deficienze allegative ed istruttorie di parte, così da aggirare il regime dell'onere della prova sul piano sostanziale o i tempi di formulazione delle richieste istruttorie sul piano processuale»). È significativo notare che, nonostante il costante riferimento al carattere esplorativo delle istanze istruttorie come parametro nella valutazione di ammissibilità, la giurisprudenza solo in pochissimi casi ha cercato di definire tale concetto (come nella pronuncia appena citata), limitandosi talvolta (come nei casi menzionati nella nota precedente) a tralattive affermazioni di principio circa il divieto di ricercare fatti non provati.

<sup>178</sup> Emblematicamente, in questo senso, Cass. civ., sez. I, 8 settembre 1999, n. 9514, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Esibizione delle prove*, n. 3 (secondo cui «l'istanza di esibizione di un documento deve contenere la specifica indicazione del documento medesimo, al fine, di consentire al giudice di valutare la pertinenza del documento e la sua idoneità a provare determinati fatti»). In senso analogo, più recentemente, Cass. civ., sez. lav., 2 settembre 2003, n. 12789, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Esibizione delle prove*, n. 14 (che ha ritenuto «esplorativo» l'ordine di esibizione quando «l'elenco della documentazione richiesta prodotto dalla parte, [sia] del tutto generico e informale»).

richiesto»<sup>179</sup> e, conseguentemente, la parte istante deve avere «tempestivamente e con sufficiente analiticità allegato i fatti specifici da provare»<sup>180</sup>.

Analogamente deve dirsi per la prova testimoniale, in cui l'escussione dei testi verte esclusivamente sulle affermazioni di prova predisposte preventivamente dai difensori, ossia gli «articoli separati» di cui all'art. 244 c.p.c., come confermato dalla complessiva disciplina di tale mezzo di prova<sup>181</sup>. Emblematico, a questo riguardo, è l'art. 281-ter c.p.c., il quale consente l'utilizzo dei poteri istruttori esclusivamente nei limiti della «esposizione dei fatti» compiuta dalle parti<sup>182</sup>. In questo senso va inteso pure il sequestro di prove, anch'esso subordinato a un'istanza circostanziata e precisa, ossia un'istanza che presuppone una specifica «affermazione di prova»<sup>183</sup>.

In altri termini, la struttura complessiva del processo civile sembra presupporre che le parti inizino il processo avendo già ultimata la propria istruzione primaria, ossia avendo (o quantomeno dovendo avere) piena consapevolezza di tutte le «affermazioni di prove» fondanti il *thema probandum* della controversia. Tale valutazione non pare smentita neppure dalla possibilità di precisare le proprie allegazioni nel corso della controversia o dalla possibilità per il giudice di rilevare fatti secondari comunque emergenti dagli atti. Qui la differenza è solo cronologica, riguardando il momento (successivo agli atti introduttivi) in cui le

---

<sup>179</sup> Cass. civ., sez. III, 16 maggio 1997, n. 4363, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Esibizione delle prove*, n. 2. Cfr. anche Cass. civ., sez. I, 8 settembre 1999, n. 9514, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Esibizione delle prove*, n. 3, nonché già Cass. civ., 12 febbraio 1982, n. 877, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Esibizione delle prove*, n. 8, secondo cui la disciplina prevista dall'art. 94 disp. att. c.p.c. «è espressione di un principio generale in base al quale nessuna indagine istruttoria, anche inquisitoria, può essere ammessa ove non siano forniti elementi apprezzabili, anche indiziari, della sua pertinenza e della concreta possibilità della stessa di pervenire a risultati utili per il processo».

<sup>180</sup> Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2012, n. 9522, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Libri e scritture contabili*, n. 4.

<sup>181</sup> Si pensi, ad esempio, agli artt. 253, 254 e 257 c.p.c. Nel primo caso, il giudice può chiedere chiarimenti ai testimoni esclusivamente sui «fatti medesimi» già dedotti, ossia sulle medesime affermazioni di prova. Nel secondo caso, il confronto fra testimoni può essere disposto esclusivamente sulle discordanze emerse nella risposta ai fatti già capitolati. Nell'ultimo caso, infine, la possibilità di assunzione di nuovi testimoni non discende dalla conoscenza di fatti secondari nuovi, ma semplicemente dalla sopravvenuta conoscenza della circostanza che sui fatti già allegati e dedotti vi sono altre persone in grado di rispondere.

<sup>182</sup> Per quanto il giudice, infatti, possa formulare autonomamente i capitoli di prova, questi dovranno comunque concernere le (e, quindi, limitarsi alle) allegazioni di fatto delle parti. In questo senso, fra le pochissime pronunce emesse al riguardo, cfr. Trib. Piacenza, 27 giugno 2013, in *Foro pad.*, 2014, I, 67, Trib. Napoli, 30 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 3464, con nota di FABIANI e Trib. Chiavari, 6 marzo 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 922.

<sup>183</sup> Per quanto si ritenga che l'istanza sia svincolata dagli stringenti requisiti previsti per l'ordine di esibizione (Trib. Napoli, 22 dicembre 2008, in *Dir. e giur.*, 2011, 270 e Trib. Verona, 28 agosto 2006, in *Giur. it.*, 2008, 708, con nota di BESSO), la richiesta di sequestro giudiziario di prove è comunque inammissibile se «indeterminata» e «dettata da fini meramente esplorativi» (Pret. Roma, 28 febbraio 1995, in *Not. giur. lav.*, 1995, 473).

allegazioni entrano nel processo; si tratta, comunque, di allegazioni di fatti conosciuti prima del processo o comunque la cui conoscenza non discende da alcuna specifica attività di ricerca processuale.

Un'analisi più attenta dell'elaborazione giurisprudenziale, tuttavia, sembra incrinare, almeno parzialmente, questa rigorosa impostazione. In proposito, sembra anzitutto possibile ricordare l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che consente al giudice di rilevare *ex officio* non solo i fatti secondari risultanti dagli atti di parte o dai documenti prodotti, ma anche i fatti secondari comunque emergenti dall'istruttoria del processo<sup>184</sup>. Se nel primo caso potrebbe comunque parlarsi di una sorta di allegazione implicita dei fatti secondari ad opera della parte, nel secondo caso questo *escamotage* non pare sostenibile. Si tratta, a tutti gli effetti, di nuove conoscenze, mai allegate, rilevate *ex officio* una volta che le stesse risultano non solo provate ma soprattutto «conosciute» attraverso le prove.

Il rilievo officioso dei fatti secondari emergenti dagli atti di causa non è l'unico – e certamente non il più importante – caso di istruzione primaria consentito nel nostro processo civile. Il riferimento è, inevitabilmente, alla consulenza tecnica. Come giustamente è stato osservato, «il consulente tecnico d'ufficio svolge in realtà un ruolo, che spesso richiama alla memoria attività d'indagine proprie della fase delle indagini preliminari nel processo penale: è insomma lo strumento con il quale il giudice riesce a superare il diaframma tra gli atti di causa e la realtà materiale, che di regola egli può conoscere solo in virtù della mediazione delle parti»<sup>185</sup>.

Tale affermazione, tuttavia, necessita di alcune precisazioni. In primo luogo, non è tanto il consulente (o la consulenza in sé) a rappresentare una forma di istruzione primaria. Lo è, invece, l'ispezione, per prassi quasi sempre delegata al consulente. In effetti, si tende a sottovalutare (o comunque a dare per scontato) il fatto che al consulente tecnico, oltre al quesito valutativo, viene affidato anche il compito di ispezionare i luoghi o le cose oggetto di controversia. Anche chi è poco avvezzo di aule giudiziarie può facilmente rendersi conto che gli avvocati non chiedono praticamente mai l'ispezione e il giudice, a sua volta, non la dispone espressamente. Del resto basta consultare anche solo sommariamente una qualsiasi banca dati giurisprudenziale per riscontrare lo scarsissimo numero di precedenti in tema di ispezione (molti dei quali, oltre tutto, si riferiscono all'ordine di esibizione i cui requisiti di ammissibilità sono mutuati proprio dall'ispezione).

---

<sup>184</sup> Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2013, n. 17257, in *Contratti*, 2014, 15, con nota di PAGLIANTINI, Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2275 e Cass. civ. [ord.], sez. III, 11 ottobre 2006, n. 21727, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Competenza civile", n. 128.

<sup>185</sup> DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., 121.

Tale mancanza, tuttavia, non denota certo una scarsa utilizzazione di tale mezzo istruttorio. Al contrario, come può facilmente riscontrarsi nella ordinaria prassi giudiziaria, l'ispezione è uno dei mezzi istruttori più utilizzati. Ciò, tuttavia, avviene in modo sostanzialmente indiretto: le parti sollecitano sempre l'ammissione di consulenza tecnica (ma implicitamente chiedono anche l'ispezione dei luoghi) e il giudice dispone la consulenza (ma anch'egli implicitamente abbina ad essa l'ispezione dei luoghi). Si può ritenere che proprio grazie alla prassi di delegare lo svolgimento dell'ispezione la consulenza tecnica si trasformi in mezzo di istruzione primaria.

In realtà, si ritiene generalmente che l'ispezione, al pari degli altri mezzi di prova, non abbia finalità esplorative, configurandosi anch'essa come mezzo di istruzione secondaria<sup>186</sup>. Del resto, questa limitazione sembra discendere dalla stessa origine di tale mezzo di prova; come è stato fatto acutamente notare, vi è un «nesso tra ispezione e notorietà, tale da far apparire la prima, non tanto come un mezzo per procurare al giudice la conoscenza di fatti controversi e controvertibili, quanto piuttosto come un mezzo di verifica di circostanze notorie, come tali conosciute o conoscibili dal giudice indipendentemente dall'iniziativa delle parti». L'ispezione quindi, avrebbe esclusivamente la «funzione di acquisire formalmente al processo e alla conoscenza del giudice, anche per sua propria iniziativa, quelle circostanze durevolmente e tangibilmente esistenti nella realtà extraprocessuale»<sup>187</sup>.

Un'analisi più attenta della casistica giurisprudenziale, tuttavia, soprattutto relativamente alla c.d. consulenza (*rectius*, ispezione) percipiente, sembra smentire, almeno parzialmente, questa ricostruzione. Del resto, una parte della dottrina tedesca aveva già correttamente evidenziato che l'ispezione e anche la perizia non sono tanto mezzi di prova quanto piuttosto mezzi di conoscenza<sup>188</sup>.

Come detto, l'esempio più evidente di questo fenomeno si rinviene nella c.d. consulenza tecnica «percipiente»; generalmente si riconosce che in tal caso la consulenza diventi un vero e proprio mezzo di prova. In particolare, secondo l'orientamento ormai costante della Corte di Cassazione, quando «le conoscenze

---

<sup>186</sup> Esclude finalità esplorative, ad esempio, CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 149.

<sup>187</sup> CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 202.

<sup>188</sup> Si veda, per gli opportuni riferimenti, CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 212. In generale, sul tema della consulenza tecnica e sulla sua collocazione sistematica nel diritto delle prove si rimanda alla compiuta analisi di ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., passim, spec. 203 ss., nonché ID., *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile - Brevi rilievi critici*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 907 ss. Si rimanda anche a L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 839 ss., spec. 883 ss.. Cfr., inoltre, GIORGETTI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Corti fior.*, 2016, 3 ss.

tecniche specialistiche» sono «necessarie non solo alla comprensione dei fatti, ma alla loro stessa rilevabilità», allora «la consulenza tecnica presenta carattere “percipiente”, sicché il giudice può affidare al consulente non solo l’incarico di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi pertanto la consulenza, in relazione a tale aspetto, come fonte oggettiva di prova»<sup>189</sup>.

Questa descrizione rispecchia bene la *ratio* e la modalità del fenomeno, ma non ne chiarisce l’effettiva portata. In effetti, l’accertamento dei fatti è ottenuto (non tanto mediante la consulenza, quanto) essenzialmente attraverso l’ispezione, intrinsecamente collegata all’utilizzo di specifiche conoscenze tecniche specialistiche. In altri termini, il ricorso alle conoscenze esperte diventa il modo per trasformare la finalità dell’ispezione da mezzo di istruzione secondaria a mezzo di istruzione primaria. Ad esempio, l’estrazione del campione genetico per ricavare il DNA è di fatto un mezzo di istruzione primaria, mentre invece è un mezzo di istruzione secondaria il confronto fra due differenti campioni di DNA<sup>190</sup>. Tale tendenza appare se possibile accentuata qualora la consulenza tecnica e la correlativa ispezione vengano disposte in via anticipata rispetto alla controversia, ossia addirittura prima che le parti abbiano formulato le proprie allegazioni fattuali<sup>191</sup>.

In considerazione di quanto appena detto sembra possibile escludere un’incompatibilità assoluta fra istruzione primaria e processo civile. In effetti, stan-

---

<sup>189</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4792, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce “Consulente tecnico”, n. 10.

<sup>190</sup> In tema, si rimanda a DONDI, *Conoscenze esperte nel processo civile. Un sintetico (ma forse utile) raffronto con l’ordinamento statunitense*, in Corti fiorentine, 2016, 15, ID., *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come expert witness testimony nell’ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1133, TARUFFO, *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, 2016, 335, ID., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 230 ss., L.P. COMOGLIO, *L’utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Milano, 2007, 1325 ss. e ANSANELLI, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Brevi rilievi critici*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 907, ID., *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., *passim*.

<sup>191</sup> Sull’accertamento tecnico preventivo e sulle relative recenti riforme, cfr. ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi art. 696 e 696 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1245 ss. Sul problema del rapporto fra accertamento tecnico preventivo e allegazioni nel successivo giudizio di merito, soprattutto con riferimento ai casi di atp obbligatorio, si veda ancora ANSANELLI, *Struttura e funzione della consulenza tecnica preventiva in materia di medico-sanitaria*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 191 ss., nonché A.A. ROMANO, *In tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite e arbitrato*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 1121 e CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il «tentativo obbligatorio di conciliazione» nelle forme di cui all’art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. giur.*, 2017, 762. In generale, sugli accertamenti probatori anteriori all’instaurazione della controversia, si veda A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, *passim* e BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, *passim*.

do a quanto appena detto, si potrebbe ritenere che le ipotesi di istruzione primaria si configurino come sostanzialmente eccezionali, non essendo neppure espressamente disciplinate dal legislatore. Occorre però chiedersi, anche, e forse soprattutto, alla luce delle nuove tecnologie ora disponibili, se, invece, il processo civile *possa* o addirittura *debba* essere uno strumento di istruzione primaria.

A questo proposito, occorre chiedersi quali siano le ragioni che tradizionalmente portano ad escludere l'istruzione primaria dal processo civile. In realtà, come già detto, sembra possibile rilevare come la sostanziale mancanza di una precisa consapevolezza della distinzione fra istruzione primaria e istruzione secondaria abbia di fatto impedito alla dottrina di affrontare in modo specifico questa questione. L'unico autore che se ne è occupato in modo sistematico, oltre tutto con specifico riferimento al processo amministrativo, ossia Benvenuti, sostanzialmente ritiene che l'attribuzione di poteri di istruzione primaria sia incompatibile con il processo civile<sup>192</sup>.

Il punto, tuttavia, merita qualche ulteriore riflessione. In primo luogo, sembra opportuno distinguere la questione relativa alla configurabilità di poteri di istruzione primaria dallo specifico problema relativo all'attribuzione di tali poteri al giudice. Escludere l'attribuzione al giudice di poteri di istruzione primaria non implica automaticamente che anche le parti non possano essere dotate di simili poteri.

Nonostante la scarsa elaborazione dottrinale sul punto, sembra possibile ipotizzare che la ragione sottesa alla tradizionale esclusione di poteri di istruzione primaria, anche se attribuiti alle sole parti, sia rinvenibile nell'intrinseca separazione che distingue il processo dalla realtà. A differenza delle altre attività umane di indagine, la raccolta e la ricerca di prove nel processo viene concepita come nettamente distinta dalla realtà, non solo «in una dimensione spaziale e temporale separata da quella della "vita reale"» ma anche sottoposta a «regole di comportamento e a gerarchie di valori diverse»<sup>193</sup>.

Invero, al di là della specialità o meno del procedimento di accertamento giudiziale del fatto rispetto ad altre forme di accertamento, si può certamente convenire che la «separazione» dal mondo reale sia una caratteristica distintiva del processo. E si può dire che proprio in conseguenza di tale separazione si pone il problema delle iniziative probatorie. Lo stesso Carnacini, del resto, ne era pienamente consapevole; egli, non a caso, ha chiaramente rilevato che il processo «a differenza ad es. dai processi naturali e da quelli meccanici ed in conformità ad ogni altro procedimento predisposto per ottenere effetti giuridici, si svolge

---

<sup>192</sup> BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 127 ss., spec. 131 s.

<sup>193</sup> CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 862; cfr. anche CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985, 312. In una prospettiva di *Law and Literature*, cfr. CAVALLONE, *La borsa di Miss Filte*, cit., 43.

nel mondo del diritto e quindi prende corpo soltanto attraverso l'attività umana che sia conforme alle *regolae iuris*<sup>194</sup>.

Proprio in quanto «separato» e, quindi, per così dire «vuoto» rispetto alla realtà, il processo ha necessità di essere riempito; tuttavia, riempire questo vuoto è un'attività che richiede tempo e denaro. L'istruzione primaria (ma anche quella secondaria) non è «a costo zero»; proprio per questo sorge la necessità di ripartire tale attività fra le parti e fra le parti e il giudice, ossia di stabilire chi debba farsene carico. Non pare casuale, ad esempio, che alcune delle argomentazioni più ricorrentemente utilizzate per limitare l'ambito di applicazione dell'esibizione e dell'ispezione facciano proprio riferimento al problema dei costi. Andrioli, ad esempio, esclude la possibilità per il giudice di disporre d'ufficio l'ispezione di documenti pubblicamente accessibili essenzialmente per tale ragione<sup>195</sup>. Anche chi non fa espresso riferimento al problema dei costi, limita ugualmente l'utilizzabilità dell'ispezione e dell'esibizione nei confronti dei documenti pubblicamente accessibili invocando il «principio di autoresponsabilità delle parti, al di là dei confini "naturali" del principio dispositivo»<sup>196</sup>.

In definitiva, l'attività di istruzione, in quanto comunque dispendiosa (in un senso più generico, non limitato ai soli costi materiali, ma comprensivo appunto anche dei costi in termini di tempo e di studio), deve essere posta a carico delle parti, anche a prescindere da ogni considerazione sul principio di disponibilità della prova. A maggior ragione ciò vale per l'istruzione primaria, senza dubbio quella più dispendiosa e complessa, essendo appunto intrinsecamente esplorativa. Proprio sotto questo punto di vista, però, la moderna evoluzione tecnologica può modificare significativamente questa prospettiva. Questo fenomeno non sembra neppure così recente; già a partire dall'Ottocento, la diffusione dei mezzi di comunicazione di massa ha avuto significative ripercussioni sul processo e sulla sua separatezza dal mondo reale. Prima di tutto, i mezzi di comunicazione di massa hanno avuto il duplice effetto di consentire alla gente di venire a conoscenza dei processi (specialmente di quelli di maggiore interesse per la collettività) e di esprimere il proprio parere al riguardo, in tal modo, esercitando una forma di pressione esterna sul suo svolgimento. Questo fenomeno è stato ampiamente studiato, soprattutto in ambito penalistico, visto che, notoriamente, sono proprio quelle le controversie più sentite dall'opinione pubblica<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 697.

<sup>195</sup> ANDRIOLI, *Dei poteri del giudice*, in ID., *Commentario al codice di procedura civile*, II ed., vol. I, *Disposizioni generali*, Napoli, 1943, 344.

<sup>196</sup> CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 229.

<sup>197</sup> CIANFEROTTI, *Logica del processo, logica del giudizio ed opinione pubblica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1427. Si legga anche RESTA, *I nuovi oracoli della giustizia: processi mediatici e laicità del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 129 ss. Più in generale, con specifico riferimento al

Anche la più avvertita dottrina processualcivilistica della prima metà del Novecento, comunque, aveva chiaramente percepito il rischio di rottura della separatezza fra processo e mondo reale. Carnelutti, ad esempio, sottolineava che «il pubblico, il quale in quanto parteggia, nove volte su dieci, finisce, a differenza da quello del teatro, per diventare un attore anche lui»<sup>198</sup>. Ancora più chiaramente Satta sottolineava che il pubblico «come parte preme contro la sottile barriera di legno che lo divide dal giudice: se riesce a superarla materialmente, sarà il linciaggio; se riesce a superarla spiritualmente, sarà la parte che giudicherà e non il giudice, cioè non si avrà giudizio»<sup>199</sup>.

Adesso, però, la situazione si è ulteriormente evoluta. Se prima, per così dire, era la realtà a voler entrare nel processo, ora, invece, sembra essere il processo a volersi mescolare con il mondo. E ciò in un duplice senso. Da un lato la totale accessibilità di molte informazioni rende sempre più difficile per i soggetti del processo (e soprattutto per il giudice) resistere alla tentazione di ... controllare qualcosa su *Google*. Prima dell'avvento delle tecnologie informatiche e, soprattutto, di *Internet*, era difficile pensare di poter accedere a informazioni relative alla causa al di fuori degli atti del processo e ciò inevitabilmente disincentivava ogni possibile istinto di curiosità. Di fatto poteva succedere – ma si trattava sostanzialmente di un caso di scuola – unicamente quando il giudice avesse assistito personalmente al fatto. Ora, invece, bastano pochi *click* per poter avere accesso via *Internet* a informazioni rilevanti per la controversia e ciò rende molto più facile cedere alla tentazione della curiosità<sup>200</sup>.

Ma non sembra essere solo una questione di accessibilità delle informazioni. La separatezza del processo dal mondo reale si sta progressivamente attenuando (se non scomparendo del tutto) anche in un altro senso. Come si dirà meglio in seguito, si sta assistendo a una progressiva «datizzazione» della realtà, nel senso che ormai quasi ogni fenomeno umano o naturale viene trasformato «in forma quantitativa, in modo da poterlo tabulare e analizzare»<sup>201</sup>.

---

processo penale, cfr. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989 e GROSSO, *Segretezza e informazione nel nuovo processo penale*, in *Pol. dir.*, 1990, 77. Nella dottrina nordamericana, certamente una delle più attente ai rapporti fra *trial* e *media*, si rinvia a PHILLIPSON, *Trial by Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose*, in *31 Law & Cont. Prob's*, 2008, 15 ss.

<sup>198</sup> CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 110.

<sup>199</sup> SATTA, *Il mistero del processo*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 16.

<sup>200</sup> Questo problema è particolarmente avvertito negli Stati Uniti, soprattutto con riferimento alla giuria (HOFFMEISTER, *Google, Gadgets, and Guilt: Juror Misconduct in the Digital Age*, in *83 U. Colo. L. Rev.*, 2012, 409, MYERS MORRISON, *Jury 2.0*, in *62 Hastings L.J.*, 2011, 1579), ma non irrilevante neppure nel caso di giudici togati (THORNBURG, *The Curious Appellate Judge: Ethical Limits on Independent Research*, in *28 Rev. Litig.*, 2008, 131). Su questo problema, si tornerà più specificamente nel primo paragrafo del quinto capitolo.

<sup>201</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013 (da cui sono tratte le citazioni), trad. it. di Big

Lo stesso processo, non a caso, è ormai telematico e, quindi, «datizzato». E questo fenomeno riguarda ormai moltissimi fatti, eventi, cose e persino persone. Si pensi ai rilevatori satellitari sulle automobili, ai geolocalizzatori dei cellulari e alle, meno famose ma ormai diffusissime, etichette RFID (*Radio-Frequency Identification*), vale a dire le etichette elettroniche che, grazie a una specifica tecnologia, consentono l'identificazione e la memorizzazione automatica dei dati della persona, della cosa o dell'animale a cui l'etichetta è collegata<sup>202</sup>. Solo per fare un esempio banale, ma che consente di capire la vastissima (e spesso inconsapevole) diffusione di questo fenomeno, gli attuali passaporti elettronici utilizzano questo tipo di tecnologie. Ma si pensi anche al settore della logistica; ogni spedizione è tracciata proprio mediante il ricorso a etichette elettroniche, così da consentire di conoscere in tempo reale il luogo in si trova il singolo collo di merce. Come è stato giustamente rilevato, «una delle informazioni più essenziali del mondo è appunto il mondo stesso. Ma per gran parte della storia, l'ambito spaziale non è mai stato quantificato o utilizzato in forma di dati»; ora, però, non è più così<sup>203</sup>.

Ovviamente queste nuove tecnologie pongono innanzi tutto un problema di *privacy*; ma non è certo di questo che vogliamo occuparci<sup>204</sup>. Tali tecnologie riducono fortemente il distacco tra il mondo del processo (informatico o datizzato) e il mondo reale (anch'esso digitalizzato o datizzato). Non si tratta più di due mondi separati, ma di due mondi sostanzialmente omogenei e potenzialmente fra loro comunicanti. Del resto è ormai estremamente diffusa (al di fuori della letteratura giuridica<sup>205</sup>) l'evocativa definizione di «Internet delle cose» (*IoT*, *In-*

---

*Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, New York, 2013, 109. Cfr. anche BEER, *Power through the algorithm? Participatory web cultures and the technological unconscious*, in *New Media & Society*, 2009, 989.

<sup>202</sup> Cfr. FLORIDI, *The 4th Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, 45. Si vedano anche BEER, *Power through the algorithm? Participatory web cultures and the technological unconscious*, cit., 989 e PARISER, *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012, trad. it. di *The Filter Bubble*, 2011, 159 s.

<sup>203</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, cit., 120.

<sup>204</sup> In argomento, con particolare riferimento ai problemi connessi anche alla prossima entrata in vigore del Regolamento UE n. 679/2016 sulla protezione dei dati personali, si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a BERLINGÒ, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, *passim* e RESTA, ZENO ZENCOVICH, *La protezione transnazionale dei dati personali dai «safe harbour principles» al «privacy shield»*, Roma, 2016, *passim* e G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 1. Per una recentissima analisi dei rapporti fra prova e tutela della riservatezza dei dati personali, cfr. PASSANANTE, *Prova e privacy nell'era di Internet e dei social network*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, in corso di stampa (testo consultato grazie alla cortesia dell'Autore).

<sup>205</sup> Ad oggi si contano pochissimi contributi sul tema e quei pochi si concentrano (seppure

*ternet of Things*, secondo l'acronimo e la denominazione inglesi)<sup>206</sup>.

L'affermazione potrebbe apparire apocalittica (anche se è molto più reale di quanto si possa pensare); tuttavia, sembra più che mai realistico ritenere che «non vedremo più il mondo come una successione di eventi che consideriamo fenomeni naturali o sociali, ma come un universo composto essenzialmente da informazioni»<sup>207</sup>.

Ad esempio sembra possibile ritenere che la drastica riduzione dei costi di registrazione e di assimilazione delle informazioni ridurrà esponenzialmente anche i tempi e i costi della loro acquisizione nel processo. Del resto, gli effetti di questi cambiamenti riguardano quasi tutte le attività umane. Ad esempio, alcuni economisti hanno addirittura ipotizzato che questa datizzazione diffusa possa ridurre in modo significativo il costo marginale di ogni prodotto, modificando sensibilmente gli equilibri economici e la stessa struttura del mercato<sup>208</sup>.

Al di là dei possibili scenari futuri, più concretamente, l'aumento esponenziale del numero delle informazioni digitalizzate e l'altrettanto esponenziale riduzione dei costi di accessibilità alle stesse appaiono in grado di modificare sensibilmente l'approccio anche all'accertamento del fatto nel processo. Ad esempio, un primo mutamento potrebbe concernere i c.d. documenti pubblicamente accessibili, ossia i documenti conservati in banche dati o registri consultabili da chiunque senza necessità di specifica autorizzazione<sup>209</sup>.

Fino ad ora, si è sempre ritenuto che tali documenti, pur liberamente accessibili, si differenzino dai fatti notori e dai luoghi pubblici proprio per il fatto di richiedere un'iniziativa istruttoria di parte. Come autorevolmente rilevato in dottrina a questo riguardo, infatti, «in concreto è pur ragionevole distinguere tra

spesso incidentalmente rispetto ad altri temi) sul problema della *privacy*. Fra i pochissimi contributi cfr. PAGANINI, *Verso l'Internet delle cose*, in *Dir. ind.*, 2015, 17. Ovviamente la situazione è diversa (anche se non molto), per quanto riguarda la letteratura giuridica straniera.

<sup>206</sup> RIFKIN, *La società a costo marginale zero. L'Internet delle cose, l'ascesa del «commons» collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, trad. it. di *The Rise of the Internet of Things and the Race to a Zero Marginal Cost Society*, New York, 2014, *passim*. Si veda anche BEER, *Power through the algorithm? Participatory web cultures and the technological unconscious*, cit., 989. Nella dottrina giuridica, si rimanda a BENEDETTI, *IA e (in)sicurezza informatica*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, Torino, 2018, 239 ss., G. OLIVIERI, FALCE (a cura di), *Smart Cities e diritto dell'innovazione*, Milano, 2016, *passim* e, con particolare riferimento ai risvolti dell'*Internet of Things* in materia di proprietà industriale, intellettuale e *antitrust*, OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, Torino, 2017, *passim*, nonché spec. 157 e 318.

<sup>207</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, cit., 133.

<sup>208</sup> RIFKIN, *La società a costo marginale zero. L'Internet delle cose, l'ascesa del «commons» collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, cit., *passim*.

<sup>209</sup> In questo senso è emblematica l'evoluzione della *judicial notice* statunitense, GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, in 46 *Cumb. L. Rev.*, 2015, 233 ss.

ciò che effettivamente è conoscibile da un numero indeterminato di soggetti, com'è appunto il caso, tendenzialmente, dei luoghi, delle cose immobili e della generalità di quelle mobili, delle persone; e ciò che è invece accessibile alla conoscenza soltanto di pochi e determinati soggetti, rimanendo materialmente sottratto ad ogni ulteriore possibilità di diffusione, com'è il caso, sempre tendenzialmente, dei documenti "privati" nel senso sopra specificato»<sup>210</sup>.

La ragionevolezza di questa distinzione, però, sembra essere messa fortemente in crisi dalle attuali tecnologie. Si pensi, banalmente, alla facilità, in termini di tempi e di costi, con cui è possibile ottenere una visura catastale o camerale. Analogamente, non sembra più possibile sostenere che i documenti pubblici siano accessibili in modo diverso rispetto ai luoghi e agli immobili. Anzi, si può dire che ormai anche i luoghi e gli immobili sono conoscibili tramite le nuove tecnologie, come *Google Maps* o *Google Street View*. Pertanto, se prima poteva «urtare contro il senso comune» ammettere l'ispezione su documenti pubblicamente accessibili, adesso sembra vero esattamente il contrario<sup>211</sup>.

Del resto, l'esigenza di consentire l'ispezione, per giunta *ex officio*, è sorta proprio per rendere accettabile alla collettività l'esito dell'accertamento giudiziale dei fatti nel processo, non essendo accettabile che il giudice ignorasse luoghi «esposti alla luce del sole e come tali suscettibili di conoscenza generalizzata»<sup>212</sup>. Ora non si tratta più di luoghi esposti alla luce del sole, ma di informazioni disponibili a chiunque e in tutto il mondo, per così dire alla luce di *Internet*. Oggi come allora, però, non sembra più accettabile che il processo possa ignorare le informazioni pubblicamente accessibili sulla rete.

Sembra ragionevole, quindi, ritenere che questa esigenza prima o poi troverà specifico riscontro nella disciplina processuale. Al di là di prospettive di riforma, occorre però chiedersi se fin da ora sia possibile adottare interpretazioni che tengano conto di tale esigenza. Per una illustrazione delle possibili soluzioni interpretative, tuttavia, si rimanda a quanto si dirà nell'ultimo capitolo<sup>213</sup>.

Qui invece si intende porre l'attenzione sulle possibili conseguenze che la digitalizzazione diffusa e le nuove tecnologie possono determinare sulla natura e sulla struttura dell'accertamento del fatto nel processo. Del resto, come giustamente rilevato, «quella informatica non è una svolta tecnologica: è una rivoluzione concettuale. Essa ci costringe a ripensare le nostre categorie, a rivedere gli

---

<sup>210</sup> CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 227.

<sup>211</sup> CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 228.

<sup>212</sup> CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 204.

<sup>213</sup> Si veda, in particolare, il terzo paragrafo del quinto capitolo.

schemi con cui abbiamo pensato il mondo, a immaginare nuove traiettorie e inedite responsabilità»<sup>214</sup>.

Si è detto che le nuove tecnologie digitali consentono non solo di registrare un numero di dati molto maggiore di prima, ma anche di renderlo disponibile e accessibile a costi estremamente limitati. In effetti, la novità connessa all'attuale diffusa digitalizzazione non sta tanto nel numero di dati disponibili; in fondo i dati si riferiscono alla realtà e la realtà è sempre la stessa. La novità sta soprattutto nella omogeneità dei dati, tutti in digitalizzati, e nella loro facile confrontabilità e processabilità attraverso programmi informatici; non a caso si parla, in proposito, di *Big Data*, definiti dalle c.d. "tre v", ossia *volume*, *variety* e *velocity*, per segnalare il fatto che sono tanti, diversificati (anzi disordinati) e processabili in modo rapido<sup>215</sup>.

Prima di tutto questo la diffusa digitalizzazione sembra poter influire significativamente anche sul tema qui analizzato e sul problema dell'istruzione primaria. Come si è già accennato in precedenza, il processo civile, così come ora configurato, è tendenzialmente strutturato per la sola istruzione secondaria. Nonostante questo, già ora sono comunque presenti casi di istruzione primaria (come, ad esempio, l'ispezione condotta da un consulente tecnico percipiente). La situazione, tuttavia, è destinata a modificarsi in conseguenza dell'ormai diffusa accessibilità delle informazioni. Come acutamente rilevato, *Internet* garantisce la disponibilità di una enorme quantità di informazioni, da cui il giudice «può trarre non solo prove di fatti allegati, ma anche venire a conoscenza di fatti non allegati»<sup>216</sup>.

Del resto, il cambiamento è più generale e, per così dire, riguarda il complessivo modo con cui vengono organizzate le informazioni e, in generale, la conoscenza. Si può affermare che, prima di questa diffusa digitalizzazione, le conoscenze erano tutto catalogate secondo categorie predeterminate, così da facilitarne la consultazione e il reperimento in un secondo momento. Come icasticamente sottolineato, sino ad ora «la conoscenza è consistita nel ridurre ciò che dovevamo sapere»<sup>217</sup>. Questo sistema, tuttavia, sembra ora fortemente in crisi, proprio in conseguenza dell'enorme mole di dati disponibili. Come giustamente

<sup>214</sup> VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, Milano-Udine, 2015, 9.

<sup>215</sup> VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, cit., 124. Cfr. KITCHIN, *Big Data, new epistemologies and paradigm shifts*, in *Big Data & Society*, 2014, 1. Nella dottrina giuridica D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, Torino, 2018, 265.

<sup>216</sup> DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., 124. Nella dottrina statunitense, in questo senso, GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 223 ss.

<sup>217</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, Torino, 2012, 7.

è stato notato, «la nostra società ha incrementato l'incertezza, non tanto perché sappiamo più cose, quanto piuttosto perché si sono indeboliti i criteri di riduzione dell'incertezza socialmente disponibili»<sup>218</sup>.

In definitiva, l'importanza di tutti i sistemi di classificazione utilizzati tradizionalmente è stata notevolmente ridimensionata dalla già menzionata datizzazione della realtà e dalla nascita dei motori di ricerca. Probabilmente, «è ancora troppo presto per dire se un nuovo ordine (o disordine) digitale, sostituirà il tradizionale ordine cartaceo, o semplicemente coesisterà con esso»<sup>219</sup>. E si potrebbe anche discutere sulla portata di un simile cambiamento, in considerazione del fatto che, forse, «per aver bisogno di principi radicalmente nuovi bisognerebbe che fosse la mente umana stessa a mutare, e non gli oggetti da essa conosciuti»<sup>220</sup>.

Tuttavia, a prescindere dalle considerazioni sui possibili mutamenti nei paradigmi conoscitivi, sembra comunque possibile riscontrare una sempre più diffusa tendenza a raccogliere disordinatamente tutti i dati per poi selezionarli solo in un secondo tempo; si potrebbe quasi affermare che l'organizzazione delle conoscenze conseguente alla digitalizzazione diffusa si stia progressivamente orientando, per usare estensivamente la terminologia di Benvenuti, verso strategie di istruzione primaria delle conoscenze. Del resto, come è stato icasticamente osservato, «*scoprire* cosa vogliamo è almeno altrettanto importante che *trovare* ciò che sappiamo già di volere»<sup>221</sup>.

Sembra inevitabile che tali mutamenti si ripercuotano anche sul processo in generale e sul processo civile in particolare, di fatto incrementando l'importanza delle attività di istruzione primaria. Come avremo modo di illustrare (specialmente nel capitolo dedicato all'evoluzione dell'*ediscoversy* nel processo statunitense), l'incremento esponenziale delle informazioni disponibili rende sempre più difficile arrivare al processo avendo già a disposizione tutte le conoscenze (ossia le allegazioni dei fatti secondari o, secondo la terminologia di Benvenuti, le affermazioni di prova) necessarie per definire il *thema probandum*. Nell'ottica dell'effettività della tutela, è ragionevole ritenere che il processo civile non possa più permettersi di ignorare il problema dell'istruzione primaria. Sarà necessario, in particolare, fare una precisa scelta di campo (ossia prendere atto della necessità di includere tale tipo di istruzione fra gli scopi del processo) e adattare conseguentemente il modello processuale<sup>222</sup>.

<sup>218</sup> VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, cit., 136.

<sup>219</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, Bologna, 2013, trad. it. di *A social History of Knowledge II. From the Encyclopédie to Wikipedia*, Cambridge, 2012, 74.

<sup>220</sup> RIDI, *Il mondo dei documenti. Cosa sono, come valutarli e organizzarli*, Bari, 2010, 46.

<sup>221</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, Milano, 2009, trad. it. di *Everything is miscellaneous*, New York, 2007, 18.

<sup>222</sup> In questo senso sembrano potersi leggere le osservazioni di HAACK, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, in ID., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the*

Ma non solo. Sembra ragionevole pensare anche a una riconsiderazione della stessa configurazione del diritto alla prova. Per quanto forse non del tutto consapevolmente, infatti, la dottrina processualciviltistica ha plasmato tale diritto sulle esigenze dell'istruzione secondaria<sup>223</sup>. Esso, infatti, si configura essenzialmente come diritto a «dimostrare la verità dei fatti che fondano la pretesa», a sua volta declinato nel diritto di utilizzare tutte le prove a propria disposizione, nel diritto di far acquisire tali prove al processo e nel diritto a una valutazione razionale delle prove acquisite<sup>224</sup>. Contrariamente a quanto elaborato dalla dottrina processualpenalistica, tale diritto alla prova garantisce l'utilizzazione delle prove già conosciute, ma non ricomprende il diritto di scoprire fatti o prove che possano fondare la pretesa<sup>225</sup>.

In definitiva, quindi, al di là delle prospettive evolutive (su cui si tornerà più approfonditamente nell'ultimo capitolo), sembra comunque possibile constatare, anche alla luce dell'attuale configurazione normativa, la potenziale funzione del processo civile come strumento di istruzione primaria. Ciò posto, rimane ancora da chiedersi se, a tal fine, sia necessario o anche solo utile attribuire poteri istruttori al giudice. Analogamente a quanto detto parlando dell'istruzione secondaria, è difficile arrivare ad una risposta oggettiva e certa. Alcune considerazioni già svolte in precedenza, comunque, sembrano estensibili anche ai casi di istruzione primaria. In particolare, così come i poteri ufficiosi di istruzione secondaria non paiono né necessari né sufficienti all'accertamento della verità dei fatti, così pare valere, a maggior ragione, per i poteri di istruzione primaria.

E analogamente ai poteri di istruzione secondaria, anche nel caso dell'istruzione primaria è fondamentale soprattutto l'effettività dei provvedimenti istruttori. Come già detto, l'idoneità dei provvedimenti istruttori a consentire l'effettiva acquisizione al processo delle prove per la decisione rappresenta una condizione necessaria per un veritiero accertamento dei fatti; e ciò a prescindere da chi utilizzi tali poteri e dal fatto che riguardino l'istruzione primaria o l'istru-

---

*Law*, New York, 2014, 35 ss., spec. 45, ove l'Autrice rileva la sostanziale indifferenza del modello processuale prescelto, «unless the advocates for the parties do a decent job of seeking out relevant evidence and of revealing the flaws in the dubious stuff admitted along with everything else».

<sup>223</sup> Diversamente accade, invece, per la dottrina processualpenalistica: cfr., anche per ulteriori riferimenti, UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 150 ss.

<sup>224</sup> In argomento si vedano L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, ID., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 965 ss., spec. 979, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 e E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del "diritto alla prova"*, in *Riv. proc. civ.*, 1984, 159. Più recentemente, FERRER BELTRÁN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion pratica*, 2003, 149 ss.

<sup>225</sup> In ambito processualpenalistico, cfr. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 151, il quale espressamente parla di «diritto di ricerca probatoria». Nella manualistica, si veda TONINI, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Milano, 2016, 244 (il quale parla più specificamente di diritto alla ricerca delle fonti di prova).

zione secondaria. E, sotto questo profilo, la disciplina italiana appare del tutto carente e lacunosa, non garantendo affatto l'effettività dei poteri istruttori sia delle parti sia del giudice. Del resto, come già chiaramente segnalato tempo fa da una parte della dottrina (purtroppo rimasta del tutto inascoltata), «le garanzie fornite da queste sanzioni [quelle italiane, n.d.r.] anche solo sul piano della pressione sulla volontà dei soggetti a collaborare all'acquisizione del mezzo di prova sono, di fatto, praticamente nulle»<sup>226</sup>.

Al netto di questa precisazione, occorre ancora chiedersi se, nel caso dell'istruzione primaria, i poteri istruttori del giudice siano comunque utili all'accertamento veritiero dei fatti, così come si è visto per quelli di istruzione secondaria. La risposta potrebbe essere simile. Tuttavia, in questo caso sembra possibile sollevare qualche perplessità in più. Come si è detto in precedenza, i poteri di istruzione secondaria vengono esercitati sulla base o delle allegazioni di fatti secondari (le affermazioni di prova) fatte dalle parti o rilevate *ex officio* dal giudice sulla base di quanto emerge dal processo. Richiamando la terminologia utilizzata in precedenza, essi servono a colmare una situazione di incertezza epistemica. Nel caso dei poteri di istruzione primaria, invece, lo scopo principale del loro esercizio non è la verifica delle allegazioni ma l'acquisizione di nuove conoscenze, ossia di nuove allegazioni di fatti secondari. Essi, quindi, sono finalizzati essenzialmente a colmare situazioni di incertezza ontica (secondo la distinzione prospettata in precedenza).

Proprio questa particolarità rende più problematico e incerto il loro esercizio da parte del giudice. In primo luogo, rispetto all'istruzione secondaria appare più marcato il rischio di minore imparzialità. Nel caso dell'istruzione primaria, infatti, l'attività di ricerca è sostanzialmente libera (non vincolata a preventive allegazioni, ma finalizzata appunto a cercarne di nuove); per condurre tale tipo di ricerca è però necessario formulare preventivamente delle ipotesi (ossia assumendo che i fatti possano essersi svolti in un determinato modo). In altri termini, il rischio è che il giudice, formulando delle ipotesi per esercitare i poteri di istruzione primaria, incorra in quello che viene definito *bias* della conferma, consistente nella limitazione della ricerca alle prove a sostegno della ipotesi formulata per condurre la ricerca oppure nella sopravvalutazione della rilevanza delle stesse<sup>227</sup>.

Queste considerazioni, tuttavia, non paiono sufficienti per escludere in questo caso l'ammissibilità di tali poteri istruttori. Prima di tutto, il rischio di incorrere in *bias* è intrinsecamente connesso all'attività decisoria, a prescindere dall'attribuzione di poteri istruttori. In secondo luogo, l'esposizione a questo rischio non è di per sé indice di parzialità. Naturalmente non è possibile prendere specifica posizione su un tema complesso e articolato come quello dell'imparzia-

---

<sup>226</sup> DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 277.

<sup>227</sup> TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, 210 ss.

lità giudiziale. Tuttavia, sembra possibile affermare che chi ritiene che il giudice perda la propria imparzialità esercitando dei poteri istruttori sostanzialmente presuppone una concezione formalistica e astratta di imparzialità, fondata sulla configurazione della decisione giudiziale come mera applicazione meccanica della legge<sup>228</sup>.

In realtà, come messo chiaramente messo in evidenza ad esempio dal Realismo americano, tale concezione è del tutto irrealistica e per nulla descrittiva del concreto funzionamento del ragionamento decisorio giudiziale<sup>229</sup>. L'imparzialità del giudice, quindi, non presuppone affatto l'assoluta oggettività del giudizio; quest'ultimo, infatti, è intrinsecamente e inevitabilmente soggettivo. Anzi, è stato addirittura prospettato che «the dichotomy of “objective law vs. subjective preferences” can be inverted so that the law itself need only be a subjective influence on what judges tell themselves are doing», essendo necessaria «a conception of judging that allows for the influence of value judgments on legal judgments»<sup>230</sup>. L'imparzialità richiesta al giudice consiste non tanto nella oggettività del giudizio (obiettivo concretamente difficile se non impossibile da raggiungere), quanto piuttosto nella neutralità e nella equidistanza rispetto alle posizioni delle parti<sup>231</sup>.

Ciò chiarito, si può affermare che i principali dubbi connessi all'attribuzione al giudice di poteri di istruzione primaria siano di natura essenzialmente pratica, in quanto da un lato è improbabile che il giudice si metta a svolgere un'attività di istruzione primaria e, dall'altro, se anche davvero la svolgesse, tale attività sarebbe piuttosto difficoltosa, non avendo conoscenza diretta dei fatti, come invece hanno le parti. Se è ragionevole pensare che il giudice possa e voglia disporre l'esibizione di un documento menzionato (ma non prodotto) dalle parti, lo è molto meno pensare che lo stesso giudice sia in grado di cercare un documento di cui le parti non hanno fatto alcuna menzione. Del resto, come già autorevolmente segnalato in dottrina, «il soggetto meglio informato della fattispecie dedotta in giudizio è, normalmente, la parte. Di molti fatti, *soltanto la parte* può avere notizia»<sup>232</sup>.

---

<sup>228</sup> In tema, anche per gli opportuni riferimenti, TUZET, *Il diritto non è una macchina*, in ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 159 ss.

<sup>229</sup> In tema, proprio recentemente MARZOCCO, *Una jurisprudence naturalistica? Il contributo del behaviorismo al realismo giuridico americano*, in *Ragion pratica*, 2017, 553 ss., spec. 556. Sul tema si tornerà anche nell'ultimo paragrafo del presente lavoro.

<sup>230</sup> EDLIN, *Common Law Judging. Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law*, Ann Arbor, 2016, 50 s.

<sup>231</sup> TRUJILLO, *Imparzialità*, Torino, 2003, *passim*. In tema cfr. anche CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 22.

<sup>232</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 3. Il corsivo è nell'originale.

In definitiva, l'attribuzione al giudice di poteri di istruzione primaria non pare incompatibile con l'attuale configurazione del processo civile. Del resto, la stessa ispezione, per quanto spesso in modo inconsapevole, potrebbe (e talvolta viene utilizzata, anche se forse non in modo del tutto consapevole) come strumento di istruzione primaria. Il punto semmai riguarda l'effettiva utilità di tali poteri, soprattutto in considerazione della mancanza, da parte del giudice, di una conoscenza diretta dei fatti di causa. Un discorso diverso potrebbe valere per le informazioni digitalizzate, ossia quelle accessibili online. In questo caso, effettivamente i poteri di istruzione primaria del giudice potrebbero essere certamente più utili, in considerazione sia della facilità di accesso alle informazioni sia della velocità della ricerca. Già in precedenza, del resto, si è sottolineato come la tesi tradizionale che nega la possibilità di disporre l'ispezione in relazione ai documenti pubblicamente accessibili non paia più coerente con il mutato contesto tecnologico. Sul punto, tuttavia, ci si riserva di tornare più specificamente nell'ultimo capitolo, anche in considerazione di quanto si dirà a proposito del fatto notorio.

Qui, invece, sembra possibile svolgere un'ultima considerazione, di carattere più generale, proprio sui poteri istruttori, a prescindere dal fatto che spettino alle parti o anche al giudice. In precedenza si è accennato al continuo e sempre più esteso fenomeno di «datizzazione» della realtà; si è appunto rilevata la progressiva digitalizzazione di moltissime informazioni; addirittura molte nascono direttamente in formato digitale (si pensi agli albi delle pubbliche amministrazioni oppure al registro delle imprese, ormai tutti tenuti in forma telematica). Non pare azzardato, infatti, chiedersi se abbia ancora senso parlare di acquisizione di tali informazioni o di iniziative probatorie per acquisirle. Il punto non pare tanto decidere se tale acquisizione ricada solo sulle parti o anche sul giudice, ma di verificare, *tout court*, se le informazioni digitalizzate debbano ancora essere oggetto di produzione oppure se non possano essere considerate già automaticamente acquisite al processo<sup>233</sup>.

Facciamo due esempi. Immaginiamo una causa di separazione e divorzio; nel momento in cui viene iscritto a ruolo telematicamente il fascicolo (mediante l'inserimento dei rispettivi codici fiscali) il sistema informatico, se adeguatamente programmato, sarebbe certamente in grado di inserire automaticamente nel

---

<sup>233</sup> In questo senso si esprime, ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 28 agosto 2014, n. 18418, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Prova civile in genere*, n. 55, secondo cui «i dati conservati negli archivi telematici dell'Inps sono accessibili anche dagli assicurati, sicché essi, ove non comportino l'apertura di un nuovo fronte d'indagine, limitandosi a rafforzare le prove raccolte, appartengono già, in base al principio di acquisizione probatoria, al processo e non possono essere considerati documenti nuovi in senso tecnico, tanto più che, in rispondenza al principio del giusto processo, di cui all'art. 111 cost., va riconosciuto al giudice il potere di ricavare d'ufficio elementi utili di giudizio, attraverso fonti di conoscenza di carattere ufficiale, quali i siti internet istituzionali degli enti pubblici». Su posizioni simili, cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 2 dicembre 2011, n. 25813, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Cassazione civile*, n. 196.

fascicolo tutte le informazioni reddituali che, tramite appunto il codice fiscale dei coniugi, sono reperibili dall'archivio informatico dell'agenzia delle entrate. Ma lo stesso potrebbe dirsi per una controversia societaria; anche in questo caso, nel momento dell'iscrizione a ruolo sarebbe possibile ipotizzare che il programma, in modo automatico, inserisca nel fascicolo telematico del processo tutte le informazioni presenti nel registro delle imprese e relative alle parti in causa. In questo caso sembra difficile poter parlare ancora di attività istruttoria in senso tradizionale. Proprio per questo non pare azzardato prospettare che, soprattutto nel futuro, il problema tenda a diventare (non tanto e non più quello della disponibilità della prova, quanto piuttosto) quello dell'accessibilità della prova.

Del resto, questa sensazione di evanescenza del confine fra mondo reale e mondo virtuale è ormai diffusamente percepita. La contrapposizione fra mondo reale e realtà virtuale, molto forte nei primi anni di sviluppo di *Internet* appare ormai del tutto sfumata, a favore di una concezione unitaria, sintetica per così dire, di «realtà aumentata», all'interno, cioè, di un «enveloped world»<sup>234</sup>. In effetti, come giustamente sottolineato, «in the near future, the distinction between online and offline will become ever more blurred and then disappear. For example, it already makes little sense to ask whether one is online or offline when driving a car following the instructions of a navigation system that is updating its database in real time»<sup>235</sup>. Su questi temi, comunque, si tornerà ancora all'inizio del quinto capitolo.

---

<sup>234</sup> FLORIDI, *The 4<sup>th</sup> revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 146, il quale acutamente osserva che «if driverless vehicles can move around with decreasing trouble [...], if Amazon will one day deliver goods through a fleet of unmanned drones, this is not because strong AI has finally arrived, but because the “around” they need to negotiate has become increasingly suitable for light AI and its limited capacities». Sulla distinzione fra Intelligenza Artificiale forte e debole si rimanda a quanto si dirà nell'ultimo capitolo.

<sup>235</sup> FLORIDI, *The 4th Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 43.

## CAPITOLO 3

# INTERNET E NUOVI PARADIGMI CULTURALI – PROBLEMI E PROSPETTIVE IN TEMA DI NOTORIO

SOMMARIO: 3.1. Notorietà e processo – Sintesi di una tradizione. – 3.2. Basi pregiudiziali del notorio nel pensiero di Calamandrei. – 3.3. Codificazione e consolidamento del notorio – Quietè prima della tempesta. – 3.4. Divergenze culturali e crisi del notorio: Chiovena, *Wikipedia* e le incerte origini della Rivista di diritto processuale civile. – 3.5. Ipotesi e suggestioni evolutive nella prospettiva della *judicial notice*.

### 3.1. *Notorietà e processo – Sintesi di una tradizione*

«Il noto in genere, appunto perché noto, non è conosciuto. Quando nel conoscere si presuppone alcunché come noto e lo si tollera come tale, si finisce con l'illudere volgarmente sé e gli altri»<sup>1</sup>. Questa famosa (e per certi versi paradossale) affermazione hegeliana sembra adattarsi perfettamente proprio alla nozione di fatto notorio. Del resto, proprio con specifico riferimento alla nozione giuridica di notorietà, già i glossatori affermavano che «quotidie de notorio loquimur, quid autem sit ignoramus»<sup>2</sup>. Ed è quasi superfluo citare anche il pensiero di Bentham secondo cui «le mot notoriété, en matière judiciaire, est justement suspect»<sup>3</sup>.

Tuttavia, si potrebbe essere tentati di rispondere a questi dubbi nello stesso

---

<sup>1</sup> HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, Firenze, 1970, 25. Il passo è citato, senza specifico riferimento al notorio, da UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 1.

<sup>2</sup> La glossa è riportata, ad esempio, da STRYKI, *Operum Samueli Strykii*, Florentiae, 1840, Tomo XII, *De selectis utriusque juris materiis*, Disp. IV, *De Notorio*, 108, citato da LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, vol. I, *Parte generale. Confessione e giuramento*, III ed. Firenze, 1914, 298 e poi anche da DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947, 22. La presenza di tale massima nelle glosse dei giuristi sin dal sedicesimo secolo è riferita anche da DEL GIUDICE (a cura di), *Storia della procedura*, in PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, II ed., vol. VI, parte I, Torino, 1900, 401.

<sup>3</sup> BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, II, Parigi, 1830, 265.

modo in cui Stewart Potter, giudice della *Supreme Court* statunitense, svìò il problema della definizione di pornografia nella nota sentenza *Jacobellis v. Ohio*: «I know it when I see it»<sup>4</sup>. Del resto, è la stessa risposta che, in modo meno icastico, ha dato Calamandrei quando ha rilevato, a proposito dell'assenza di una specifica previsione normativa in tema di notorio, che l'utilizzabilità del notorio «può facilmente desumersi dal sistema logico e dalla tradizione del nostro processo meglio che dalla parola del legislatore»<sup>5</sup>.

Queste affermazioni, in parte paradossali e fra loro contrastanti, mettono in luce un aspetto centrale di tutto il dibattito in tema di fatto notorio. Tutti sono consapevoli delle difficoltà di dire quando un fatto sia notorio oppure no, ma nessuno è disponibile ad accettare un processo in cui una parte sia costretta a dimostrare fatti totalmente ovvi. Invero, la regola *notoria non eget probatione* risponde a un'esigenza tanto risalente quanto diffusa<sup>6</sup>. «In sostanza, la delicatezza del problema consisteva nel conciliare le gravi esigenze formali del rigore probatorio (“quod non est in actis non est in mundo”) ed il rispetto dovuto dal giudice soltanto all'impulso dimostrativo delle parti (“iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet, non secundum conscientiam”) con la irrecusabile forza di convinzione derivante stragiudizialmente ai magistrati decidenti dalla evidenza attestatrice della comune generale conoscenza sulla obiettiva realtà dei fatti in questione»<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> *Jacobellis v. Ohio*, in 378 U.S. 184 (1964). Precisamente, l'opinione del giudice riportata nella sentenza è questa: «I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that».

<sup>5</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 274, il quale, poi, aggiunge che, a suo dire, il legislatore «ha preferito astenersi dall'imprigionare in rigide formule il delicatissimo congegno dei rapporti che passano tra iniziativa di parti e iniziativa del giudice in relazione alla raccolta del materiale di lite».

<sup>6</sup> Nonostante le considerevoli differenze fra i sistemi, tale esigenza è stata analogamente percepita anche nei sistemi di *common law*. Già Wigmore aveva chiaramente evidenziato che lo scopo della regola della *judicial notice* (in gran parte equivalente al notorio, ma sul punto si dirà meglio in seguito), è quello di «save time, labor, and expense, in securing and introducing evidence on matters which are not ordinarily capable of dispute and are actually not *bona fide* disputed» (WIGMORE, *A Pocket Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Boston, 1910, 476); in senso del tutto analogo, con riferimento all'ordinamento inglese, cfr. PHIPSON, *On Evidence*, Londra, 2005, 53, secondo il quale «Judicial notice can save time and cost, and promote consistency in decision making». Ancora recentemente, cfr. F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, in AA.VV., *Problemi relativi alla prova nel processo civile. Atti dell'incontro di studio, Como, 16 maggio 2014*, Bologna, 2016, 91, la quale giustamente rileva come il notorio risponda non solo a ragioni di economia processuale, ma anche alla «necessità di considerare il processo ed il suo esito da un punto di vista sociale ed antropologico, escludendo dunque che la sentenza possa essere in contrasto con il bagaglio culturale dell'uomo medio in un certo tempo e luogo ed anzi “precostituendo” la ratifica della stessa da parte della collettività».

<sup>7</sup> FERRARA, *Relatività del notorio*, in *Foro it.*, 1940, I, 967.

In effetti, si può dire che tutte le discussioni in tema di notorietà giudiziale nascano proprio dal tentativo di rispondere a questa esigenza di buon senso, prima ancora che giuridica; ossia appunto l'esigenza di evitare che nel processo si sia costretti a provare che Natale è il 25 di dicembre ed è un giorno festivo. Come aveva già lucidamente sottolineato Allorio, «per il nostro istituto della notorietà ci si trova a dover seguire un procedimento opposto al consueto; nota, presupposta è la conseguenza: e da questa si deve risalire a una fattispecie ignota, della quale solo sappiamo che deve commisurarsi alla conseguenza»<sup>8</sup>.

Se la ragionevolezza di questa esigenza è indiscutibile, essa tuttavia rappresenta anche la ragione dei principali problemi insorti nel dibattito. Non sembra irrilevante, del resto, notare che tale esigenza, pur quanto unanimemente condivisa, abbia trovato pochissimi riscontri normativi, per giunta solo recentemente. Non a caso si è osservato che «il notorio, quindi, è un prodotto di diritto squisitamente scientifico»<sup>9</sup>.

A questa esigenza di buon senso, tuttavia, si potrebbe obiettare che moltissimi fatti, per quanto noti, non sono veri. Si pensi, solo per citare forse il più famoso, ancorché risalente, esempio, al caso della famosissima donazione di Costantino, per secoli ritenuta notoriamente autentica e indiscutibile, poi invece rivelatasi un falso clamoroso<sup>10</sup>.

Ma più recentemente, si pensi al famoso processo promosso nel 1969 dal procuratore distrettuale di Orleans Parish, Jim Garrison, nei confronti di Clay Shaw, accusato di essere complice del complotto ordito per assassinare il presidente John Fitzgerald Kennedy. Se ci si fosse basati sulla notorietà, il processo non avrebbe dovuto neppure iniziare, essendo appunto notorio (e accertato persino dal rapporto della commissione Warren) che ad assassinare Kennedy fu Lee Harvey Oswald<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 4. Si veda anche ANDRIOLI, voce "Prova", cit., 279, il quale sottolinea che il classico brocardo (*notoria non egent probatione*) esonera la parte dalla prova del notorio, «ma non indica le ragioni dell'indipendenza del notorio dalla prova».

<sup>9</sup> GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, in *Annali storia del diritto*, 1957, 434.

<sup>10</sup> Senza pretese di completezza, a mero titolo informativo, si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti a VIAN, *La donazione di Costantino*, Bologna, 2010, *passim*.

<sup>11</sup> Il tema è ancora di grande attualità, visto che è davvero recentissimo lo "svelamento" di (quasi) tutti i documenti ancora coperti da segreto di Stato relativi alle indagini sull'assassinio del presidente Kennedy; cfr., in proposito, DIAMOND, LIPTAK, *Trump releases some, but not all, JFK assassination records*, reperibile in <http://edition.cnn.com/2017/10/26/politics/jfk-assassination-files-classified-document-release-donald-trump/index.html>. Solo per citare uno degli ultimi studi in argomento, cfr. SANTA CRUZ, *Making JFK Matter: Popular Memory and the Thirty-Fifth President*, Denton, 2015, *passim*. Cfr. anche, per un esplicito riferimento alle innumerevoli teorie sull'assassinio di Kennedy come esempio delle sempre maggiori incertezze create dalla facilità di comunicazione garantita da Internet, cfr. WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 97.

Proprio questa intrinseca ambivalenza del concetto di notorietà (da un lato la necessità di evitare soluzioni processuali contrarie al buon senso e dall'altro il perenne dubbio sulla sua reale attendibilità) si riflette chiaramente sulle pochissime norme emanate in materia<sup>12</sup>. Come si dirà meglio nel prosieguo, la nozione di notorietà recepita (anche se non si sa quanto esplicitamente) dal codice di procedura civile si fonda sull'idea di certezza e di veridicità del fatto notorio. La nozione recepita dal codice penale, invece, sembra essere esattamente opposta: l'art. 596 c.p., infatti, in tema di prova liberatoria per il reato di diffamazione, distingue chiaramente la verità del fatto dalla sua notorietà, di fatto ammettendo l'esclusione di responsabilità penale anche nel caso in cui il fatto, pur se non vero, sia notorio (ossia percepito da tutti come vero). Infine, le poche norme del codice civile dedicate al tema (artt. 196, 229 e 1168 c.c.) con notorietà si riferiscono a concetti simili a quelli di verosimiglianza o, al più, di *semiplena probatio*<sup>13</sup>.

La situazione, se possibile, si è ulteriormente complicata oggi, con l'arrivo delle nuove tecnologie informatiche. Da un lato, vi è la continua dimostrazione della diffusa ignoranza di circostanze che, secondo il senso comune, dovrebbero essere notorie. Al di là di casi estremi quale quello delle tesi complottiste degli attacchi alle torri gemelle di New York, è una constatazione diffusa che i fatti apparentemente ovvi e noti sono in realtà ignorati dalla stragrande maggioranza delle persone. Basta considerare le ricorrenti inchieste giornalistiche volte a verificare la diffusa (assenza di) cultura media dei cittadini italiani<sup>14</sup>. Spesso le reazioni a questi servizi sono quasi sdegnate. Molti si chiedono come sia possibile che tante persone non conoscano fatti che dovrebbero essere praticamente ovvi. D'altro canto, però, altri (specie i più giovani) rispondono che, in fondo, basta

---

<sup>12</sup>Del resto, già Lessona rilevava la presenza di una pluralità di significati del termine notorietà nelle codificazioni post unitarie; intendendosi talvolta la notorietà come «requisito richiesto perché fatti veri producano effetti giuridici», talaltra come «requisito sufficiente perché un fatto sia, per determinati effetti, considerato come vero o come provato» e, infine, come equivalente «a prova già esistente» (LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., 297).

<sup>13</sup>A proposito proprio dell'art. 1168 c.c. cfr. DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 264, il quale giustamente rileva che, in questo caso, la notorietà è intesa in senso atecnico come prova di verosimiglianza. Già Calamandrei, con riferimento alle norme nel codice previgente (ma di fatto poi riprese pressoché integralmente nel codice civile attuale), sottolineava come l'espressione «notorietà del fatto» venisse riferita ad «argomentazioni di probabilità (*leviores probationes*)», intendendosi, appunto, notorietà come qualcosa di meno della prova (CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 277). Sull'art. 696 c.p.c. 1865 si veda anche ampiamente LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., 302 s., il quale, tuttavia, ritiene che «la parola *notorietà* qui usata dalla legge, significa, secondo noi, due cose: anzitutto che il giudice può prescindere da ogni forma di rito nel raccogliere le prove – poi che, nello apprezzarle, gode di una grande libertà di convincimento, né è tenuto ai rigori di alcuna prova legale».

<sup>14</sup>A titolo puramente esemplificativo, ma questo tipo di inchieste è molto ricorrente, si veda <http://www.rainews.it/dl/rainews/media/italiani-bocciati-cultura-gaffe-fe21dc0a-fb84-4926-b68f-1ff3f509117e.html#foto-1>.

consultare Internet (*Google* o meglio ancora *Wikipedia*) per sapere la risposta in pochi secondi<sup>15</sup>.

E, in effetti, il nodo centrale (e forse irrisolvibile) del problema è proprio questo. Quando un fatto può essere considerato notorio? Quando è conosciuto da tutti, quando *deve* essere conosciuto da tutti oppure quando *può* essere conosciuto da tutti? Si tratta di interrogativi più pressanti, anche in considerazione della sempre maggiore accessibilità di informazioni *online*. E proprio a queste domande si cercherà ora di dare un senso. Non si cercherà una risposta, invece, perché – e questo pare essere davvero notorio – una risposta definitiva non c'è e forse non ci sarà mai<sup>16</sup>.

A questo riguardo, sembra, prima di tutto, indispensabile riepilogare sommarariamente l'evoluzione della nozione di notorietà. Qui non è possibile, ovviamente, analizzare approfonditamente il dibattito dottrinale in materia, anche se, ad onor del vero, non sono molti gli studi storici in argomento. È, tuttavia, constatazione diffusa quella secondo cui la nozione di fatto notorio non era conosciuta nel diritto romano<sup>17</sup>. Come rilevato da chi probabilmente si è occupato di più del tema, la nozione di notorietà «deriva da una lunga e non certo lineare evoluzione della legislazione della Chiesa medievale e, correlativamente, della dottrina giuridica che si svolgeva parallelamente ad essa»<sup>18</sup>.

Si potrebbe supporre, infatti, che tale nozione non fosse presente perché il processo romano non conosceva la rigida regola (elaborata anch'essa in epoca medievale) secondo cui *quod non est in actis non est in mundo*. In effetti, la sostanziale contestualità dell'elaborazione di questo principio e della teoria del notorio non parrebbe casuale. In mancanza di una regola come quella individuata dal predetto brocardo non sorge neppure l'esigenza di derogarvi per evitare l'esito, contrario al buon senso, che nel processo si considerino inesistenti fatti invece noti e incontestabili solo per il fatto di non essere *in actis*<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Per un'interessante inchiesta sull'uso di (e soprattutto sulla fiducia in) *Wikipedia* dagli studenti universitari americani, cfr. COLÓN-AGUIRRE, FLEMING-MAY, "You Just Type in What You Are Looking For": *Undergraduates' Use of Library Resources vs. Wikipedia*, in 38 *Journal Academic Librarianship*, 2012, 391. In tema, cfr. anche LIM, *College Students' Credibility Judgments and Heuristics Concerning Wikipedia*, in 49 *Information Processing and Management*, 2013, 405.

<sup>16</sup> D'altro canto, una constatazione assolutamente diffusa e ricorrente negli studiosi del tema è proprio consistita nella irrisolvibile ambiguità della nozione di notorietà. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Napoli, 1928, 733, FERRARA, *Relatività del notorio*, in *Foro it.*, 1940, I, 968.

<sup>17</sup> In questo senso, ad esempio, GHISALBERTI, voce *Fatto notorio (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, 995, ID., *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 403, ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 5.

<sup>18</sup> GHISALBERTI, voce *Fatto notorio (storia)*, cit., 995; cfr. anche FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 965.

<sup>19</sup> Sullo stretto rapporto fra il concetto di notorietà e questo brocardo, cfr. FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 967, secondo il quale, infatti, «la delicatezza del problema consisteva nel concilia-

Al di là di queste supposizioni, il concetto di notorio si sviluppa principalmente a partire dal Medio Evo, nell'ambito del diritto canonico, anche se «non deve, a nostro avviso, considerarsi come un esclusivo prodotto della scienza canonistica»<sup>20</sup>. Si può ragionevolmente affermare, tuttavia, che il concetto di notorietà presente nei diritti germanici fosse differente rispetto a quello elaborato nell'ambito del diritto canonico e del diritto comune; si è autorevolmente sottolineato come, nei primi, il notorio sia stato elaborato come strumento per modernizzare le prove e, essenzialmente, per evitare il ricorso al giuramento<sup>21</sup>.

Al di là di questo, è incerta la *ratio* posta a fondamento della nozione di notorietà. Secondo alcuni, ad esempio, volendo usare termini più attuali, tale nozione risponderebbe a ragioni di economia processuale. Secondo diverse ricostruzioni, invece, l'istituto del notorio si svilupperebbe come strumento di inquisizione creato dalla Chiesa<sup>22</sup>. In ogni caso, come giustamente rilevato, «l'opinione più comune in materia è un'altra: accolta da tutti quei pochi che hanno scritto su tale argomento, considera la prova per notorio un espediente pratico ed economico, derivante dal principio del risparmio dei mezzi procedurali e dell'applicazione della legge del minimo mezzo del processo»<sup>23</sup>.

In realtà, questa *ratio* corrispondeva solo a uno dei concetti di notorietà allora utilizzati. Come ampiamente messo in luce dalla dottrina, l'ambito di applicazione del notorio era decisamente più ampio rispetto a quello cui siamo abituati oggi. Specialmente nel diritto canonico, infatti, era ricorrente il riferimento a tre differenti figure di notorio e, specificamente, il *notorium facti*, il *notorium iuris*, e il *notorium preasumptionis*<sup>24</sup>. Solo il primo appare grossomodo corrispondere alla nozione moderna di fatto notorio. Gli altri due – certamente fondati su esigenze diverse da quelle di economia processuale – sono nella sostanza equiva-

---

re le gravi esigenze formali del rigore probatorio (“quod non est in actis non est in mundo”) ed il rispetto dovuto dal giudice soltanto all'impulso dimostrativo delle parti (“iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet, non secundum conscientiam”) con la irrecusabile forza di convinzione derivante stragiudizialmente ai magistrati decidenti dalla evidenza attestatrice della comune generale conoscenza sulla obiettiva realtà dei fatti in questione».

<sup>20</sup> Per una dettagliata analisi delle fonti al riguardo si rimanda a GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 404 ss.

<sup>21</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 5, secondo il quale, nei diritti germanici, notorio era ogni fatto che «diventasse giudizialmente noto al giudice, attraverso ipsezioni oculari, testimonianze, indizi, sottoposti al suo esame in giudizio prima che s'addivenisse al giuramento liberatorio». E ciò ovviamente rendeva superfluo il giuramento. In dottrina, nel medesimo senso, cfr. GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 410.

<sup>22</sup> GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 408 s.

<sup>23</sup> GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 410. Si veda anche, in questo senso, FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 970.

<sup>24</sup> GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 419. Cfr. anche DEL GIUDICE (a cura di), *Storia della procedura*, cit., 402, il quale rileva l'inclusione nel concetto anche del notorio giudiziale.

lenti rispettivamente al principio *iura novit curia* e al meccanismo presuntivo<sup>25</sup>.

Molto interessante appare anche la distinzione, progressivamente elaborata dalla dottrina medievale, fra *notorium facti permanentis* (ossia un fatto non solo conosciuto da tutti, ma che continua ad esistere, rendendo così facile la prova), *notorium facti transeuntis* (ossia un fatto conosciuto da tutti ma ormai conclusosi e quindi non più verificabile) e *notorium facti interpolati* (ossia un fatto noto a tutti ma ricavato indirettamente mediante il ragionamento)<sup>26</sup>.

Al di là delle differenti tipologie, si può ritenere che allora il notorio occupasse la cima della gerarchia delle prove, essendo «un fatto le cui circostanze lo rendevano incontestabile, con risultato di impedire una prova contraria e di rendere conseguentemente applicabile una procedura più spedita»<sup>27</sup>. Proprio per questo il notorio veniva utilizzato per provare i fatti noti a tutti (come quelli relativi al possesso dei fondi o allo stato delle persone) e i fatti di cui era difficile avere una prova diretta (come il matrimonio, la paternità, l'età o la morte)<sup>28</sup>.

In conseguenza di questa specifica utilizzazione-accezione, particolare attenzione è stata dedicata all'elaborazione dei criteri distintivi del fatto notorio. In proposito, può essere ricordata l'elaborazione di Benedetto Capra, probabilmente la più compiuta al riguardo; più specificamente, secondo quest'ultimo il fatto notorio doveva costituire una prova certa ed indubbia, doveva mostrarsi direttamente agli occhi degli uomini, di esso doveva essere testimone tutto il popolo o almeno la sua maggioranza, trattandosi di un fatto avvenuto in presenza di testimoni numerosi e tanto evidente da non essere contestabile<sup>29</sup>.

Proprio nella collocazione del notorio in cima alla gerarchia delle prove potrebbe rinvenirsi una conferma della concezione propriamente retorica attribuita alla prova nel processo romano-canonico<sup>30</sup>. Se si intende la prova come mero mezzo di convincimento del giudice (e non come mezzo di dimostrazione della verità di un fatto), allora evidentemente il fatto notorio costituisce la prova per eccellenza, ossia la prova che più di ogni altra è in grado di convincere il giudice<sup>31</sup>. In realtà, il notorio non ebbe sempre lo stesso posto nella gerarchia delle

<sup>25</sup> GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 428 ss.

<sup>26</sup> GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 424 ss. e DEL GIUDICE (a cura di), *Storia della procedura*, cit., 404.

<sup>27</sup> GHISALBERTI, voce *Fatto notorio (storia)*, cit., 996.

<sup>28</sup> DEL GIUDICE (a cura di), *Storia della procedura*, cit., 405.

<sup>29</sup> GHISALBERTI, voce *Fatto notorio (storia)*, cit., 997.

<sup>30</sup> In argomento, con specifico riferimento alla concezione retorica della prova, cfr. GIULIANI, *Dalla "litis contestatio" al "pleading-system" (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 954, nonché ID., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971.

<sup>31</sup> Emblematicamente in questo senso, ancora agli inizi del Novecento, cfr. SIMONCELLI, *Diritto giudiziario*, Roma, 1903, 425, secondo il quale i fatti notori non devono essere provati perché «il giudice li conosce, e la prova non ha altro scopo che quello di convincere il magistrato».

prove<sup>32</sup>; e ciò parrebbe anche suffragare la tesi che colloca in epoca più risalente l'abbandono della concezione retorica della prova e il contestuale abbandono del modello processuale isonomico<sup>33</sup>.

In effetti, soprattutto nel diritto canonico, sembra essere progressivamente prevalso l'aspetto soggettivo del notorio (ossia la rilevanza attribuita allo stato soggettivo di mala fede di chi negava il notorio) a scapito di quello oggettivo (notorietà del fatto)<sup>34</sup>. Mentre nei diritti germanici il notorio era sostanzialmente oggettivo (essendo comunque fondato su un accertamento giudiziale), secondo il diritto canonico un fatto non poteva essere notorio se non accompagnato da uno specifico stato soggettivo della parte (ossia l'impossibilità di negarlo se non in mala fede)<sup>35</sup>.

In altri termini, il diritto canonico ha finito per fondare la notorietà su quanto (lo stato soggettivo di non contestabilità del fatto, se non in mala fede) invece avrebbe dovuto essere la conseguenza della notorietà. La debolezza di questo fondamento determinò progressivamente una riduzione di utilizzo del fatto notorio<sup>36</sup>.

In definitiva, sembra potersi a questi fini affermare che, nonostante le raffinate elaborazioni dei giuristi medievali, quella di fatto notorio rimase comunque una nozione ambigua<sup>37</sup>. Ciò spiega «la ipertrofica onnipotenza antiprocessuale del notorio per diritto comune e lo sgretolamento della nozione stessa della notorietà dei fatti nelle infinite distinzioni e suddistinzioni di essa sfornite di qualsiasi vera rilevanza giuridica»<sup>38</sup>. In sostanza, il notorio progressivamente divenne un «mero valore logico e non anche una particolare efficacia nel campo della procedura»<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 412.

<sup>33</sup> In questo senso, cfr. CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, cit., 119 e CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, cit., 124.

<sup>34</sup> FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 966.

<sup>35</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 6.

<sup>36</sup> DEL GIUDICE (a cura di), *Storia della procedura*, cit., 407.

<sup>37</sup> Volendo cercare una sintesi dell'elaborazione medievale, si può ritenere che «fatti comuni e di pubblica conoscenza, dei quali è convinto un tale numero di persone, che un uomo di giusto criterio già da questa generale convinzione li ritiene veri, senza avere (per propria percezione, indagine o visione) nessuna ragione fondata sulla loro verità» (FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 967). In realtà, in determinati periodi era ritenuto sufficiente a costituire la notorietà la testimonianza di un numero predeterminato di testimoni, spesso dieci; cfr. GIUDICE (a cura di), *Storia della procedura*, cit., 404.

<sup>38</sup> FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 965.

<sup>39</sup> GHISALBERTI, voce *Fatto notorio (storia)*, cit., 999, secondo il quale il notorio finì per simboleggiare la «nozione di fatto, rientrante nella comune esperienza, che il giudice è tenuto a possedere, in quanto fa parte di quelle che sono le normali conoscenze di un uomo di media cultura vivente in un dato tempo ed in un dato luogo».

Tutti questi problemi hanno dato origine a numerose critiche alla nozione di notorietà. Tuttavia, come acutamente osservato, «alla critica non corrispose subito la ricostruzione; al vecchio criterio tardò a sostituirsi un nuovo, che fosse, anzitutto, assolutamente obiettivo, ossia si fondasse sui caratteri intrinseci dei fatti, e non su atteggiamenti soggettivi delle parti»<sup>40</sup>.

È stata soprattutto la dottrina tedesca dell'Ottocento a riprendere e a sviluppare, oggettivandolo, il concetto di notorio<sup>41</sup>. Il riferimento è inevitabilmente al pensiero di Stein, «cui si deve la prima organica trattazione in materia»<sup>42</sup>, vale a dire la celebre monografia *Das Private Wissen der Richters*<sup>43</sup>.

In particolare, Stein aderisce all'opinione da poco espressa da Schmidt, altro famoso giurista tedesco dell'epoca, e conseguentemente ritiene che il divieto dell'uso della scienza privata non sia collegato alla specifica configurazione, dispositiva o inquisitoria, del processo; del resto, come egli osserva, tale divieto vale pacificamente anche nel processo penale. Da tale constatazione Stein trae il convincimento che esso trovi la propria ragione nell'incompatibilità logica fra testimone e giudice<sup>44</sup>.

Da questa e dall'ulteriore (nonché altrettanto fondamentale) premessa circa la natura dimostrativa della prova, egli segue un metodo inverso a quelli utilizzati in precedenza. Non cerca di individuare subito la definizione del notorio, ma si chiede quali siano le eccezioni al divieto per poi da lì ricavare le definizioni. Non pare irrilevante notare come egli fondi il proprio ragionamento sulla convinzione (allora del tutto diffusa e condivisa) della natura necessariamente sillogistica della decisione giudiziale<sup>45</sup>.

È proprio tale impostazione che consente a Stein di distinguere nettamente la sfera di operatività delle massime di esperienza (collocate nella premessa maggiore del sillogismo) e quella dei fatti notori (collocati nella premessa minore). Con specifico riferimento al tema del notorio – e questi rilievi, come vedremo, saranno fondamentali per la successiva evoluzione della dottrina italiana – Stein sottolinea la natura pregiudiziale e relativa del fatto notorio<sup>46</sup>. Proprio su questa base, egli supera la concezione fondata sulla mala fede propria del diritto canonico; proprio perché intrinsecamente sociale e relativo, ritiene possibile, se non

<sup>40</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 7.

<sup>41</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 8.

<sup>42</sup> MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 103.

<sup>43</sup> STEIN, *Das Private Wissen der Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893, qui citata dalla traduzione spagnola, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, 1999.

<sup>44</sup> STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 3.

<sup>45</sup> STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 14.

<sup>46</sup> L'influsso di questi assunti è chiaramente percepibile, come vedremo meglio in seguito, sia in CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 281, sia in FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 967 (secondo il quale lo stato di notorietà «preesiste come una realtà obiettiva all'infuori del processo»).

addirittura probabile, che qualcuno non conosca o addirittura contesti in buona fede l'esistenza di un fatto notorio<sup>47</sup>.

Sulla base di questa premessa, Stein individua due modalità con cui un fatto può diventare notorio: o per il modo in cui si verifica (ad esempio un fatto cui ha assistito una pluralità di persone) o per il modo in cui viene divulgato. Anzi, secondo Stein, proprio quest'ultimo è il modo più ricorrente di fatto notorio; ciò inevitabilmente pone il problema di capire come la divulgazione di un fatto possa renderlo notorio. In proposito, Stein fa riferimento principalmente alle pubblicazioni ufficiali e alla scienza storica (geografica, antropologica ...) <sup>48</sup>.

Tuttavia, come giustamente riconosce, pochi fatti notori appartengono alla storia, mentre la maggior parte di essi appartiene al quotidiano. In quest'ultimo caso, sempre secondo Stein, è necessario che la divulgazione del fatto sia incontrovertibile e che tale incontrovertibilità sia riscontrabile anche nelle pubblicazioni a mezzo stampa (e, in particolare, nella stampa quotidiana). In particolare – e qui si rinviene uno dei punti centrali del suo pensiero – Stein lega indissolubilmente la propria nozione di notorietà alla possibilità di contestazione offerta dalle medesime pubblicazioni<sup>49</sup>. In sostanza, basandosi espressamente sulla massima d'esperienza secondo cui una affermazione falsa viene sempre attaccata da qualcuno, egli ritiene che se nessuno critica o contesta la notizia allora la si può considerare vera. In sostanza sono (diventano) notori i fatti che sono così tanto divulgati o percepiti, senza contestazione, che un uomo ragionevole e con esperienza di vita possa considerarsi convinto che tali fatti siano veri<sup>50</sup>.

Come si dirà fra breve, l'elaborazione – se non la vera e propria dottrina pura – di Stein rappresenterà (e rappresenta tuttora) la base del pensiero dottrinale successivo in tema di notorio, tedesco e, più in generale, europeo-continentale. Tale elaborazione, oltre all'indubbio merito di Stein, sembra trovare il proprio fondamento anche nel mutato clima sociale, culturale e anche (se non soprattutto) tecnologico avvenuto nel corso dell'Ottocento; il riferimento è, ovviamente, al prepotente sviluppo della stampa periodica in conseguenza dell'invenzione e della diffusione delle rotative<sup>51</sup>.

A questo riguardo, sembra possibile evidenziare un parallelismo fra l'oggettivizzazione della nozione di fatto notorio (specialmente in raffronto alle elaborazioni precedenti) e il progressivo affermarsi della c.d. opinione pubblica. Pur

<sup>47</sup> STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 137.

<sup>48</sup> STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 138.

<sup>49</sup> Un chiaro influsso di queste teorie si ha soprattutto su FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 973.

<sup>50</sup> STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 139.

<sup>51</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 130, il quale sottolinea che i quotidiani, nati nel Settecento, «nel XIX secolo raggiunsero livelli di diffusione regolare senza precedenti», potendosi parlare di una vera e propria seconda rivoluzione a metà dell'Ottocento con l'entrata in funzione della rotativa a vapore.

non essendo possibile affrontare approfonditamente l'argomento, sembra comunque possibile rinvenire alcuni spunti interessanti<sup>52</sup>.

In effetti, secondo la nota e diffusa tesi di Habermas, la stampa (quella periodica in particolare) ha avuto un ruolo centrale nella creazione di quella che oggi è nota come opinione pubblica, nella conseguente emersione di una sfera pubblica borghese interessata di politica e, in definitiva, nel rafforzamento del passaggio dai regimi assoluti alle democrazie liberali ottocentesche. Più specificamente, secondo questa teoria, l'opinione pubblica, libera e razionale, si colloca al di fuori dell'autorità dello Stato (e, quindi, anche del diritto); anzi rappresenta il luogo in cui tale autorità può essere criticata e discussa liberamente<sup>53</sup>.

Sembra di poter affermare che per Stein sono notori sostanzialmente i fatti ritenuti tali dall'opinione pubblica, a seguito quindi di quel processo di verifica critico-sociale consentita dalla stampa quotidiana. Proprio lo stretto legame della nozione di notorietà elaborata da Stein con la stampa periodica pare rappresentare la base concettuale da cui si è sviluppato il fecondo dibattito dottrinale italiano. Non stupisce, quindi, se, secondo una parte della dottrina italiana, «è da ritenere che, nella vita dinamica dell'attualità, la diffusione delle notizie per mezzo della stampa giornalistica sia addirittura, insieme con la divulgazione attraverso le radioaudizioni, il tramite più idoneo per la formazione della notorietà dei fatti propalati»<sup>54</sup>.

### 3.2. *Basi pregiuridiche del notorio nel pensiero di Calamandrei*

Al di là delle evoluzioni passate e del dibattito dottrinale, la dottrina italiana del primo Novecento è sostanzialmente concorde nell'attribuire rilevanza pro-

---

<sup>52</sup> In argomento, si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, a LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, 99 ss.

<sup>53</sup> HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari, 1988, trad. it. di *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied, 1962, 85 ss.

<sup>54</sup> FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 973, il quale, infatti, contesta la massima espressa da Cass., sez. un., 11 marzo 1940, 831, in *Foro it.*, 1940, I, 965 (annotata appunto dallo stesso autore) secondo cui «se invece, i mezzi della notorietà sian tali per loro natura o per peculiarità contingenti da non rendere al giudice un convincimento tranquillante della esistenza e delle modalità del fatto che dev'essere accertato, non si costituisce quella notorietà che possa assurgere a fonte di prova giudiziale definitiva. Tale è il caso di fatti che si rendono noti a mezzo delle cronache dei giornali; le quali, pur nella rinvigorita coscienza di autocontrollo e nella rigorosa disciplina sindacale fascista del giornalismo, non sempre, per svariatissime e imponderabili ragioni, si possono adeguare all'inflessibile rigore della prova con efficacia giuridica». Lo stesso Autore, ad ulteriore rafforzamento del proprio pensiero, sostiene anche che «vi sarebbe, piuttosto, da rilevare che, tanto per mezzo delle cronache dei giornali, quanto per mezzo delle radiodiffusioni, resta evitato il pericolo delle progressive alterazioni e deformazioni delle notizie, così facili e così temibili nelle altre specie di propalazioni; vera usura del riferimento dei fatti e di quella vox populi, tanto mutevole, la quale, secondo Maigne rassomiglia appunto ad un mutuo».

cessuale ai fatti notori; e ciò pur in assenza di una specifica previsione di legge, se si eccettua lo specifico caso disciplinato dall'art. 442 c.p.c. 1865<sup>55</sup>. In particolare, si ritiene che alla mancanza di un espresso riconoscimento normativo supplisca «un principio di universale e tradizionale giurisprudenza»<sup>56</sup>.

Anche Chiovenda, pur non essendosi occupato diffusamente del tema, ritiene che il giudice «può sempre servirsi della cognizione dei fatti notorii che possiede»; e ciò in quanto «non può dimenticare quel complesso di cognizioni che sono comuni a tutti gli uomini, o a un numero così grande di uomini che la verità della sua cognizione sia controllabile senz'altro e che le parti possano presumerla in lui»<sup>57</sup>. Conclusione sostanzialmente analoga a quella prospettata da Mortara, il quale parla di «cognizione comune» sia «per la divulgazione ottenuto dal fatto, sia perché la coltura ordinaria del magistrato comprende normalmente la conoscenza di esso, qualora si tratti di una nozione scientifica o storica»<sup>58</sup>.

L'unica – ma certamente autorevole – opinione dissenziente è quella espressa da Lessona, secondo il quale «quando la legge esige che un fatto sia provato, mira alla sua obiettiva realtà, non alla sua notorietà. Il vero non abbisogna di essere notorio. Provare la notorietà non equivale a provare la verità, a meno di dire che è notorio ciò che non solo è vero, ma che è anche, come vero, noto a tutti»<sup>59</sup>. In realtà ad un'analisi più attenta, la posizione di Lessona non pare così nettamente distante come potrebbe sembrare; egli, infatti, riprende la distinzione medievale fra notorietà ed evidenza, ossia «quel grado di certezza che si ha in quelle condizioni nelle quali l'impronta della verità si impone», per affermare che in tale caso (e solo in tale caso) «essa quindi veramente dispensa da ogni prova»<sup>60</sup>. Nella sostanza, egli sostituisce il concetto di evidenza a quello di notorietà, tanto da interpretare in questo

---

<sup>55</sup> Più specificamente tale norma prevedeva che «quando una delle parti per forza maggiore e notoria sia impedita a comparire al giorno indicato nella citazione» il giudice «ne ordina una nuova per altro giorno» (cfr., in proposito, CUZZERI, *Il codice italiano di procedura civile illustrato*, II ed., Verona-Padova, vol. II, 1885, 369, il quale intende con notorio, ai fini di tale norma, «un fatto di tal natura che possa essere noto a più individui, a coloro, per esempio, che ne informano il giudice, un fatto di cui è testimone chi lo afferma per essergli caduto sotto i sensi, che fu osservato da più individui, o che può esserlo facilmente»). Cfr. anche CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, Padova, 1910, 580, secondo il quale sono notori i fatti «considerati dalla cognizione umana, come certi e indiscutibili».

<sup>56</sup> MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, V ed., Torino, vol. III, 1903, 393, il quale richiama in proposito una sentenza della Corte di Appello di Torino del 2 luglio 1900, in cui si era ritenuto che «i fatti caduti nel dominio della storia, dei quali la verità è attestata dall'universale consenso, costituiscono un patrimonio comune a tutti gli uomini».

<sup>57</sup> CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 733

<sup>58</sup> MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. III, *La conciliazione – Il compromesso – Il procedimento di dichiarazione in prima istanza*, III ed., Milano, 1906, 541.

<sup>59</sup> LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., 301.

<sup>60</sup> LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., 307.

senso i riferimenti alla notorietà fatti da Chiovenda e da Mortara<sup>61</sup>.

Del tutto peculiare (e sostanzialmente isolata) appare invece la posizione di Simoncelli, il quale, presupponendo la concezione retorica della prova, ammette l'utilizzabilità, senza bisogno di prova, di tutti i fatti che «sono di una certezza generale», ma ciò in considerazione del fatto che «il giudice li conosce, e la prova non ha altro scopo che quello di convincere il magistrato»<sup>62</sup>.

Le riflessioni più profonde in tema di notorio nella dottrina italiana del Novecento anteriore a Calamandrei, sembrano essere tuttavia quelle svolte da Carnelutti nella sua fondamentale monografia dedicata a *La prova civile*, monografia che, del resto, rappresenta «per la dottrina italiana, un momento fondamentale, centrato sull'inquadramento degli istituti probatori in quella teoria generale del processo che Carnelutti si è sempre attribuito il merito di avere costruito»<sup>63</sup>.

Anche le riflessioni in tema di fatto notorio ivi contenute offrono particolari spunti di interesse. Nello specifico, contrariamente a quanto sostenuto dalla prevalente dottrina di allora, Carnelutti differenzia nettamente la notorietà (definita come «certezza del giudice condivisa da una generalità di persone o acquisita in determinati modi») dalle ammissioni; rifacendosi alla distinzione di Windsheid fra fatto incontrovertibile e fatto incontrovertibile, sostanzialmente colloca le ammissioni nel primo caso e i fatti notori nel secondo (qualificati come vere e proprie *forme* di prova)<sup>64</sup>. Idee queste che vengono poi più specificamente precisate nelle *Lezioni di diritto processuale civile* del 1926, in cui Carnelutti sostiene che «non vi è bisogno della affermazione perché il giudice possa ritenere la esistenza o la inesistenza di fatti, i quali appartengono al patrimonio delle conoscenze comuni (della comune cultura)»<sup>65</sup>.

Coerentemente alla propria impostazione, «con mirabile diligenza, pari alla dottrina», dedica al tema del notorio un apposito articolo del proprio progetto di nuovo codice di procedura civile pubblicato nel 1926, ma elaborato a partire dalla fine del 1924<sup>66</sup>. Più specificamente, Carnelutti anzitutto configura il noto-

<sup>61</sup> LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., 299, nota 3.

<sup>62</sup> SIMONCELLI, *Diritto giudiziario*, Roma, 1903, 425.

<sup>63</sup> DENTI, *Prefazione*, in CARNELUTTI, *La prova civile*, ristampa, Milano, 1992, ix (ristampa da cui sono anche tratte le citazioni dell'opera). Sull'importanza di questa opera, si rinvia a CONSOLO, *Carnelutti dogmatico realista, dal diritto commerciale alla prova civile ed oltre*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 409, IRTI, *Per il centenario di «La prova civile» di Francesco Carnelutti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 365 e, in generale, i contributi pubblicati sul numero monografico della medesima rivista dedicato proprio al centenario dalla pubblicazione della monografia di Carnelutti.

<sup>64</sup> CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 25, nota 19.

<sup>65</sup> CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, *La funzione del processo di cognizione*, Padova, 1926, 370.

<sup>66</sup> In effetti, il progetto (sia nella versione originaria sia in quella poi rivista dalla Sottocommissione ministeriale) è stato pubblicato nel 1926 ed è del tutto noto come progetto Carnelutti del 1926 (cfr. i riferimenti bibliografici nella nota successiva). In realtà, i lavori sono iniziati già nel 1924 (a seguito del

rio come unica eccezione all'obbligo per il giudice di utilizzare ai fini della decisione solo i fatti che risultano dal processo (art. 269); poi ne propone una possibile definizione normativa: nell'art. 297 del progetto, infatti, definisce «pubblicamente noti quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione»<sup>67</sup>.

Proprio da questo «genialissimo progetto» Calamandrei prende lo spunto per iniziare il proprio saggio del 1925, saggio che influenzerà in modo decisivo la dottrina (non solo italiana) e lo stesso legislatore<sup>68</sup>.

In particolare, Calamandrei muove dalla constatazione che la rilevanza del notorio, passato dal diritto canonico a quello comune, è comunemente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, salve poche e limitate eccezioni; rileva, tuttavia, l'opportunità di inserire una norma specifica, come quella tedesca o quella prospettata da Carnelutti nel suo progetto. Calamandrei, appunto, parte dalla definizione proposta in quest'ultimo progetto; egli, tuttavia, la ritiene inadeguata, anche nella formula che la commissione ministeriale aveva adottato inserendo il riferimento ai «cittadini di media cultura»<sup>69</sup>. E da lì, quindi, cerca di trovare una definizione che meglio descriva e individui il fenomeno del notorio. Da subito, anche se senza alcuna particolare giustificazione o spiegazione, Calamandrei specifica di non volersi occupare del notorio giudiziale<sup>70</sup>. Dedicava anche poche osservazioni alla dottrina precedente, colto soprattutto dal «sospetto che,

---

r.d. 3 giugno 1924 istitutivo di una Commissione avente «l'incarico di predisporre i progetti dei decreti contenenti il Codice civile emendato, i nuovi Codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile»). È per questa ragione, del resto, che Calamandrei (membro della sottocommissione C, incaricata appunto della redazione del codice di procedura civile), nel suo saggio del 1925, poté già prendere in considerazione sia il progetto iniziale redatto da Carnelutti sia la versione emendata dalla sottocommissione. Per un brevissimo sunto dei lavori della commissione si veda la lettera del 24 giugno 1926 scritta da Ludovico Mortara al Ministro Alfredo Rocco, in accompagnamento al progetto, pubblicata unitamente al progetto stesso; cfr. *Codice di procedura civile. Progetto*, Roma, 1926, iii.

<sup>67</sup> CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Padova, 1926, 96. In generale, su tale progetto, si rinvia a CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del Progetto Carnelutti*, in ID., *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, vol. I, 188, TARELLO, *Francesco Carnelutti e il progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974, 499, DENTI, *Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 407, CIPRIANI, *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 320 ss., nonché, più recentemente, CONSOLO, *Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Carnelutti: dalla "Commerciale" alla "Processuale"*, in *Giust. civ.*, 2016, 691 e, in una complessiva prospettiva di analisi storica delle riforme processuali italiane, ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile. 1815-1942*, cit., 225 ss.

<sup>68</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 273, che così definisce proprio il progetto di Carnelutti. Va ovviamente precisato che, nel proprio saggio, Calamandrei fa riferimento anche alle modifiche apportate dalla Sottocommissione C (di cui fra breve nel testo).

<sup>69</sup> Cfr. il testo elaborato dalla Commissione Reale per la Riforma dei Codici, Sottocommissione C, edito in *Codice di procedura civile. Progetto*, Roma, 1926, 96.

<sup>70</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 275.

in questa materia del notorio, troppe volte si sia disputato più sul vocabolario che sul codice»<sup>71</sup>.

Fatte queste premesse, Calamandrei tenta appunto di arrivare a «fissare con sufficiente chiarezza il concetto di notorietà»<sup>72</sup>. Per fare ciò basa il proprio ragionamento su due assunzioni fondamentali. In primo luogo, afferma che «la notorietà [...] è – come si vedrà tra poco – una qualità di certi fatti così comunemente noti e indiscussi, che l'esiger per essi l'esperimento delle prove non aumenterebbe minimamente il grado di convinzione che il giudice e le parti debbono avere della loro verità»<sup>73</sup> e che «la definizione del fatto notorio deve esser cercata *prima e fuori del processo*»<sup>74</sup>.

Come si vedrà, tali due assunzioni condizioneranno fortemente le soluzioni poi concretamente adottate da Calamandrei e anche l'effettivo recepimento della nozione di notorietà nel codice del 1940. Ma procediamo con ordine. Calamandrei prima di tutto cerca di individuare la collocazione sistematica della figura del notorio; egli, in particolare, considera il notorio come un caso di deroga al divieto di scienza privata. Al pari di questo divieto, quindi, anche il notorio risponderebbe all'esigenza di tutelare l'imparzialità del giudice; sulla base di questo assunto Calamandrei ritiene che il notorio possa derogare il divieto di scienza privata solo nei casi in cui il giudice «non va[da] incontro a quei pericoli di parzialità e di scarso senso critico ai quali andrebbe incontro se volesse utilizzare in giudizio le sue informazioni private sui fatti non notori»<sup>75</sup>.

Il problema che, a questo punto, Calamandrei si pone è quello di capire quando un fatto è così chiaro e certo da evitare questi pericoli. In particolare si chiede se sia sufficiente la diffusa conoscenza di un fatto per rendere innocuo il «cumulo una stessa persona della qualità di testimone con quella di giudice». In fondo è lo stesso interrogativo con cui Stein concludeva le proprie riflessioni sul notorio, rimettendosi, però, alla sensibilità del giudice, in quanto è come vedere la differenza fra un mucchio di cereali e cento grammi di cereali<sup>76</sup>. A questo interrogativo, Calamandrei risponde negativamente, in piena coerenza con le premesse assunte; non si tratta, infatti, di una questione quantitativa, bensì qua-

<sup>71</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 280.

<sup>72</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 274. L'obiettivo forse non è apparentemente così ambizioso come quello di Stein (che si prefissava il raggiungimento di una «dottrina pura» del notorio; cfr. STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 134), ma certo è molto simile.

<sup>73</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 276.

<sup>74</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 281. Cfr. anche FERRARA, *Relatività del notorio*, in *Foro it.*, 1940, I, 967. Questa stessa consapevolezza, del resto, era già propria della dottrina precedente. Fra tutti, cfr. STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 133.

<sup>75</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 285.

<sup>76</sup> STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 141.

litativa<sup>77</sup>. Sottolinea molto chiaramente questo aspetto, ossia che la «differenza numerica non può avere nessuna importanza per stabilire una diversità qualitativa fra i due casi, dato che la notorietà, come vedremo, è sempre un concetto relativo a una determinata cerchia sociale più o meno limitata»<sup>78</sup>.

Per individuare il criterio (qualitativo) per distinguere le ipotesi, Calamandrei parte dalla nota distinzione di Stein fra massime di esperienza e fatti notori, sostenendo, però, che la stessa sia stata troppo enfatizzata, facendo così perdere di vista il fatto che si tratta pur sempre di «un fenomeno sostanzialmente unico»; fenomeno unico accomunato dal medesimo carattere, ossia che «le une e gli altri rientrano in quel patrimonio di nozioni comunemente e pacificamente accolte una determinata cerchia sociale, che possiamo genericamente denominare *cultura*»<sup>79</sup>.

Questo è il passaggio cruciale della tesi di Calamandrei e, come vedremo, anche il suo stesso punto debole. E rappresenta anche il punto di maggiore distanza rispetto alle idee di Stein. Calamandrei, in modo molto coerente, precisa che pur modificandosi nel tempo i fatti reputati notori, è comunque possibile constatare «che ad ogni cerchia sociale corrisponde un patrimonio comune di nozioni, che rappresentano il risultato di una esperienza e di una critica collettiva, sicché ciascun appartenente a quel gruppo le sceglie senza discuterle, perché partecipa alla *communis opinio*, formatasi ormai, nell'interno del gruppo, sulla verità della medesima»<sup>80</sup>.

È netta la differenza con Stein; quest'ultimo fonda la notorietà (per così dire in negativo) sulla divulgazione non contestata di un fatto; Calamandrei, invece, la fonda (per così dire in positivo) sul giudizio positivo da parte della cerchia sociale, ossia sull'esplicito accoglimento del fatto fra le nozioni comuni della cultura comune<sup>81</sup>.

Come specifica prima di concludere il proprio saggio, Calamandrei sottolinea che l'attendibilità del notorio dipende dalla serenità del contesto in cui il fatto è stato verificato, vale a dire «non in quell'atmosfera inquinata da partigianerie e spesso arroventata di passioni che si addensa sempre intorno ai fatti quando si considerano come possibile materia di una lite o di un dibattito

<sup>77</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 286.

<sup>78</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 288.

<sup>79</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 293.

<sup>80</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 294.

<sup>81</sup> Oltre a quanto già detto nel paragrafo precedente, cfr. anche STEIN, *Das Private Wissen der Richters*, cit., 139. Per una sostanziale adesione a questa impostazione per c.d. positiva del giudizio sociale, cfr. FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 971 (secondo il quale «la generale conoscenza diffusa in tutta una sfera di persone, circa i fatti della lite, ha già costituito all'infuori del processo una constatazione pari ad una attestazione stragiudiziale e quindi equivalente ad un dato di fatto altrui da valutare nella decisione della lite»).

penale, ma in quell'ambiente sereno e disinteressato in cui ogni gruppo sociale vaglia e depura da influssi partigiani le verità di cui tutti posson servirsi nell'interesse comune»<sup>82</sup>.

Questo passaggio, però, rappresenta anche l'aspetto di maggiore criticità di tale elaborazione; come vedremo meglio in seguito, il riferimento al concetto di cultura sostanzialmente (anche se ovviamente in modo non consapevole, visto che allora non se ne parlava ancora) pare ricollegare il concetto di notorio a una nozione di verità intesa come consenso sociale e non a una nozione corrispondente di verità. Non a caso, infatti, egli riconosce che «non si può escludere, così, che alcune di queste nozioni appartenenti oggi alla cultura di un determinato gruppo sociale possano domani esser dimostrate false; ma, insomma, esse costituiscono oggi ciò che, nella rispettiva cerchia, è ritenuto comunemente come verità»<sup>83</sup>.

Ma su questo torneremo meglio in seguito. Qui è importante sottolineare come sia proprio questo passaggio (da una conoscenza diffusa fra molte persone e non contestata a una conoscenza acquisita e accettata dalla cultura di un determinato gruppo sociale) a rappresentare, nel pensiero di Calamandrei, il tratto distintivo del notorio. Non basta che un fatto sia conosciuto da tanti, ma è necessario che tale fatto, o meglio, la verità di tale fatto sia stata valutata criticamente dal gruppo sociale e, quindi, accolta nel patrimonio di nozioni appartenenti al gruppo stesso. Proprio questo consente l'utilizzazione del notorio nel processo «senza controllo e senza critica, perché il controllo e la critica sono già stati compiuti fuori dal processo»; il giudice, quindi, «può tranquillamente utilizzarle senza trovarsi nella pericolosa situazione di dover giudicare sé stesso»<sup>84</sup>.

Da ciò discendono alcuni inevitabili corollari: in primo luogo, la natura qualitativa della critica prescinde dall'entità e dalla composizione del gruppo (ciò consente di configurare anche la figura del notorio ristretto); in secondo luogo, notorietà non implica «effettiva conoscenza del medesimo da parte di tutti i componenti questa cerchia e neppure effettiva conoscenza del medesimo da parte della maggioranza di questi»<sup>85</sup>. In definitiva, quindi, la notorietà prescinde dall'effettiva conoscenza da parte delle singole persone, ma si fonda sul preventivo controllo da parte del gruppo sociale (ossia sulla preventiva verifica di verità compiuta dal gruppo stesso) e sulla conseguente possibilità di verifica del fatto stesso<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 303.

<sup>83</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 294.

<sup>84</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 295.

<sup>85</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 296.

<sup>86</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 297, il quale lucidamente afferma che notorietà quindi «significa appartenenza del medesimo a quel patrimonio di nozioni dal quale tutti i componenti quella cerchia sanno di poter attingere quando occorre, colla sicurezza di trovarci

Coerentemente con tale impostazione, di fronte al notorio (a differenza dei fatti singoli), ogni persona è in sé fungibile, proprio perché il notorio prescinde dalla conoscenza diretta del fatto. In questo caso, del resto, ogni persona non testimonia il fatto ma la notorietà dello stesso. Da ciò ovviamente discende la possibilità per il giudice di informarsi privatamente sull'esistenza di fatti notori, senza violare alcun divieto; e, in questa veste, il giudice sostanzialmente si comporta come un perito (e non come un testimone), proprio per l'intrinseca fungibilità della conoscenza<sup>87</sup>.

Questa è, forse, la principale differenza rispetto alla concezione di notorio suggerita da Carnelutti. Come si ricorderà l'art. 297 del progetto del 1926 poneva specificamente l'attenzione non tanto sull'aspetto qualitativo dell'insieme di persone all'interno della quale valutare la notorietà quanto, piuttosto, sulla circostanza, certamente più oggettiva, che il fatto fosse «noto alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione»<sup>88</sup>.

In estrema sintesi, quindi, Calamandrei considera notorio qualsiasi fatto che, a prescindere dalla sua effettiva conoscenza, sia comunque considerato come vero da una specifica cerchia sociale (a prescindere dal numero e dal ceto), nell'ambito, cioè, di una determinata cultura. E in questo non vi è alcuna differenza con le massime di esperienza.

In definitiva, secondo il pensiero di Calamandrei, possono reputarsi notorie «non solo le conoscenze apprese a scuola, ma anche le conoscenze empiriche, tratte dalla esperienza e dalla tradizione, che ciascun uomo vivente in società possiede in conseguenza della sua appartenenza a una determinata cerchia di persone, aventi con lui – per le più disparate ragioni: di tempo, di luogo, di professione, di religione, di condizione economica e così via – comunanza di interessi e quindi comunanza di cognizioni atte a sodisfarli»; può, quindi, essere utilizzato in giudizio, senza necessità di prova, tutto ciò che è considerato come acquisito in una specifica cerchia sociale, dai fatti più rilevanti (come la cessazione di una guerra) a quelli più umili (come la data di una fiera annuale di bestiame)<sup>89</sup>.

---

registrate verità ritenute comunemente indiscutibili: non è la conoscenza effettiva che produce la notorietà, ma la normalità di questa conoscenza nel tipo medio di uomo appartenente a una certa cerchia sociale e per questo dotato di una certa cultura».

<sup>87</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 297.

<sup>88</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Padova, 1926, 96.

<sup>89</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 293.

### 3.3. Codificazione e consolidamento del notorio – *Quiete prima della tempesta*

Sarebbe superfluo sottolineare l'importanza della tesi di Calamandrei. Si tratta appunto ... di una circostanza notoria. Del resto la sua elaborazione ha influenzato non solo la dottrina e il legislatore italiani, ma anche la dottrina spagnola e sudamericana. Tuttora, le trattazioni manualistiche in tema di notorio citano come *auctoritas* in materia proprio il suo scritto degli anni Trenta o, meglio, la sua traduzione spagnola di qualche anno successiva<sup>90</sup>.

Limitandoci al dibattito dottrinale italiano, si può certamente affermare che la tesi di Calamandrei, imperniata sulla connotazione qualitativa del notorio e sul concetto di cultura, abbia accolto i favori della più autorevole dottrina di allora<sup>91</sup>. Tale tesi ha conseguentemente influenzato lo stesso legislatore nella redazione del codice del 1940 (anche perché, come già si è detto, Calamandrei fu uno dei più attivi estensori del testo poi approvato).

Tuttavia, occorre ugualmente ricordare le precisazioni e le critiche mosse da una parte minoritaria della dottrina di allora. Ad esempio, Ferrara, pur condividendo l'impostazione del pensiero di Calamandrei, ne mette in luce le incertezze connesse alla relatività del concetto di cultura posto a fondamento della definizione di notorio<sup>92</sup>. Altra parte della dottrina, invece, segnala l'ambiguità del concetto di cultura o quantomeno la sua eccessiva ampiezza, tale da consentire l'inclusione nella nozione di notorietà di fatti forse non effettivamente notori<sup>93</sup>.

Ma non solo. Viene messa in discussione la *ratio* del fondamento del divieto

---

<sup>90</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Estudios sobre proceso civil: la definición del hecho notorio*, Buenos Aires, 1945, 204. Calamandrei, al pari di Stein, è tuttora ricorrentemente citato nella manualistica spagnola e latino-americana. A titolo esemplificativo, viene espressamente richiamato da ORTELLS RAMOS, *La prueba: concepto y naturaleza jurídica*, in ID., *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2009, 349 e MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO, BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*, Valencia, 2001, 307, nonché, nella dottrina latino-americana, da SEBASTIÁN MIDÓN, *El objeto de la prueba*, in SEBASTIÁN MIDÓN (a cura di), *Tratado de la prueba*, Resistencia, 2007, 145 e, più in generale, da OTEIZA (a cura di), *La prueba en el proceso judicial*, Buenos Aires, 2009, *passim*. Anche nell'interpretazione dell'art. 281.4 LEC la dottrina spagnola, pur senza menzionarlo espressamente, si ispira spesso alla teoria del notorio elaborata da Calamandrei: cfr. GUASP, ARAGONESES, *Derecho procesal civil*, vol. I, *Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, VI ed., Madrid 2003, 358, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, vol. I, Barcelona, 1997, 328, ID., *Enjuiciamiento civil*, vol. I, *Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, 2008, 604, CABAÑAS GARCÍA, *Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio*, in *Justicia*, 1991, 565.

<sup>91</sup> Primo fra tutti, va menzionato ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 3, il quale inizia il proprio saggio partendo e condividendo il pensiero di Calamandrei. In senso sostanzialmente adesivo, PAVANINI, *Massime d'esperienza e fatti notori in corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 247, BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Roma, 1936, 318.

<sup>92</sup> FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 968.

<sup>93</sup> MAZZARELLA, *Appunti sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, 70.

di scienza privata, *ratio* che, come detto, costituisce il punto di partenza dell'elaborazione del concetto di notorio da parte di Calamandrei. In particolare, si è sottolineato come il fondamento di tale divieto non risieda nell'incompatibilità psicologica tra giudice e testimone «bensì nello intento di rendere controllabile alle parti le decisioni del giudice e garantire quindi l'imparzialità delle decisioni stesse»<sup>94</sup>.

Tali argomentazioni, pur cogliendo alcuni aspetti critici del pensiero di Calamandrei, sviluppate in modo forse troppo apodittico, non hanno inciso significativamente sulla concezione di notorietà recepita dalla dottrina di allora.

Nel panorama dottrinale anteriore all'emanazione del codice del 1940, tuttavia, merita certamente di essere segnalata la peculiare posizione di Carnelutti. Come si è già detto nel precedente paragrafo, ne *La prova civile*, egli aveva dedicato poche, ma certamente importanti, riflessioni alla definizione di fatto notorio; riflessioni che poi lo avevano coerentemente portato anche a proporre una specifica disciplina normativa del fatto notorio nel suo progetto di codice di procedura civile del 1926.

Egli, tuttavia, nel *Sistema di diritto processuale civile*, riprende in esame il tema del fatto notorio, con alcuni significativi (e per certi versi radicali) ripensamenti. Carnelutti, infatti, probabilmente riflettendo sull'articolo di Calamandrei (pur non espressamente citato), rimedita profondamente la precedente concezione di fatto notorio<sup>95</sup>. In particolare, colloca i fatti notori nell'ambito delle allegazioni fattuali, contrapponendoli alle allegazioni dei fatti della causa, anzi li colloca «in antitesi con *i fatti della lite*». Talché si può dire che egli di fatto smentisce se stesso e il proprio progetto (affermando ora che i fatti notori «non sono i fatti conosciuti dalla generalità dei cittadini») e prova a contestare l'impostazione di Calamandrei (sostenendo che i fatti notori non sono «neppure i fatti, la cui conoscenza è compresa nella comune o media coltura»). Carnelutti, quindi, giunge a un'elaborazione del tutto nuova della nozione di notorietà e, più specificamente, definisce notori i «fatti concernenti l'interesse generale, quali pertanto ogni uomo di media coltura non tanto ha la possibilità quanto ha lo stimolo di conoscere»<sup>96</sup>.

Tale posizione viene ribadita anche nella successiva voce *Prova civile e penale*, pubblicata nel 1935 sull'Enciclopedia Treccani. In tale occasione, infatti, Carne-

<sup>94</sup> MAZZARELLA, *Appunti sul fatto notorio*, cit., 71.

<sup>95</sup> Va detto, del resto, che già ne *La prova civile* Carnelutti era sostanzialmente consapevole dell'incompletezza della propria elaborazione della nozione di fatto notorio. Nella già citata nota 19 di pagina 25, infatti, egli rimanda il lettore alla seconda parte del libro per una più specifica illustrazione della «teoria del notorio (infra, parte seconda)». Tuttavia, nella seconda parte del libro il tema del notorio non viene più ripreso o menzionato.

<sup>96</sup> CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 420.

lutti, rileva – in modo forse ancora più chiaro – che la differenza fra fatti notori e fatti della lite (ossia fatti controversi) sta essenzialmente nella circostanza che, a differenza dei secondi, i primi «poiché toccano l'interesse generale, non già sono, ma possono essere conosciuti attraverso i mezzi della comune cultura»<sup>97</sup>.

Secondo questa nuova impostazione la notorietà non discenderebbe né dalla diffusione della conoscenza del fatto né dalla sua inclusione nel bagaglio delle conoscenze comuni, ma deriverebbe dalla rilevanza pubblica del fatto e dalla sua conseguente facile conoscibilità. Si tratta di un cambiamento estremamente significativo; come chiaramente messo in evidenza da De Stefano, «il notorio sarebbe non più fatto di conoscenza o di esperienza generale, secondo la formula accolta anche legislativamente, ma fatto di generale interesse, perché comprenderebbe [...] non tanto le nozioni comunemente possedute dall'uomo medio, quanto tutte le nozioni che interessano la generalità degli uomini»<sup>98</sup>. La posizione di Carnelutti (peraltro da lui stesso svolta con sintetiche considerazioni) appare decisamente innovativa e, come si dirà meglio in seguito, ricca di spunti ancora attuali. Tuttavia, la dottrina (di allora, ma anche successiva) ha generalmente respinto o trascurato questa impostazione<sup>99</sup>.

In effetti, la concezione di Calamandrei (e, in particolare, il riferimento alla comune cultura e l'equiparazione fra massime d'esperienza e fatti notori) ha influenzato direttamente la soluzione accolta nell'art. 115 c.p.c. del codice di rito del 1940, prima codificazione italiana a recepire e disciplinare il concetto di notorietà. Del resto, come profetizzato pochi anni prima da Allorio, la legislazione «non ha potuto disconoscere una tendenza che, rinvigoritasi nella pratica, era, ormai, vano combattere, e necessario, invece, disciplinare con norme espresse»<sup>100</sup>.

Anche nei primi commenti all'art. 115 c.p.c., del resto, si è affermato che «la norma è adunque rafforzativa di un principio che la giurisprudenza aveva già ammesso»<sup>101</sup>. Anzi, con essa «il fatto notorio entra a bandiere spiegate nella legislazione positiva italiana»<sup>102</sup>. E sempre i primi interpreti, coerentemente con il pensiero di Calamandrei, hanno inteso l'espressione nozioni di fatto che rien-

<sup>97</sup> CARNELUTTI, voce *Prova civile e penale*, in *Enc. Treccani*, Roma, 1935, paragrafo 7, qui consultata nella versione reperibile online ([http://www.treccani.it/enciclopedia/prova-civile-e-penale\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/prova-civile-e-penale_%28Enciclopedia-Italiana%29/)).

<sup>98</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 40.

<sup>99</sup> Cfr., oltre a DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 40, anche MAZZARELLA, *Appunti sul fatto notorio*, cit., 69.

<sup>100</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 7.

<sup>101</sup> NAPPI, *Artt. 115-116*, in ID., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, *Disposizioni Generali*, Parte II – Articoli 75-162, Milano, 1941, 670. In questo senso, cfr. OTTELLO, *Articolo 115. Disponibilità delle prove*, in D'AMELIO, *Il nuovo codice di procedura civile. Commentario. Libro primo*. Art. 1-162, Torino, 1943, 491.

<sup>102</sup> ANDRIOLI, *Dei poteri del giudice. Art. 115*, in ID., *Commentario al codice di procedura civile*, II ed., vol. I, *Disposizioni generali*, Napoli, 1943, 319.

trano nella comune esperienza come riferita ai fatti notori, ossia ai «fatti noti alla generalità dei cittadini di media cultura nel luogo e nel tempo in cui avviene la decisione»<sup>103</sup>.

Nei primi anni successivi all'emanazione del codice il tema del notorio è stato oggetto di ampi dibattiti dottrinali. Del resto, per così dire, l'immediato dopoguerra era un'epoca di fatti notori. La cessazione del conflitto mondiale, gli stravolgimenti sociali e politici derivati dal conflitto e la durezza delle conseguenze economiche erano tutti eventi eccezionali, fortemente radicati nella mente delle persone. Un po' forse per questo, un po' certamente per la novità normativa introdotta dal codice del 1940, la dottrina si è occupata diffusamente del tema del notorio negli anni Quaranta e Cinquanta.

Non a caso, è proprio con riferimento a una serie di pronunce giurisprudenziali in tema di notorietà dello stato di guerra che nascono le prime occasioni di discussione<sup>104</sup>. In proposito, una prima (forse allora non ancora autorevole, ma senza dubbio controcorrente) posizione è quella di Denti. Egli, infatti, sostiene che, a dispetto delle apparenze e delle intenzioni del legislatore, l'art. 115 c.p.c. non riconosca il concetto di notorietà. Denti, infatti, sostiene espressamente che tale norma «non disciplina affatto il notorio, in primo luogo perché essa concerne l'onere dell'informazione, mentre il notorio attiene all'onere della prova»<sup>105</sup>.

L'attacco è frontale, anche perché, senza mezzi termini o eufemismi, Denti prosegue sostenendo che l'art. 115 è «frutto di una non approvabile tecnica legislativa, anche se è il manifesto portato della dottrina che aveva unificato sotto il

---

<sup>103</sup> OTTELLO, *Articolo 115. Disponibilità delle prove*, cit., 492. Cfr. ancora NAPPI, *Artt. 115-116*, cit., 670. Si vedano anche MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 103 e ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Introduzione e parte generale*, V ed., 1946, 328.

<sup>104</sup> In particolare, sono due le pronunce della Corte di Cassazione che suscitano l'attenzione della dottrina. Si tratta, in particolare, della sent. n. 1487 del 1947 (annotata da MONTESANO, *In tema di fatti notori e di sospensione dei termini processuali*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 220, ove anche per il testo integrale della sentenza) e della sentenza n. 1568 del 1947 annotata da DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 263, ove, anche in questo caso, il testo della pronuncia). È curioso notare che nel commento della prima sentenza, Montesano già dà conto (in modo parzialmente critico) del giudizio espresso da Denti sulla seconda pronuncia. Quest'ultimo, in particolare, critica la Suprema Corte (richiamatasi sostanzialmente alla nozione di notorietà di cui all'art. 297 del progetto Carnelutti) per aver esteso acriticamente la sospensione dei termini processuali (disposta per legge in conseguenza degli eventi bellici) senza una verifica specifica che, nel caso concreto, tali eventi avessero davvero determinato un impedimento allo svolgimento della specifica attività. In particolare, Denti ritiene che la notorietà non sia più applicabile «quando si debbano accertare le condizioni particolari di un soggetto, poste da questo a fondamento di una sua pretesa» (DENTI, *op. cit.*, 263). Secondo Montesano, invece, la corte di Cassazione (nell'estendere automaticamente la sospensione dei termini in conseguenza degli eventi bellici) non ha fatto un'applicazione sbagliata del notorio. Lo ha semplicemente utilizzato all'interno di un ragionamento di tipo presuntivo.

<sup>105</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 264.

profilo giuridico le nozioni di fatto notorio e di massima d'esperienza». Il riferimento è ovviamente a Calamandrei<sup>106</sup>.

In particolare, la critica di Denti si concentra sul dato letterale della norma; egli sottolinea soprattutto l'ambiguità del testo dell'art. 115 c.p.c., in quanto l'espressione «“nozioni di fatto”, in contrapposto a “nozioni di diritto”, abbraccia tutta la cultura non giuridica del magistrato e non fa riferimento alla conoscenza del fatto da parte di una generalità di persone nel tempo e nel luogo della decisione, bensì alla “comune esperienza” (ossia al carattere medio della cultura: con che la relatività del notorio viene trascurata)»<sup>107</sup>.

Questa critica viene subito ribattuta da Montesano, il quale, pur ritenendo (al pari di Denti) che sarebbe stato preferibile un testo simile a quello formulato nel progetto Canelutti, ritiene che l'art. 115 c.p.c. disciplini comunque il notorio, configurandolo come eccezione al divieto di scienza privata, anche se in modo improprio<sup>108</sup>.

Ma la critica di Denti riguarda anche la collocazione sistematica del notorio. In particolare, egli non condivide l'equiparazione fatta da Calamandrei fra fatti notori e massime d'esperienza, contestando, in particolare, la «fungibilità» nella nozione di fatto notorio e l'equiparazione alla perizia. In particolare, sottolinea che «la fungibilità della perizia discende dal non essere questa un mezzo di prova [...] mentre il fatto notorio allegato dalle parti, per le sue caratteristiche obiettive, è direttamente valutato dal giudice, con funzione eccezionale di testimone»<sup>109</sup>.

Più specificamente, secondo Denti il fatto notorio attiene all'onere della prova, senza coinvolgere il problema dell'allegazione («si sottraggono pertanto all'onere della prova quei fatti che, per il soggetto che li ha posti in essere o per la diffusa conoscenza che di essi ha la generalità dei cittadini, non rientrano nella sfera giuridica privata delle parti, ma sono, si può dire, indisponibili per volontà del soggetto che potrebbe avvalersene, anche attraverso lo strumento della

<sup>106</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 265.

<sup>107</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 266. In questo senso sembra anche esprimersi, in uno dei primi commentari al nuovo codice, NAPPI, *Artt. 115-116*, cit., 669, secondo il quale non si doveva cadere in un «assurdo equivoco, quale sarebbe quello di ritenere possibile che il giudice, senza bisogno di prova, ponesse a fondamento della sua decisione fatti che a lui sono notori». In realtà, a quest'ultimo commento sembra sottesa una concezione ristretta di fatto notorio (inteso esclusivamente come fatto costitutivo notorio). Nella nota 4 della pagina appena citata, infatti, si specifica che «potrebbe così sembrare che si possano conoscere come notori i fatti costitutivi del diritto, o in genere quelli dai quali si vogliono ricavare conseguenze giuridiche dirette a favore della parte; il che sarebbe assurdo». Ad una più attenta analisi, quindi, tale ultimo commento sembra intendere l'espressione «nozioni di fatto» riferita sia alle massime di esperienza sia ai fatti notori secondari.

<sup>108</sup> MONTESANO, *Osservazioni sui “fatti notori”*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 224.

<sup>109</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 266, precisando, inoltre, che, nel caso del notorio, il giudice agirebbe come testimone «uti civis» e non «uti singulus».

testimonianza: fatti di carattere, lato sensu, pubblicistico») <sup>110</sup>. Sempre secondo Denti, l'equivoco nasce dall'uso del termine "prove" nel primo comma dell'art. 115 c.p.c., quando, invece, sarebbe stato preferibile utilizzare una formula simile a quella contenuta nell'art. 296 del progetto Carnelutti (in cui, infatti, si parlava sempre di "fatti" e non di "prove") <sup>111</sup>.

Di contrario avviso è, ancora una volta, Montesano, il quale, pur condividendo il pensiero di Denti circa la distinzione fra massime d'esperienza e fatti noti, ritiene piuttosto che il ruolo delle prime si ritrovi più propriamente nel momento della decisione e della valutazione delle prove, non invece in quello dell'affermazione dei fatti <sup>112</sup>.

Ribaltando quindi il ragionamento di Denti (secondo cui l'art. 115 c.p.c. disciplinerebbe solo le massime d'esperienza), Montesano ritiene invece che proprio i fatti noti siano disciplinati da quest'ultima norma, mentre, invece, le massime d'esperienza rientrino nel campo di applicazione dell'art. 116 c.p.c. In particolare, partendo dalla stessa convinzione di Denti (ossia che l'art. 115 c.p.c. di fatto sancisca il divieto di scienza privata del giudice), egli afferma che «l'applicazione delle massime d'esperienza non si presenta nel processo come eccezione ad un divieto [di scienza privata appunto, n.d.r.], ma bensì quale normale svolgimento della valutazione dei fatti di causa» <sup>113</sup>.

La differenza fra queste due imposizioni non appare essere solo teorica. La diversa collocazione sistematica del fatto notorio implica significative conseguenze in termini di allegazioni; secondo Denti, infatti, il notorio non sfugge all'onere di allegazione: «la caratteristica pubblicistica del notorio entra in gioco per sottrarlo all'onere della prova, non per attribuire al giudice un *officium* di tenerne conto oltre i limiti delle affermazioni delle parti» <sup>114</sup>. Secondo Montesano, invece, l'art. 115 c.p.c. sancirebbe il divieto di scienza privata (dal punto di vista dell'allegazione) e, quindi, la deroga contenuta nel secondo consentirebbe

---

<sup>110</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 263, nonché 267, ove, a mo' di conclusione del proprio saggio, afferma ancora più chiaramente «la *sedes materiae* dell'istituto del notorio non è la norma relativa all'onere dell'informazione, bensì quella che disciplina l'onere della prova».

<sup>111</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 264.

<sup>112</sup> MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 225, nonché 226 (ove specifica molto chiaramente che «nel porre i fatti notori a base della sua decisione, il giudice compie qualcosa di ben diverso, in quanto eccezionalmente si serve delle proprie cognizioni per procurarsi l'oggetto stesso del suo ragionamento»). In sostanza, «può dirsi, perciò che il giudice si serve della propria conoscenza di fatti notori come di una testimonianza». In questo senso, cfr. anche ANDRIOLI, *Dei poteri del giudice*, cit., 317.

<sup>113</sup> MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 225, il quale precisa anche che il divieto della scienza privata «attiene soltanto alla posizione dei fatti di causa, ma non alla valutazione di essi; nella quale sarebbe addirittura assurdo che il giudice non si comportasse sulla base della propria ragione e della propria cultura».

<sup>114</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 265.

al giudice di rilevare *ex officio* i fatti notori, anche se non allegati<sup>115</sup>.

Pur nella diversità delle rispettive opinioni, sia Denti sia Montesano negano la fungibilità fra fatto notorio e massime d'esperienza, ma contemporaneamente concordano sul fatto che il fatto notorio trovi il proprio fondamento nella comune cultura. In realtà, entrambi richiamano il pensiero di Carnelutti (e il rilievo dato da quest'ultimo al carattere pubblicistico dei fatti notori), ma da ciò non ricavano possibili obiezioni al concetto di cultura, posto come referente da Calamandrei per il fatto notorio<sup>116</sup>. Per citare le emblematiche parole di Montesano, «la cultura in sostanza è per il giudice mezzo solo eccezionale per la raccolta del materiale di causa, ma mezzo normale e necessario per la sua valutazione»<sup>117</sup>.

È, invece, proprio in questa direzione, che si muovono i ripensamenti della dottrina successiva. In effetti, fino ad allora il concetto di cultura, come indissolubile referente della nozione di fatto notorio, era stato considerato come sostanzialmente pacifico<sup>118</sup>. In effetti, come già si è visto, la dottrina anteriore al codice del 1940 aveva proposto interpretazioni sostanzialmente correttive o integrative di quella di Calamandrei. Betti aveva parlato di «società storicamente determinata»<sup>119</sup>, Pugliatti di «livello di studi necessari per poter accedere alla funzione di magistrato»<sup>120</sup>, Allorio, invece, di cultura del cittadino di media istruzione<sup>121</sup>. Tutti, comunque, avevano cercato di definire meglio il concetto di cultura media e di cerchia sociale, senza però mai metterlo effettivamente in discussione.

Il problema si è ovviamente riproposto successivamente all'emanazione del codice. Così come la dottrina anteriore al codice, anche quella immediatamente successiva non ha messo in discussione il riferimento al concetto di cultura,

<sup>115</sup> MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 225.

<sup>116</sup> Secondo Montesano, ad esempio, le differenti prospettive di Calamandrei e di Carnelutti non sono inconciliabili, ma colgono aspetti diversi della stessa realtà (MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 224). In realtà, come si dirà più avanti nel testo, è proprio dalla significativa differenza fra le due posizioni che è possibile partire per riesaminare il concetto di fatto notorio.

<sup>117</sup> MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 225.

<sup>118</sup> Cfr. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1309 ss., il quale non solo fa espresso riferimento ai concetti, elaborati da Calamandrei e dalla dottrina nella prima metà del Novecento, di cultura media e di relatività del concetto di notorio, ma anche nega validità alla tesi di Carnelutti, secondo cui il notorio presupponeva anche la sussistenza di un ulteriore presupposto (ossia l'interesse generale suscita dall'evento). Di questo avviso si veda Andrioli, il quale ha mantenuto ferma la propria posizione, già espressa nell'imminenza dell'entrata in vigore del nuovo codice, anche nella terza edizione del proprio commentario; cfr. ANDRIOLI, *Dei poteri del giudice. Art. 115*, in ID., *Commentario al codice di procedura civile*, III ed., vol. I, *Disposizioni generali*, Napoli, 1961, 331.

<sup>119</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Roma, 1936, 318, ove considera notori i fatti appartenenti al «patrimonio stabile di cognizioni del cittadino di media cultura in una società storicamente determinata (quella cui appartiene il giudice)».

<sup>120</sup> PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, 129.

<sup>121</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 13.

ma ha semplicemente cercato di specificarlo e precisarlo<sup>122</sup>.

Secondo Andrioli, ad esempio, fermo restando che il notorio deve essere frutto di una «attività intellettuale di più persone», la conoscenza di riferimento è quella del «cittadino medio, il quale non è un'arca di scienza, ma non è neppure uno zotico, e non manca di leggere i giornali quotidiani e i settimanali a rotocalco, di ascoltare la radio e di assistere alle proiezioni della televisione»<sup>123</sup>.

Una posizione a sé è quella di Satta; egli, infatti, parla di notorietà esclusivamente con riferimento ai casi in cui «vi è cioè un comune interesse che si concentra in quel fatto» e da ciò ritiene che possano essere notori esclusivamente i fatti secondari; nel caso dei fatti primari o costitutivi, infatti, non vi sarebbe mai un interesse comune su di essi, ma esclusivamente singolare<sup>124</sup>.

La piena adesione alla concezione di cerchia sociale di Calamandrei è dimostrata anche dal contributo di Micheli, di poco anteriore a quelli di Denti e di Montesano citati in precedenza, avente ad oggetto il commento di una sentenza che aveva escluso la notorietà di fatti risultanti solamente dalla stampa<sup>125</sup>.

Egli, infatti, pur consapevole delle difficoltà nel distinguere la notorietà dalle mere voci, ritiene comunque eccessivo escludere in modo assoluto le risultanze dei giornali nella valutazione del notorio. Soprattutto, però, Micheli ribadisce la tesi di Calamandrei, secondo cui, appunto, la differenza fra voci e notorietà è essenzialmente qualitativa, rinvenendosi proprio nel controllo culturale della comunità la «trasformazione» da voce a fatto notorio. Detto in altri termini, per Micheli, così come già per Calamandrei, la nozione di fatto notorio sta in «una abbreviata dimostrazione del fatto». È il controllo culturale sul fatto (più propriamente sulla veridicità del fatto) che ne rende superflua la prova. Tuttavia, «l'appartenenza di un fatto alla comune esperienza non deve escludere la possibilità di effettuare in altro modo l'accertamento del fatto medesimo»<sup>126</sup>.

Per quanto apparentemente aderente alla tesi di Calamandrei, nel pensiero di Micheli si può cogliere una significativa, ma certamente dirompente, novità, ossia la convinzione che il notorio, pur configurandosi come dimostrazione abbreviata del fatto, possa comunque, almeno in linea teorica, trovare una dimostra-

<sup>122</sup> Per una sintetica disamina delle opinioni espresse in argomento, si rimanda a DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947, 35 ss., nonché ID., voce «Fatto notorio (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 1004.

<sup>123</sup> ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 280 s., ove, al pari di Calamandrei, individua nella spersonalizzazione dell'esperienza l'elemento essenziale che conferisce «quel tanto di obiettività che convince a porre i fatti, che ne formano oggetto, a base della decisione senza bisogno di prove assunte su istanza di parte o disposte d'ufficio dal giudice».

<sup>124</sup> SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, 108, nonché ID., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, *Disposizioni generali*, Milano, 1959, 460.

<sup>125</sup> MICHELI, *Sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, 286, ove anche per il testo della sentenza emessa dalla Corte App. Napoli il 30 maggio 1945.

<sup>126</sup> MICHELI, *Sulla nozione di fatto notorio*, cit., 287.

zione piena. Questo passaggio è certamente innovativo, anche perché Calamandrei non si era effettivamente posto tale problema; anzi, forse implicitamente aveva persino escluso tale ipotesi<sup>127</sup>.

È proprio da questa esigenza di verifica, o meglio sarebbe dire di verificabilità, del notorio che muovono i successivi sviluppi del dibattito dottrinale. In effetti, si è giustamente rilevato come la nozione di cerchia sociale utilizzata da Calamandrei, «non sia idonea ad una determinazione processualmente valida del notorio, perché quella nozione, nella sua latitudine, non evita il rischio di rendere troppo ampia e quindi particolarmente sconfinata la sfera dell'istituto»<sup>128</sup>. E ciò soprattutto in considerazione della possibilità di interpretare troppo estensivamente tale riferimento.

Il riferimento va, in particolare, alle riflessioni di De Stefano. Quest'ultimo, infatti, a dimostrazione dell'acquisita consapevolezza della necessaria verificabilità del notorio, afferma chiaramente che dal notorio «il giudice desume non solo una cognizione, qualunque essa sia, ma una cognizione che ha il valore qualificato della certezza». Da ciò consegue anche che la «certezza» costituisce «attributo essenziale della conoscenza notoria»<sup>129</sup>.

Tale posizione è chiaramente ribadita anche in uno studio successivo, ove, in modo forse ancora più chiaro, De Stefano afferma che la notorietà non è un fatto materiale o un indizio, ma che la stessa «come forma di conoscenza e quindi come attività spirituale, appartiene certamente alla classe dei fenomeni rappresentativi, piuttosto che a quella degli indizi». Conseguentemente, essa «si impone da sola, e pertanto deve possedere originariamente ed essenzialmente il carattere della certezza» e si configura necessariamente «come fatto di conoscenza dotato del valore della certezza»<sup>130</sup>.

Apparentemente potrebbe ritenersi che questa posizione non si differenzi molto da quella di Calamandrei; e, in fondo, De Stefano cerca comunque di coordinare la propria tesi con quella dell'illustre maestro. Tuttavia, ad uno sguardo più attento, come si dirà anche meglio nel prosieguo, le posizioni appaiono incompatibili. Entrambi, infatti, pur presupponendo alla base del notorio l'esigenza di certezza, si riferiscono a nozioni di certezza (dovremmo dire più propriamente di verità) diverse. Come già accennato, la nozione di certezza (ossia di verità) utilizzata da Calamandrei a fondamento del notorio può essere sostan-

---

<sup>127</sup> Proprio l'affermazione secondo cui «in relazione alla conoscenza dei fatti notori, tutti i partecipanti del gruppo sono tra loro fungibili» (CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 297) parrebbe sottintendere che nessuno, in particolare, possa essere sentito come fonte di prova diretta (e quindi in un certo senso diversa o migliore di altre) per la dimostrazione del fatto notorio.

<sup>128</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1004.

<sup>129</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 24.

<sup>130</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1002.

zionalmente equiparata a quella che oggi viene definita come nozione consensualistica di verità; non a caso, in piena coerenza con tale impostazione, Calamandrei afferma che vi è notorietà quanto un fatto è ritenuto tale dalla cerchia sociale in un determinato momento storico, ferma restando, però, la possibilità che tale fatto possa poi in un secondo momento rivelarsi falso<sup>131</sup>.

Ben diversa, invece, è la concezione di certezza (verità) utilizzata da De Stefano. Ciò si capisce, innanzi tutto, dalla netta distinzione che egli fa tra opinione pubblica e fatto notorio («diametricale contrapposto» alla prima). Il fatto notorio non si basa sull'opinione pubblica, ma deve entrare a far parte della cultura e, quindi, «tende verso la “scienza”, poiché il contrapposto fra scienza e opinione è corrente e diffuso (fin dalla classica contrapposizione della “Episteme” alla “doxa”）」<sup>132</sup>.

Egli, ancora più chiaramente, afferma che «in effetti, dimostrare la pubblica scienza di un fatto implica sempre e necessariamente accertare la realtà e verità di esso»; intendendo la notorietà come scienza allora è inevitabile «dare la prova che il fatto comunemente conosciuto sia reale». Pertanto, «il richiamo alla pubblica scienza può agevolare nel suo svolgimento pratico la dimostrazione che la parte dia della verità di un fatto, ma non cambia in nulla la natura e il significato giuridico di una tale dimostrazione»<sup>133</sup>.

Per quanto consapevole della differenza della sua posizione rispetto a quella di Calamandrei (come si intuisce quando si prospetta il dubbio che «definito in tal modo il fenomeno del notorio, il problema della sua determinazione in concreto si è spostato ma non risolto»), tuttavia, questo autore non sembra cogliere la portata innovativa della propria impostazione di fondo, ma cerca di coordinare la propria tesi con quella di Calamandrei, cercando di sostituire il riferimento alla «cultura» con il riferimento alla «scienza»<sup>134</sup>.

In realtà, De Stefano non coglie l'incommensurabilità delle due posizioni. Non è questione di gradi e non è sufficiente sostituire la cerchia sociale di Calamandrei «con una collettività definita in base a criteri politico-amministrativi»<sup>135</sup>. Si tratta, invece, di concepire la notorietà da un punto di vista soggettivo, come esito del consenso di un insieme indefinito di persone accumulate da qualche caratteristica (come la cerchia sociale di Calamandrei, ma anche la collettività politico-amministrativa di De Stefano), oppure di concepirla in senso

---

<sup>131</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 294. Del resto, questa è la stessa idea condivisa da Chioyenda, il quale parla di «complesso di cognizioni che sono comuni a tutti gli uomini, o a un numero così grande di uomini che la verità della sua cognizione sia controllabile senz'altro», CHIOYENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 733.

<sup>132</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947, 48.

<sup>133</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1010.

<sup>134</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947, 50.

<sup>135</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1005.

oggettivo, quale effettiva corrispondenza alla realtà dei fatti. Nonostante le premesse il concetto di notorio come pubblica scienza di De Stefano non appare molto diverso dal notorio di pubblica cultura di Calamandrei<sup>136</sup>.

Nella sostanza, anche De Stefano, pur partendo da premesse di certezza oggettiva (in base alle quali il notorio richiede un fondamento certo e indiscutibile), arriva a una nozione di notorio come certezza soggettivamente condivisa. Pur essendo partito da una implicita concezione corrispondentista della verità, egli perviene a conclusioni che di fatto implicano una teoria consensualistica della verità<sup>137</sup>. Non a caso, è lo stesso De Stefano a sintetizzare il proprio pensiero affermando che «in sostanza un fatto ha la sua prova quando è in accordo col sistema organico dei giudizi, generali e particolari, che il soggetto è venuto costruendo sulle proprie esperienze sensibili»<sup>138</sup>. Contrariamente a quanto sostenuto dallo stesso, i problemi posti dalla teoria di Calamandrei sono stati semplicemente «spostati», ma non risolti<sup>139</sup>. Lo stesso De Stefano precisa espressamente che la sua proposta «è una specificazione del più lato concetto di cultura, perché potrebbe esserci una cultura non scientifica, per esempio artistica o d'altro tipo, la quale assai difficilmente potrebbe considerarsi come utilizzabile in processo»<sup>140</sup>.

Il problema non era quello di pervenire a connotare oggettivamente (e, quindi, di meglio definire) la concezione di certezza posta a fondamento del notorio da Calamandrei, quanto piuttosto di mutare radicalmente la concezione di notorietà (trasformandola *tout court* da soggettiva a oggettiva). Ma su questo torneremo meglio in seguito.

Qui si può, tuttavia, sottolineare come questa intrinseca contraddizione spieghi le incertezze e le ambiguità della tesi di De Stefano, fra cui, in particolare, la distinzione fra fatti immediatamente notori, in quanto «svolti immediatamente in presenza del pubblico», e fatti indirettamente notori<sup>141</sup>. Nel primo caso, i fatti, in

<sup>136</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1006.

<sup>137</sup> Sulla nozione di verità come consenso o accettabilità giustificata, cfr., anche per ulteriori riferimenti, UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 18 e TARUFFO, *La seplice verità*, cit., 128 ss.

<sup>138</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1007, ove specifica ulteriormente che «l'elemento logico della coordinazione dei dati non può mai mancare» e «sarà pertanto da considerarsi notorio il fatto che risulti, in modo diretto o indiretto, alle rappresentazioni sensibili e alle massime di esperienza di quella comunità di soggetti, che sopra si è chiamato pubblico».

<sup>139</sup> Ad esempio, non si capisce come sia possibile coordinare l'affermazione nel testo con quelle secondo cui «dimostrare la pubblica scienza di un fatto implica sempre e necessariamente accertare la realtà e verità di esso» e «il richiamo alla pubblica scienza può agevolare nel suo svolgimento pratico la dimostrazione che la parte dia della verità di un fatto, ma non cambia in nulla la natura e il significato giuridico di una tale dimostrazione» (DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1010).

<sup>140</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1007.

<sup>141</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 58.

conseguenza delle loro specifiche modalità di formazione (come ad esempio in caso di incendi o di guerre), si manifesterebbero come notori «sul piano immediato dell'esperienza collettiva»; nel secondo, invece, i fatti diventerebbero notori «in virtù di convenienti mezzi di diffusione e propalazione della loro notizia»<sup>142</sup>.

Anche la giurisprudenza, così come la dottrina, perviene a diverse elaborazioni del concetto di notorietà. Come si è visto, le pronunce emesse nel periodo immediatamente successivo all'emanazione del codice risentono ancora del dibattito dottrinale anteriore, tanto è vero che in alcune vi è l'esplicito riferimento alla nozione di fatto notorio elaborata e proposta da Carnelutti<sup>143</sup>. Del resto, come si è già segnalato, il periodo immediatamente successivo alla fine del secondo conflitto mondiale era senza dubbio un'epoca di fatti notori; per un primo periodo la giurisprudenza è stata più impegnata a domandarsi se un fatto fosse o meno notorio, piuttosto che a ricostruirne la definizione astratta<sup>144</sup>.

Successivamente, però, la concezione del notorio come conoscenza propria dell'uomo di cultura media viene progressivamente fatta propria anche dalla giurisprudenza. Conformemente alle opinioni dottrinali, il notorio viene pacificamente ricondotto all'art. 115 c.p.c., al quale «allude» il secondo comma di tale norma<sup>145</sup>, al pari delle massime d'esperienza<sup>146</sup>; anche la definizione del notorio come «fatto conosciuto da un uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo» e «senza necessità di ricorso a specifiche nozioni o giudizi tecnici» diventa una formula progressivamente utilizzata dalla giurisprudenza in modo tralattivo<sup>147</sup>. Reiterati sono anche i riferimenti al concetto, derivato chiaramente dal

<sup>142</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1007.

<sup>143</sup> Si ricordi, ad esempio, la sent. n. 1568 del 1947 emessa dalla Corte di Cassazione, pubblicata in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 263 e ivi commentata da DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in cui la Suprema Corte prende come riferimento della nozione di notorietà sostanzialmente quella elaborata da Carnelutti nell'art. 297 del suo progetto.

<sup>144</sup> Per una illustrazione delle più risalenti pronunce giurisprudenziali in tema di notorio, cfr. ANDRIOLI, *Prova*, in ID., *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, 57, già prima edita quale voce *Prova* del Novissimo diretto italiano nel 1967.

<sup>145</sup> Cass. civ., sez. III, 21 maggio 2004, n. 9705, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Prova civile in genere*, n. 43, Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2004, n. 7500, in *Arch. circolaz.*, 2004, 982. In termini di vera e propria riconducibilità del fatto notorio nell'art. 115 c.p.c., si vedano Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2016, n. 5089, in *CED Cassazione*, 2016, Cass. civ., sez. lav., 1 febbraio 2003, n. 1516, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Prova civile in genere*, n. 24, Cass. civ., sez. lav., 7 gennaio 2003, n. 26, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Prova civile in genere*, n. 23, Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2000, n. 8744, in *Arch. circolaz.*, 2001, 28, Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2000, n. 5680, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Prova civile in genere*, n. 38, Cass. civ., 24 giugno 1983, n. 4326, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Prova civile in genere*, n. 26.

<sup>146</sup> Cass. civ., sez. II, 4 ottobre 2011, n. 20313, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Prova civile in genere*, n. 25, Cass. civ., sez. II, 19 gennaio 2006, n. 981, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Prova civile in genere*, n. 25.

<sup>147</sup> Solo per citare alcune delle innumerevoli sentenze che riprendono acriticamente questa

pensiero di Calamandrei, di «cerchia sociale»<sup>148</sup> e la riaffermazione della necessità che le conoscenze notorie siano «certe, incontestabili e acquisite al patrimonio dell'uomo di media cultura»<sup>149</sup>.

È significativo come, ancora recentemente, la Corte di Cassazione abbia confermato il criterio elaborato da Calamandrei, negando validità ad un criterio politico-amministrativo molto simile a quello proposto da De Stefano. Secondo la Suprema Corte, infatti, «la considerazione della notorietà può essere limitata ad una cerchia sociale o territoriale ristretta, quale un insieme di persone aventi tra loro una comunanza di interessi, così da far assurgere all'alveo del notorio anche nozioni sicuramente esorbitanti da quella cultura media che rappresenta il naturale parametro della nozione in oggetto, giammai tale comunità ristretta può essere individuata sulla base di un mero carattere territoriale»<sup>150</sup>.

Sempre in coerenza alla concezione di Calamandrei, la giurisprudenza ha progressivamente attribuito rilevanza anche al notorio locale («Un fatto può essere qualificato come notorio qualora, seppure non faccia parte delle cognizioni dell'intera collettività, rientri – come i particolari geografici o topografici di una città – nelle circostanze conosciute e comunemente note nel luogo in cui abitano il giudice e le parti in causa»<sup>151</sup>) e al notorio specialistico («poiché per notorio deve intendersi quel fatto che l'uomo di media cultura conosce in un dato tempo ed in un determinato luogo, sebbene relativo ad un settore delimitato dell'attività umana, il giudice può far capo anche alla comune cultura di una specifica e, se del caso, particolarmente qualificata cerchia sociale»)<sup>152</sup>.

Questa progressiva convergenza sulla concezione di fatto notorio è riscontrabile ancora nella dottrina più recente. Non casualmente si è affermato che

---

formula, cfr. Cass. civ., sez. I, 25 giugno 2002, n. 9263, in *Arch. circolaz.*, 2002, 647, Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2000, n. 5680, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Prova civile in genere*, n. 38, Cass. civ., sez. II, 6 agosto 1999, n. 8481, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Prova civile in genere*, n. 17, Cass. civ., sez. II, 10 agosto 1998, n. 7822, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Prova civile in genere*, n. 28, Cass. civ., sez. II, 11 marzo 1995, n. 2859, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Prova civile in genere*, n. 30, Cass. civ., 9 giugno 1989, n. 2791, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Prova civile in genere*, n. 6, Cass. civ., 29 gennaio 1988, n. 829, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Prova civile in genere*, n. 21, Cass. civ., 31 marzo 1987, n. 3105, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Prova civile in genere*, n. 27, Cass. civ., 22 ottobre 1981, n. 5536, in *Foro it.*, 1982, I, 436.

<sup>148</sup> Cass. civ., sez. II, 19 aprile 2001, n. 5809, in *Foro it.*, 2001, I, 3653.

<sup>149</sup> Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2010, n. 13234, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1563, Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1999, n. 5542, in *Arch. circolaz.*, 1999, 892, Cass. civ., sez. I, 9 luglio 1999, n. 7181, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 38, 77, con nota di BUSANI.

<sup>150</sup> Cass. civ. (ord.), sez. II, 6 marzo 2017, n. 5530, in *CED Cassazione*, 2017.

<sup>151</sup> Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 2001, n. 16165, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Prova civile in genere*, n. 19, Cass. civ., 19 maggio 1986, n. 3307, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Prova civile in genere*, n. 25.

<sup>152</sup> Cass. civ., sez. II, 19 aprile 2001, n. 5809, in *Foro it.*, 2001, I, 3653, Cass. civ., 28 agosto 1985, n. 4576, in *Arch. locazioni*, 1985, 659.

«sulla definizione di “fatti notori”, in termini teorici, non vi sono sostanziali contrasti», da intendersi appunto come fatti noti alla generalità delle persone di media cultura da non poter suscitare dubbi circa la loro esistenza e tali quindi da rendere superflua la prova<sup>153</sup>.

Sostanzialmente negli stessi termini, è stato affermato che, nel caso dei fatti notori, «la prova non è necessaria poiché il giudice ne trae la conoscenza dalla “comune esperienza”, ed è proprio l’esperienza comune a fornire la necessaria garanzia di attendibilità della relativa nozione»; «si può fare a meno della prova perché il fatto è già noto al giudice in quanto è conosciuto nell’ambiente sociale entro il quale la decisione viene formulata. La notorietà del fatto sussiste in quanto esso possa considerarsi come conosciuto da un uomo di media cultura in un dato tempo e luogo; questa conoscenza “comune” è ciò che garantisce la verità del fatto e – appunto – ne rende superflua la dimostrazione probatoria»<sup>154</sup>.

È probabilmente superfluo sottolineare gli evidenti richiami alla concezione del notorio elaborata da Calamandrei<sup>155</sup>. Oltre al riferimento ai concetti di cultura media (o comune esperienza) e di cerchia sociale, la dottrina ribadisce la rilevanza del notorio settoriale o locale e sottolinea, conformemente a un orientamento ormai consolidato, che non è necessario che il fatto notorio sia presente al giudice (essendo invece sufficiente che il giudice sia in grado di conoscerlo attingendo alle fonti della comune cultura o, eventualmente, anche alla propria scienza privata)<sup>156</sup>. Si può dire che la concezione di fatto notorio consolidatasi nella dottrina processualciviltistica sia stata sostanzialmente recepita anche dalla dottrina e nella giurisprudenza processualpenalistica<sup>157</sup>. E ciò nonostante la (o

---

<sup>153</sup> L.P. COMOGGIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 396; cfr. anche ID., *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, 299. Su tale definizione, del resto, concordano anche alcuni degli studiosi che da ultimo (e con prospettive in parte di rottura) hanno affrontato il tema del notorio (F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, in AA.VV., *Problemi relativi alla prova nel processo civile. Atti dell'incontro di studio, Como, 16 maggio 2014*, Bologna, 2016, 90, la quale infatti afferma che notorio è «un accadimento la cui conoscenza appartiene ad una collettività in modo tale da apparire incontestabile»).

<sup>154</sup> TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 49 s., nonché già ID., *Art. 115*, in CARRATTA, TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Art. 112-120*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 497.

<sup>155</sup> In questo senso, per una sostanziale concordanza delle opinioni dottrinali sulla definizione di notorio, cfr. BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 333.

<sup>156</sup> L.P. COMOGGIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit. 397 e TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., 50; si veda anche CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., 233. Già Andrioli aveva chiaramente sottolineato l'irrelevanza della conoscenza da parte del giudice del fatto notorio; e ciò in quanto il giudice è «in grado di procurarsene la nozione attingendo alle fonti della comune cultura: una enciclopedia popolare, *chi è?* E altre composizioni del genere» (ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 280).

<sup>157</sup> CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2015, 295 (il quale parla di fatti «noti alla generalità delle per-

forse proprio a causa della) mancanza di un espresso riconoscimento normativo nel c.p.p.<sup>158</sup>.

Forse anche per questo, si è addirittura parlato di «disaffezione al tema», ovviamente nel senso *tout court* di un disinteresse all'argomento quanto piuttosto di un approccio al tema «in maniera episodica e spesso in contesti non espressamente dedicati allo studio del notorio in quanto tale»<sup>159</sup>. Sembra ragionevole parlare comunque di un consolidamento della concezione originaria e probabilmente di una minore attenzione alle contraddizioni che, seppur in modo molto latente, emergevano dall'applicazione giurisprudenziale.

In effetti, al di là delle monolitiche enunciazioni di principio, l'elaborazione giurisprudenziale lascia emergere alcune incongruenze e discrasie, su punti certamente fondamentali nella concezione del notorio. Ad esempio, per quanto si tratti di episodi occasionali, talvolta la giurisprudenza distingue specificamente

---

sona in un determinato contesto di tempo e di luogo»), LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione*, VIII ed., Milano, 2015, 79 (il quale parla di «fatti che rientrano nella comune esperienza»), MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo ordinario di cognizione*, XXV ed., Milano, 2016, 205 (secondo i quali sono notori i «fatti che rientrano nella comune esperienza»), PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed. Napoli, 2012, 414 (il quale parla di fatti passati al «vaglio della esperienza comune della generalità delle persone in un dato tempo e luogo»), MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. 1, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, VII ed., Padova, 2015, 266 (il quale parla di «conoscenze oggettivamente e collettivamente acquisite, o facilmente acquisibili, da tutti i componenti un aggregato sociale, di cui anche il giudice è parte») e SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, V ed., Milano, 2015, 242 (il quale parla di fatti appartenenti alla «conoscenza collettiva»).

<sup>158</sup> Cfr., a titolo puramente esemplificativo, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XII ed., Torino, 2017, 217 (il quale espressamente richiama il concetto di cerchia sociale); TONINI, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Milano, 2016, 255 (il quale parla di fatto di pubblica conoscenza, indubitabile e incontestabile, in un determinato ambito territoriale); BERNASCONI, *Sistema probatorio e disposizioni generali*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 2015 (secondo il quale sono notori i fatti assunti dalla collettività come indubitabili); SIRACUSANO, *Le prove, il procedimento probatorio e il processo*, in SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2011, 347 (ove si parla di fatto che appartiene al normale patrimonio di conoscenze di una determinata cerchia sociale in un dato tempo e in un dato luogo); SCALFATI, SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in SPANGHER (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. 2, *Prove e misure cautelari*, Tomo I, SCALFATI (a cura di), *Le prove*, Torino, 2009, 66; ÜBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 89 ss. Nella giurisprudenza, si rimanda a Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 32155, in *Guida al dir.*, 2014, 40, 27, Cass. pen., sez. III, 16 novembre 2007, n. 47082, in *Cass. pen.*, 2008, 12, 4680, Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 1072, in *Foro it.*, 2008, 1, II, 43, con note di GAMBERINI e PREZIUSO, Cass. pen., sez. II, 9 febbraio 2005, n. 10450, in *Foro it.*, 2005, II, 385, Cass. pen., sez. V, 23 maggio 1997, n. 2561, in *Giust. pen.*, 1999, III, 57 e Cass. pen., sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 476, in *Cass. pen.* 1996, 867.

<sup>159</sup> DITTRICH, *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, vol. I, Milano, 2005, 819, nota 2. In questi termini, ancora recentemente, BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, cit., 333, la quale sottolinea come la dottrina si sia occupata della definizione del notorio soprattutto nella prima metà del Novecento.

fatti notori e massime d'esperienza, escludendo queste ultime dal campo di applicazione dell'art. 115 c.p.c.<sup>160</sup>.

Lo stesso riferimento alla cultura comune come fondamento di tutte le ipotesi di fatto notorio viene talvolta incrinato. Ad esempio, il notorio specialistico (in quanto comprensivo di nozioni sicuramente esorbitanti da quella «cultura media» che per la *communis opinio* rappresenta il naturale parametro della nozione) viene talvolta considerato come deroga al riferimento alla cultura media<sup>161</sup>; il notorio locale, invece, viene costantemente ricompreso in tale ultima nozione (rappresentando la «cultura media della collettività, ivi stanziata»)<sup>162</sup>.

Inoltre, in alcuni casi, la giurisprudenza sembra rifarsi (non si sa quanto consapevolmente) alla teoria Carneluttiana dell'interesse pubblico<sup>163</sup> e alla distinzione fra fatti direttamente notori e fatti indirettamente notori proposta da De Stefano<sup>164</sup>. E ciò nonostante tali concezioni siano state sostanzialmente disattese dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie. In alcuni casi, ad esempio, la giurisprudenza afferma che «perché un fatto sia notorio e possa essere posto a fondamento della decisione del giudice (*ex art. 115, secondo comma, c.p.c.*) occorre che esso, oltre ad essere di comune e generalizzata conoscenza, ancorché locale, abbia una distinta identità storica che si imponga all'osservazione o alla percezione della collettività, in modo che questa ne compia, per suo conto, la valutazione critica sicché al giudice non resti che constatarne gli effetti e valutarlo soltanto ai fini delle conseguenze giuridiche»<sup>165</sup>.

Proprio la dichiarata necessità che il fatto notorio debba avere una sua propria identità (che, in quanto tale, si «imponga» alla collettività e, quindi, ne provoca il controllo) pare costituire un richiamo alla teoria di Carnelutti secondo

---

<sup>160</sup> Cass. civ., 24 giugno 1983, n. 4326, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Prova civile in genere*, n. 26, secondo cui «con il fatto notorio, che, ai sensi del 2° comma dell'art. 115 c.p.c., si riferisce alle «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza» non va confusa una massima o regola di esperienza, che costituisce semplice criterio di valutazione del fatto accertato e non già mezzo di accertamento del fatto stesso».

<sup>161</sup> Cass. civ., sez. II, 19 aprile 2001, n. 5809, in *Foro it.*, 2001, I, 3653; in senso contrario, però, Cass. civ., sez. III, 19 agosto 2003, n. 12112, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1015, con nota di COCUCCIO, in cui si parla, a proposito della notorietà specialistica, di «particolare settore di attività o di affari da una collettività di persone di media cultura». In tema, cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 300.

<sup>162</sup> Cass. civ., sez. I, 9 luglio 1999, n. 7181, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 38, 77, con nota di BUSANI, Cass. civ., sez. trib., 25 novembre 2005, n. 24959, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Prova civile in genere*, n. 31.

<sup>163</sup> CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 420.

<sup>164</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 58, nonché ID., voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1007.

<sup>165</sup> Cass. civ., 1 giugno 1987, n. 4826, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Prova civile in genere*, n. 22. Simile orientamento giurisprudenziale finisce sostanzialmente per configurare il fatto notorio come una sorta di prova preconstituita (L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 301).

cui solo i fatti di pubblico interesse sarebbero vagliati dalla critica sociale e potrebbero essere considerati notori<sup>166</sup>.

Ma non solo. In altri casi, la giurisprudenza, partendo da una concezione di fatto notorio sostanzialmente analoga a quella appena descritta, aggiunge che «si tratta di un fatto di comune conoscenza, anche se limitatamente al luogo ove esso è invocato, o perché appartiene alla cultura media della collettività, ivi stanziata, o perché le sue ripercussioni sono tanto ampie e immediate che la collettività ne faccia esperienza comune anche in vista della sua incidenza sull'interesse pubblico che spinge ciascuno dei componenti della collettività stessa a conoscerlo»<sup>167</sup>. Questa distinzione fra fatto che «appartiene alla cultura media della collettività» e fatto le cui «ripercussioni sono tanto ampie e immediate che la collettività ne faccia esperienza comune» sembra ricalcare molto da vicino quella di De Stefano fra fatti che, per così dire, nascono già notori e fatti che lo diventano per la loro progressiva acquisizione nel bagaglio culturale comune<sup>168</sup>.

Altre pronunce, pur in modo forse non del tutto consapevole, applicano questa distinzione, considerando notori fatti sostanzialmente privati (o comunque privi di particolare rilevanza pubblica, come ad esempio l'insolvenza di un debitore o il tasso di incremento annuo del valore degli immobili), ma diffusi, «in quanto oggetto di sistematiche forme di diffusione e pubblicità»<sup>169</sup>. E ciò, ad esempio, tramite «indagini conoscitive svolte da commissioni parlamentari o risultanti da relazioni ministeriali riportate dalla stampa locale e nazionale e documentate dagli atti parlamentari»<sup>170</sup>, oppure attraverso «l'attenzione ad esso prestata dai mezzi di informazione di massa (stampa, radio, televisione)»<sup>171</sup>. Talvolta la giurisprudenza distingue (correttamente, ma senza spiegarne bene il fondamento), fra notorietà e semplice «diffusione di un fenomeno non universale»<sup>172</sup>.

---

<sup>166</sup> CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 420.

<sup>167</sup> Cass. civ., sez. I, 9 luglio 1999, n. 7181, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 38, 77, con nota di BUSANI.

<sup>168</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 58, il quale distingue, più specificamente, i fatti «svolti immediatamente in presenza del pubblico» dai fatti indirettamente notori.

<sup>169</sup> Cass. civ., 2 agosto 1991, n. 8513, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Espropriazione per p.i.*, n. 97.

<sup>170</sup> Cass. civ., sez. II, 18 agosto 1993, n. 8751, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Prova civile in genere*, n. 25.

<sup>171</sup> Cass. civ., sez. II, 27 novembre 1993, n. 11774, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Prova civile in genere*, n. 26.

<sup>172</sup> Cass. civ., sez. II, 28 novembre 1992, n. 12762, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Prova civile in genere*, n. 31; in particolare, sulla base di questa distinzione la Corte ritiene che non rientri «nella categoria delle nozioni di fatto di comune esperienza di cui all'art. 115 cit., la prassi diffusa, ma non universalmente seguita, nella vendita delle autovetture nuove, secondo cui il venditore accetta in permuta l'autovettura usata dell'acquirente decurtando il relativo valore dal prezzo d'acquisto dell'autovettura nuova, essendo la prassi negoziale nel campo del commercio delle autovetture varia e molteplice con il variare delle situazioni e delle esigenze dei soggetti contraenti, di cui vanno accertate in concreto le attività negoziali».

Infine, la giurisprudenza contraddice la stessa dottrina maggioritaria, secondo cui, in caso di notorio, si può contestare la sussistenza dei requisiti di notorietà, ma non va provata la verità del fatto stesso<sup>173</sup>. Ebbene, nonostante la prevalente opinione dottrinale, talvolta la giurisprudenza afferma che «qualora la notorietà del fatto (art. 115, 2° comma, c.p.c.) non sia contestata, ma se ne prospettino in riferimento al caso concreto restrizioni operative, colui che le deduce è onerato della prova relativa, giacché l'attitudine probatoria del notorio non può essere disattesa se non in presenza di deviazioni per circostanze particolari, idonee nel singolo caso a neutralizzarla e perciò tali da far sorgere a carico di chi ne affermi l'esistenza l'onere di fornirne la prova»<sup>174</sup>.

In altri casi, la giurisprudenza addirittura afferma che «incorre nella violazione del principio di disponibilità delle prove il giudice di merito il quale fonda la propria decisione sul criterio del «notorio» acquisito alla comune esperienza, pretermettendo la valutazione delle specifiche prove offerte dalla parte»<sup>175</sup>. Quest'ultima decisione, in particolare, per quanto tecnicamente errata, appare ugualmente significativa; è errata in quanto, nel caso di specie, non si potrebbe parlare di violazione del principio di disponibilità delle prove (che concerne solo le iniziative probatorie), ma, semmai, di violazione del diritto alla prova (che, invece, riconosce il diritto della parte a vedere esaminate le prove proposte). È, tuttavia, importante perché, riconoscendo comunque il dovere per il giudice di considerare le prove proposte dalle parti anche in relazione a fatti notori, sostanzialmente esclude la natura quasi legale che generalmente viene attribuita alla notorietà<sup>176</sup>.

Queste posizioni sono certamente isolate e non si propongono alcun intento sistematico di *overruling* giurisprudenziale. Sono comunque importanti, in quanto segnalano la fragilità delle basi su cui si fonda il concetto di fatto notorio, ossia la fragilità di nozioni intrinsecamente ambigue quali cerchia sociale, cultura media, effettiva diffusione della conoscenza del fatto e verificabilità dello stesso. Come vedremo fra breve, queste fragilità sono oggi messe ancora più in evidenza dalle più recenti innovazioni tecnologiche.

---

<sup>173</sup> TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., 50, il quale afferma appunto che si può provare la notorietà (cioè il fatto che sia conosciuto da tanti) ma non l'esistenza del fatto stesso, anche se poi afferma che tale posizione non deve essere eccessivamente rigida, in quanto, ad esempio, nel caso della svalutazione, non va provata l'esistenza del fenomeno, ma va provato il tasso.

<sup>174</sup> Cass. civ., 14 giugno 1990, n. 5792, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Prova civile in genere*, n. 17.

<sup>175</sup> Cass. civ., sez. II, 26 ottobre 1996, n. 9357, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Prova civile in genere*, n. 11.

<sup>176</sup> Secondo la dottrina, infatti, il notorio, proprio perché fondato sulla certezza, deve prevalere anche sulle altre prove legali (DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1010).

### 3.4. *Divergenze culturali e crisi del notorio: Chiovenda, Wikipedia e le incerte origini della Rivista di diritto processuale civile*

La faticosa opera di consolidamento della nozione di notorietà di Calamandrei da parte della dottrina e della giurisprudenza rischia di essere destinata a un repentino stravolgimento. Al di là delle piccole crepe segnalate in precedenza, è sopraggiunto un evento che mette in serio pericolo le fondamenta stesse del notorio. E tale evento ha senza dubbio un solo nome, Internet. Attraverso il vertiginoso sviluppo della rete negli ultimi anni, ormai «chiunque è ora in grado di accedere rapidamente ad una quantità immensa e indeterminata di informazioni»; tuttavia, e per converso, a causa di questo sviluppo esponenziale delle fonti, non vi è più un «insieme – limitato e di dominio comune – di fonti di informazione»<sup>177</sup>. E ciò implica anche un sempre più frequente contrasto di opinioni, in una sorta di «disaccordo perpetuo»<sup>178</sup>.

Questa evoluzione appare destinata a incidere anche, se non principalmente, sulla nozione di notorietà. Del resto, il notorio è nato e si è sviluppato proprio per rispondere soprattutto (anche se non solo) a esigenze di ordine pratico e di buon senso strettamente connesse al contesto sociale di riferimento; a maggiore ragione, quindi, esso perderebbe questa prerogativa se non venisse adattato ai nuovi sviluppi delle tecnologie di comunicazione. Come si è giustamente osservato, «escludere la notorietà del fatto unicamente in forza della sua conoscenza via Internet sarebbe miope e significherebbe negare ciò che tutti noi facciamo quando abbiamo un dubbio»<sup>179</sup>.

In effetti, la sensazione – finora ancora abbastanza latente e poco percepita, ma certamente destinata a manifestarsi in modo sempre più incisivo – è che il processo non potrà far finta ancora a lungo di tutte le informazioni disponibili *online*, come se non esistessero. Non lo può fare perché sarebbe sbagliato non approfittare dei possibili vantaggi che le nuove tecnologie potrebbero apportare in termini di qualità e di effettività dell'accertamento; ma non lo può fare neppure perché più proseguirà la digitalizzazione della società meno sarà accettabile un processo, per così dire, analogico.

Come giustamente rilevato in dottrina, la nozione di fatto notorio va «integralmente ripensata»<sup>180</sup>. In particolare, è il concetto di cultura posto a fondamento di tale nozione che va non solo rivisto, ma radicalmente modificato, se

<sup>177</sup> TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., 51.

<sup>178</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 19, secondo il quale, infatti, «non concorderemo mai tutti anche quando il consenso sia diffuso, salvo forse a proposito di alcuni fatti poco interessanti».

<sup>179</sup> F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, cit., 107.

<sup>180</sup> DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., 124.

non abbandonato. E ciò per due evidenti ragioni, una più prettamente giuridica e teorica e una più squisitamente pratica.

La prima ragione che induce ad abbandonare il concetto di cultura come riferimento alla base del notorio discende dallo scopo dell'accertamento giudiziale dei fatti. Come si è visto nei capitoli precedenti analizzando i più recenti sviluppi del dibattito dottrinale in tema di poteri istruttori e i principi del giusto processo impongono di configurare l'accertamento giudiziale dei fatti come orientato all'accertamento della verità degli stessi, intesa come corrispondenza a quanto effettivamente avvenuto (fermi restando, come più volte ricordato, gli intrinseci limiti cognitivi dell'uomo)<sup>181</sup>.

Ebbene, la nozione di fatto notorio elaborata da Calamandrei e sostanzialmente recepita da dottrina e giurisprudenza non sembra essere compatibile con tale obiettivo. Come si è già detto in precedenza, la nozione di fatto notorio utilizzata sino a ora (secondo la quale un fatto è notorio se acquisito come vero nel bagaglio culturale medio di una determinata cerchia sociale) si fonda essenzialmente su una concezione consensualistica della verità. In questo senso è emblematico e del tutto coerente il ragionamento di Calamandrei: è notorio non (meglio, non necessariamente) ciò che è vero, ma ciò che è reputato vero dalla cerchia sociale di riferimento. Senza dubbio nel suo pensiero il superamento del vaglio della critica sociale dovrebbe rappresentare una idonea garanzia circa la veridicità del fatto. Concettualmente, però, si tratta di due situazioni ben diverse fra loro. La riprova più evidente di questo è data dalla specifica ammissione di Calamandrei secondo cui un fatto può essere notorio (e, quindi, considerato vero) in un certo momento storico e poi, in un secondo tempo, rivelarsi falso<sup>182</sup>.

Pertanto, se si sceglie di configurare l'accertamento giudiziale come strumento tendente all'accertamento veritiero dei fatti, la nozione di fatto notorio, imperniata sul concetto di cultura media e di cerchia sociale, non pare più utilizzabile.

Ma non è solo una questione puramente teorica. La concezione tradizionale di fatto notorio non sembra più giustificabile neppure da un punto di vista pratico. Come detto, il riferimento alla cultura media è in sé ambiguo e incerto, visto che «la idea di cerchia sociale oscilla quindi, senza riuscire a precisare, fra una nozione logicamente definitiva, ma troppo lata, e una nozione più ristretta, ma insuscettibile d'una definizione rigorosa»<sup>183</sup>.

Lo è ancora di più ora in considerazione dell'esplosione di *Internet*. Non pare casuale, ad esempio, che l'interesse per il tema del notorio si sia riaperto proprio negli ultimi anni<sup>184</sup>. Nonostante questo rinnovato interesse e la chiara per-

<sup>181</sup> Si veda quanto detto più specificamente nel terzo paragrafo del secondo capitolo.

<sup>182</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 294.

<sup>183</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 34.

<sup>184</sup> Ricordiamo, in particolare, F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, cit., 87, PANZAROLA, *Il notorio, la Judicial Notice e i "concetti" di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2016,

cezione del cambiamento in corso, sembra possibile ritenere che non siano ancora state tratte tutte le dovute conseguenze a questo riguardo. Ed è per questo, quindi, che occorre cercare di svolgere qualche ulteriore riflessione in tema.

In primo luogo, è essenziale segnalare come il cambiamento provocato da *Internet* (meglio, dalla diffusa accessibilità di dati e informazioni attraverso le connessioni online) sia non tanto (o meglio non solo) quantitativo, ma soprattutto qualitativo. Non si tratta, infatti, semplicemente di avere più informazioni a disposizione. La facilità di accesso alle informazioni e, soprattutto, l'abbassamento (per non dire la totale eliminazione) dei costi necessari nelle comunicazioni sta progressivamente determinando la crisi dello stesso concetto di cultura.

Già nel mondo analogico il concetto di cultura era ambiguo ed incerto. Al di là delle difficoltà definitorie, è difficile persino individuare tipologie o classificazioni fra le culture. Come giustamente rilevato, «si può dubitare che anche in paesi politicamente e culturalmente meno eterogenei esista davvero *una cultura*»<sup>185</sup>.

A maggior ragione l'avvento di *Internet*, con i connessi effetti di globalizzazione e di integrazione, da un lato ha creato fenomeni di disgregazione di quelle che potremmo definire culture tradizionali, dall'altro ha provocato fenomeni opposti di convergenza culturale<sup>186</sup>. Il problema è che, a prescindere dalle definizioni, il concetto di cultura, così come tutti i concetti definitori, presuppone l'individuazione di criteri che consentano di capire cosa è *cultura* e cosa *non lo è*. Ciò ovviamente presuppone la vigenza di un principio di autorità, ossia la vigenza di regole che stabiliscano chi e in base a quali criteri debba selezionare la cultura dalla non cultura<sup>187</sup>.

Qui non vogliamo né addentrarci né men che meno prendere posizione nel dibattito sociologico fra il determinismo tecnologico e il determinismo sociologico. In estrema sintesi – e certamente anche con una certa genericità – si può dire che i sostenitori del primo ritengono che la cultura e la società siano direttamente influenzati dall'evoluzione tecnologica dei mezzi di comunicazione, mentre i sostenitori del secondo ritengono che siano i nuovi bisogni della società a determinare i cambiamenti nelle tecnologie della comunicazione<sup>188</sup>.

---

610, DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., 108 e BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, cit., 333.

<sup>185</sup> TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 67; cfr. anche ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 693.

<sup>186</sup> FLORIDI, *The 4th Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, 80.

<sup>187</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 59 ss.

<sup>188</sup> In argomento, si veda recentemente, a titolo esemplificativo, DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 569 ss. Ovviamente, l'adesione o meno al determinismo tecnologico prescinde dalla specifica idea degli effetti che le innovazioni

Al di là di questa polemica, quanto avvenuto negli ultimi anni sembra certamente in grado di giustificare l'idea che i mutamenti delle tecnologie della comunicazione incidano comunque in modo molto significativo sul contesto sociale, culturale e non solo. E, in questo senso, ben possono spiegarsi anche i mutamenti che il concetto di cultura sta subendo in questi ultimi anni. Invero, l'idea tradizionale di cultura si fonda su un mondo in cui le tecnologie di comunicazione sono poche e, comunque, costose<sup>189</sup>.

Per quanto l'invenzione della stampa avesse certamente agevolato la diffusione di pensieri e idee, fino a pochi anni fa stampare un libro era lungo e costoso. Il costo e, in genere, la scarsità delle possibilità di pubblicazione imponevano necessariamente una selezione all'ingresso: proprio perché lungo e costoso, non tutto poteva essere pubblicato. E ciò richiedeva necessariamente la scelta fra cosa salvare e cosa invece lasciare all'oblio<sup>190</sup>. In proposito, la stampa è stata considerata come una vera e propria «tecnologia intellettuale», in grado di consentire l'accumulo e la formalizzazione del sapere, trasformando così in profondità il pensiero individuale e collettivo<sup>191</sup>.

Volendo essere un po' semplicistici, in un simile mondo la cultura è per così dire rappresentata da ciò che supera questo filtro, ossia ciò che viene reputato degno di essere conservato e quindi acquisito nel patrimonio culturale comune.

tecnologiche possono determinare sulla società. Ad esempio, sembra possibile rilevare una equivalente impostazione, sostanzialmente deterministica, di due autori che, tuttavia, hanno idee sostanzialmente contrapposte sugli effetti delle nuove tecnologie; cfr. WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 225 ss. e CARR, *Internet ci rende stupidi? Come la rete sta cambiando il nostro cervello*, Milano, 2011, trad. it. di *The Shallows. What the Internet Is Doing to Our Brains*, New York, 2010, 59 ss. Per una prospettiva moderata, con specifico riferimento all'influsso delle tecniche di stampa e di pubblicazione nello sviluppo dell'opinione pubblica, LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, cit., 11 ss. Si vedano anche NUMERICO, FIORMONTE, TOMASI, *L'umanista digitale*, Bologna, 2010, 10 ss. e BOYD, CRAWFORD, *Critical Questions for Big Data*, in *Information, Communication & Society*, 2012, 662 ss.

<sup>189</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 232, il quale sottolinea la perdita di importanza, ad esempio, dell'autorevolezza dell'editore. Prima la pubblicazione in una prestigiosa sede editoriale era un metadato di affidabilità (e quindi scientificità) dell'opera. Ora non è più così. Come icasticamente rilevato, «l'essere pubblicati in un mondo senza permessi non trasmette alcun metadato sull'autorevolezza».

<sup>190</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, Milano, 2009, trad. it. di *Everything is miscellaneous*, New York, 2007, 145, secondo il quale «in un momento in cui l'accesso alla carta era limitato, i filtri aumentavano il valore di ciò che era disponibile escludendo il materiale di poco valore».

<sup>191</sup> La definizione si deve a GOODY, *L'addomesticamento del pensiero selvaggio*, 1977, 47 ss. Ovviamente, non mancano le opinioni contrarie, tese se non a sminuire certamente a limitare la portata rivoluzionaria dell'invenzione della stampa: cfr. MCKITTERICK, *Testo stampato e testo manoscritto. Un rapporto difficile*, Milano, 2005, passim. In argomento si veda LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, cit., 49 e DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 570.

Del resto, come autorevolmente sottolineato, «ogni corpo di conoscenze deve il proprio dominio a ciò che esso esclude o elimina»<sup>192</sup>.

L'emblema di questo approccio è l'ideale dell'Enciclopedia Illuminista; questo principio, però, è alla base non solo di qualsiasi enciclopedia, ma anche di qualsiasi rivista scientifica. Il comitato scientifico o il comitato di redazione di una rivista ha esattamente il compito di decidere cosa pubblicare e cosa, evidentemente, dimenticare. E, in effetti, la nozione di cultura, almeno come tradizionalmente siamo stati abituati ad intenderla, si fonda inevitabilmente su «perdite di conoscenza», alcune «di fatto inevitabili, nel senso che rappresentano il prezzo da pagare per l'adozione di paradigmi, approcci o metodologie che producono numerosi risultati positivi» e altre invece frutto di precise censure<sup>193</sup>.

Oggi chiaramente non è più così. Al di là di altre esigenze (come quella di stampare un libro accademico in una collana più prestigiosa ai fini di un concorso universitario), è possibile pubblicare un libro praticamente in tempo reale, non appena finito, e a costi contenutissimi. Sono ormai molti i siti che consentono in pochissimi secondi di creare un'edizione *ebook* di un testo scritto. Per non parlare poi della possibilità di pubblicare *online* articoli scientifici (o che aspirano ad essere tali). Proprio questa facilità di pubblicazione svuota (o, meglio, rende del tutto impraticabile) le forme di controllo precedenti. Chiunque può tranquillamente pubblicare ciò che vuole, proponendosi come utente inesperto, ma anche come professionista del settore. In definitiva, sono cambiate «l'economia della cancellazione» e «l'economia della condivisione»<sup>194</sup>.

La differenza è netta ed estremamente significativa. Prima la selezione era all'ingresso (si decideva cosa pubblicare e cosa no), ora tale selezione non può che avvenire alla fine; non essendo possibile limitare le pubblicazioni occorre evidentemente capire, *ex post*, quali siano attendibili e quali no. Inutile negare gli aspetti positivi di una simile evoluzione. Il filtro all'ingresso si presta facilmente a strumentalizzazioni e censure che nulla hanno a che vedere con il merito dell'opera che supera questo filtro. È sufficiente pensare agli innumerevoli casi di censura di idee innovative poi successivamente accolte come vere e innovative. In effetti, il valore di questa nuova modalità di selezione «viene dall'accumulo, dal fatto che la messa in ordine è posticipata»<sup>195</sup>.

Il sistema tradizionale, però, ha ovviamente il vantaggio di consentire la facile

---

<sup>192</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 185. Con specifico riferimento all'evoluzione del diritto, cfr. VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, Stanford, 2008, trad. ing. di *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt am Main, 2000, 26, la quale, appunto con specifico riferimento all'attività normativa, rileva che «deleting rather than writing establishes the symbolic order of the law. The cancelled signs are *significants barrés*».

<sup>193</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 187 ss.

<sup>194</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 164 s.

<sup>195</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 252.

individuazione di ciò che rientra nel bagaglio culturale comune. Ciò che ha passato il filtro (e proprio perché lo ha passato) deve considerarsi accolto fra le nozioni di riferimento e quindi vero. A proposito del sapere enciclopedico, è stato giustamente osservato che «le esclusioni hanno un senso, se motivate, perché fissano alcuni criteri, impongono una proporzione di merito, e offrono un'implicita legittimazione ai contenuti inclusi e selezionati. Ammettere un'infinità di contenuti, invece, significa anche appiattire le differenze di merito e di profondità, soprattutto se la cura e l'estensione delle voci non rispettano le proporzioni di centralità tra gli argomenti»<sup>196</sup>.

A questo proposito sembra opportuna qualche ulteriore considerazione, soprattutto in considerazione del fatto che proprio *Internet* ha offerto l'occasione per la nascita di quella che potrebbe sembrare la definitiva realizzazione dell'ideale enciclopedico illuministico. È evidente il riferimento a *Wikipedia*, la quale, non a caso, si propone lo scopo (a dir poco ambizioso) di essere «The Sum of All Human Knowledge»<sup>197</sup>.

In realtà, come è stato chiaramente sottolineato, la differenza rispetto alle precedenti enciclopedie è netta e concerne i fondamenti stessi dell'organizzazione del sapere<sup>198</sup>. Non casualmente si è osservato, in particolare, che *Wikipedia* mette in discussione proprio il concetto di autorità, concetto su cui si fondano tutte le enciclopedie precedenti, la cui attendibilità deriva essenzialmente dall'autorevolezza dei redattori e soprattutto degli autori delle voci. «What Wikipedia suggests is that you can vest authority in a visible process. As long as you can see how Wikipedia's working, and can see that the results are acceptable, you can come over time to trust that»<sup>199</sup>.

Ma *Wikipedia* mette in discussione anche il concetto di specializzazione. Le enciclopedie tradizionali si basano su «competenze specifiche» e fanno riferimento a «status riconosciuti». Invece, «non esiste nulla di simile nell'enciclopedia on line Wikipedia. Tutti i collaboratori che lo desiderano possono parte-

---

<sup>196</sup> MICONI, *Il Web senza qualità. I limiti di Wikipedia e la microfisica dell'informazione*, in *Problemi dell'informazione*, 2010, 420.

<sup>197</sup> In questi esatti termini, del resto, si è espresso il fondatore di *Wikipedia*, Jimmy Wales («Imagine a world in which every single person on the planet is given free access to the sum of all human knowledge. That's what we're doing.»); in argomento, cfr. MESGARI, OKOLL, MEHDL, NIELSEN, LANAMÄKI, «*The Sum of All Human Knowledge*»: *A Systematic Review of Scholarly Research on the Content of Wikipedia*, in *66 Journal Association for Information Science And Technology*, 2015, 219.

<sup>198</sup> PACCAGNELLA, *La gestione della conoscenza nella società dell'informazione: il caso di Wikipedia*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 2007, 653 ss.

<sup>199</sup> Questa frase dello scrittore americano Clay Shirky è citata da MESGARI, OKOLL, MEHDL, NIELSEN, LANAMÄKI, «*The Sum of All Human Knowledge*»: *A Systematic Review of Scholarly Research on the Content of Wikipedia*, cit., 1774. Sul punto cfr. ADAMS, BRÜCKNER, *Wikipedia, sociology, and the promise and pitfalls of Big Data*, in *Big Data & Society*, 2015, 1.

cipare alla scrittura e alla revisione degli articoli. Non è possibile far valere la propria competenza per giocare un ruolo centrale nella redazione di un articolo»<sup>200</sup>. Anzi, sembra possibile riscontrare una sorta di antiintellettualismo di fondo nella *philosophy* di *Wikipedia*<sup>201</sup>. Del resto, più in generale si è sottolineato l'intrinseco collegamento allo sviluppo di *Internet* e della rete di quello che è stato definito il «culto del dilettante»<sup>202</sup>.

Si tratta di un fenomeno in continua espansione. Stando alla pagina *Wikipedia* di *Wikipedia*, quest'ultima ha più di 45 milioni di voci in oltre 280 lingue, è tra i dieci siti web più visitati al mondo e costituisce la maggiore e più consultata opera di riferimento generalista su *Internet*<sup>203</sup>. Anzi, stando ad altre fonti sarebbe addirittura il quindi sito più visitato al mondo<sup>204</sup>. Evidentemente il caso di *Wikipedia* non può essere trascurato e non può certo essere bollato come un fenomeno di mero costume<sup>205</sup>. E poi, come acutamente rilevato, non si può trascurare il fatto che «il fascino di *Wikipedia* nasce dalla difficoltà di dire con precisione di che cosa si tratti»<sup>206</sup>. Ne sono dimostrazione gli innumerevoli articoli divulgativi, saggi, studi e ricerche dedicati al tema<sup>207</sup>.

---

<sup>200</sup> FLICHY, *Internet, il medium dei dilettanti?*, in *Problemi dell'informazione*, 2011, 267. Cfr. anche VASSALLO, *Era digitale. Indicazioni su conoscenza, reati, epistemologia della testimonianza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 79.

<sup>201</sup> In proposito, FALLIS, *Toward an Epistemology of Wikipedia*, in 59 *J. Am. Soc. Inf. Science & Tech.*, 2008, 1665.

<sup>202</sup> Per questa definizione KEEN, *The Cult of the Amateur: How Today's Internet Is Killing Our Culture*, New York, 2007. Sul problema della crisi della figura dell'esperto nella realtà attuale il dibattito è ormai molto vasto e non è qui possibile riassumerlo, neppure sinteticamente. A titolo puramente esemplificativo, cfr. WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 65 (secondo il quale sarebbe la rete stessa a sviluppare nuove specializzazioni non più legate alle figure di singoli esperti, ma derivate dalla condivisione del sapere) e NICHOLS, *The Death of Expertise The campaign against Established Knowledge and Why It Matters*, New York, 2017, *passim*, spec. 105 ss. e 170 ss. (il quale ritiene che non sia possibile fare a meno degli esperti, anche nella società attuale). Sull'importanza degli "amatori" e dei "dilettanti" nello sviluppo delle conoscenze e sullo sviluppo del concetto di specializzazione a partire dall'Ottocento, cfr. in generale, BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 213 ss.

<sup>203</sup> Cfr. <https://it.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>.

<sup>204</sup> Cfr. <https://www.alexa.com/siteinfo/wikipedia.org>.

<sup>205</sup> In questo senso, ad esempio, GOODWIN, *L'autorità di Wikipedia*, in *Sistemi intelligenti*, 2013, 9, la quale nota giustamente come il ricorso a *Wikipedia*, ormai frequentissimo da parte di moltissime persone, non possa essere liquidato come un semplice fenomeno di «pigrizia epistemica»; del resto, come nota l'autrice, «il fatto che si decida comunque di consultare *Wikipedia*, e con notevole regolarità, dimostra che, in qualche misura, ci facciamo affidamento».

<sup>206</sup> LANZARA, *Wikipedia e la cooperazione sociale di massa*, in *Il Mulino*, 2011, 361.

<sup>207</sup> La letteratura in materia è vastissima e impossibile da riassumere. A titolo puramente indicativo, si segnalano JAMIELNIAK, *Common Knowledge? An Ethnography of Wikipedia*, Stanford, 2014; FUCHS, *Internet and Society: Social Theory in the Information Age*, New York, 2008; LIVINGSTONE, *Models for Understanding Collective Intelligence on Wikipedia*, in 34 *Social Science Computer Review*,

Stando alla sua stessa definizione, *Wikipedia* è un'enciclopedia online a contenuto libero, collaborativa, multilingue e gratuita, nata nel 2001; *Wikipedia* significa "cultura veloce", dal termine hawaiano *wiki* (veloce), con l'aggiunta del suffisso *-pedia* (dal greco antico *παιδεία*, *paideia*, formazione)<sup>208</sup>. Contiene voci sia sugli argomenti propri di una enciclopedia tradizionale sia su quelli di almanacchi, dizionari geografici e specialistici<sup>209</sup>. La caratteristica primaria di *Wikipedia* risiede nel fatto che chiunque ha la possibilità di collaborare, utilizzando un sistema di modifica e pubblicazione aperto. Le voci sono sempre modificabili e non si dichiara mai "conclusa" la stesura di una voce<sup>210</sup>.

Da subito si è posto il problema della qualità delle voci di questa enciclopedia online, proprio perché affidata a volontari anonimi e al controllo sociale<sup>211</sup>; è noto il caustico paragone di *Wikipedia* a un bagno pubblico<sup>212</sup>. In effetti, i problemi principali riguardano la completezza delle voci (sia come numero per ogni settore sia come approfondimento di ogni singola voce), l'aggiornamento, la leggibilità e l'accuratezza delle voci<sup>213</sup>. Come detto, le ricerche sono già moltissime, ma i risultati ancora contrastanti. E ciò in quanto la completezza delle voci spesso varia da settore a settore, così come anche l'aggiornamento, mentre l'accuratezza è tuttora il problema principale<sup>214</sup>.

---

2016, 497; REAGLE, *Good Faith Collaboration: the Culture of Wikipedia*, Cambridge, 2010; TAPSCOTT, WILLIAMS, *Wikinomics 2.0. La collaborazione di massa che sta cambiando il mondo*, Milano, 2008; BRYANT, FORTÉ, BRUCKMAN, *Becoming Wikipedia: Transformation of Participation in a Collaborative Online Encyclopedia*, 2005, disponibile al sito <http://citeserx.ist.psu.edu>; CUFFOLLI, *Phantom Authority, Self-Selective Recruitment and Retention of Members in Virtual Communities: The Case of Wikipedia*, in *FirstMonday*, 2003, 8, 12, disponibile al sito <http://firstmonday.org>.

<sup>208</sup> Cfr. <https://it.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>.

<sup>209</sup> Sulla maggiore estensione dei contenuti che *Wikipedia* intende considerare rispetto alle enciclopedie tradizionali, cfr. PACCAGNELLA, *La gestione della conoscenza nella società dell'informazione: il caso di Wikipedia*, cit., 664.

<sup>210</sup> Cfr. <https://it.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>. In proposito, è stato giustamente rilevato come *Wikipedia* nasca intrinsecamente disordinata; cfr. WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 139.

<sup>211</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 365.

<sup>212</sup> Secondo Robert McHenry, già direttore dell'*Encyclopaedia Britannica*, «l'utente che visita Wikipedia per apprendere qualcosa su un argomento, per trovare conferma di un fatto, è più o meno nella posizione di chi visita un bagno pubblico. Il bagno potrebbe essere palesemente sporco, e allora il visitatore saprà di dover stare molto attento; oppure potrebbe sembrare pulito, e il visitatore sarebbe spinto a nutrire un falso senso di sicurezza. Quello che certamente il visitatore non sa è chi ha usato il bagno prima di lui» (MCHENRY, *The Faith-Based Encyclopedia*, in *Tech Central Station*, 15 novembre 2004, reperibile sul sito [www.ideasinactiontv.com/tcs\\_daily/2004/11/the-faith-based-encyclopedia.html](http://www.ideasinactiontv.com/tcs_daily/2004/11/the-faith-based-encyclopedia.html)). In proposito, cfr. WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 181.

<sup>213</sup> PACCAGNELLA, *La gestione della conoscenza nella società dell'informazione: il caso di Wikipedia*, cit., 670.

<sup>214</sup> In argomento, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, MESGARI, OKOLL, MEHDL,

Per rispondere a tale critica *Wikipedia* ha proposto metodi per indicare l'origine del materiale nelle voci, al fine di fornire una provenienza della fonte su ciascun intervento sul testo di una voce, e una provenienza temporale per indicare il momento in cui la modifica è avvenuta. In questo modo l'utente può conoscere «chi ha usato i servizi prima di lui» e quanto tempo la comunità ha impiegato per elaborare e giudicare le informazioni contenute in una voce<sup>215</sup>.

In realtà, si è ancora ben lontani da una soluzione. Su *Wikipedia* si è detto tutto e il contrario di tutto. Ci sono opinioni molto negative, secondo cui *Wikipedia* è solo apparentemente libera, quando, in effetti, «di regole di controllo ne ha invece «molte», dominata com'è da un comitato centrale invisibile, e, a differenza di quanto accadeva nelle enciclopedie tradizionali, dotato di una competenza tutta da dimostrare. Una gerarchia «senza qualità»<sup>216</sup>. Del resto, si sono verificati molti casi di voci di *Wikipedia* palesemente false; il caso più noto è probabilmente quello della voce dedicata al giornalista americano John Seigenthaler, nella cui biografia su *Wikipedia*, per oltre quattro mesi, rimase pubblicata la falsa notizia di un suo coinvolgimento nell'assassinio di Robert Kennedy, di cui era stato assistente politico<sup>217</sup>.

Ma ci sono anche opinioni nettamente positive, in quanto «Wikipedia continues to transform the Internet and the world through its mission of bringing information for free to everyone. Its availability in over 200 languages is an incredible feat, not done with a large budget but through passionate volunteers»<sup>218</sup>.

A questo punto, però, appare opportuno tentare una sorta di esperimento o, più propriamente, un test. Del resto, a prescindere dalle opinioni personali, sembra possibile concordare sul fatto che «Wikipedia challenges the established model of distribution of knowledge and the traditional authority of acade-

NIELSEN, LANAMÄKI, *“The Sum of All Human Knowledge”: A Systematic Review of Scholarly Research on the Content of Wikipedia*, cit., 238 ss.

<sup>215</sup> All'inizio non era neppure necessario registrarsi per poter intervenire sulle voci. Successivamente (e in particolare dopo alcuni clamorosi casi di falsificazione di voci, fra cui quella di John Siegenthaler, di cui si dirà fra breve), è stata imposta la registrazione di ogni utente (anche se, tuttavia, essa può avvenire con *nickname* di fantasia); in proposito, cfr. WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 190 e GOODWIN, *L'autorità di Wikipedia*, cit., 13.

<sup>216</sup> MICONI, *Il Web senza qualità. I limiti di Wikipedia e la microfisica dell'informazione*, cit., 424. In senso analogo cfr. FLICHY, *Internet, il medium dei dilettanti?*, cit., 270 ss.; in tema si rimanda anche a WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 212 s., ADAMS, BRÜCKNER, *Wikipedia, sociology, and the promise and pitfalls of Big Data*, cit., 2 e LANZARA, *Wikipedia e la cooperazione sociale di massa*, cit., 364.

<sup>217</sup> Questo esempio è molto noto e citato: a titolo esemplificativo cfr. WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 252, VASSALLO, *Era digitale. Indicazioni su conoscenza, reati, epistemologia della testimonianza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 80.

<sup>218</sup> BRIDGEWATER, *History Writing and Wikipedia*, in *45 Computers and Composition*, 2017, 36.

mia»<sup>219</sup>. Proviamo, in particolare, ad analizzare le pagine dedicate da *Wikipedia* ai «tre grandi C» del diritto processuale civile italiano, come direbbe Cipriani<sup>220</sup>, ossia Chiovena, Carnelutti e Calamandrei<sup>221</sup>, e a confrontarle con le analoghe pagine pubblicate online dal Dizionario Biografico degli Italiani della Treccani<sup>222</sup>. In altri termini, confrontiamo cosa dicono dei nostri *Patres* l'enciclopedia *new style* e l'enciclopedia *old style*; ovviamente cosa dicono oggi<sup>223</sup>.

Prima di tutto alcune considerazioni per così dire grafiche e di impaginazione. In primo luogo, come ovvio, le voci di *Wikipedia* non sono nominative (occorre entrare nei metadati della voce per vedere chi e in che misura sia intervenuto sulla voce stessa); quelle del Dizionario Biografico invece sono non solo nominative ma molto autorevoli. Le biografie di Chiovena e di Carnelutti sono di Giovanni Tarello, mentre quella di Calamandrei è di Stefano Rodotà.

Ma non è tutto. In alto a destra delle tre pagine di *Wikipedia* vi sono le foto dei *Patres*. Certamente Chiovena, essendo morto ben prima degli altri, non poteva contare su foto particolarmente rappresentative; più specificamente su *Wikipedia* è pubblicata la stessa fotografia presente nel frontespizio interno dell'edizione del 1993 della raccolta dei suoi *Scritti giuridici*. Carnelutti, invece, viene ripreso non più giovanissimo, però ugualmente ancora nel pieno della sua attività forense e accademica, probabilmente nel proprio studio o, comunque, davanti a una biblioteca<sup>224</sup>. Calamandrei, invece, viene ripreso in primo piano, ma seduto (come dimostra la testa leggermente piegata e sostenuta dal braccio sinistro presumibilmente appoggiato sul gomito) e assorto in meditazione<sup>225</sup>.

---

<sup>219</sup> JEMIELNIAK, AIBAR, *Bridging the gap between wikipedia and academia*, in 67 *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 2016, 1774.

<sup>220</sup> Cfr., ad esempio, CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti*, in ID., *Scritti in onore dei patres*, 2006, Milano, 378.

<sup>221</sup> Le pagine di *Wikipedia* sono reperibili rispettivamente ai seguenti indirizzi: [https://it.wikipedia.org/wiki/Giuseppe\\_Chiovena](https://it.wikipedia.org/wiki/Giuseppe_Chiovena), [https://it.wikipedia.org/wiki/Francesco\\_Carnelutti](https://it.wikipedia.org/wiki/Francesco_Carnelutti) e [https://it.wikipedia.org/wiki/Piero\\_Calamandrei](https://it.wikipedia.org/wiki/Piero_Calamandrei).

<sup>222</sup> Le biografie di Chiovena, Carnelutti e Calamandrei, scritte rispettivamente da Tarello (le prime due) e Rodotà (la terza), sono reperibili ai seguenti indirizzi: [http://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-chiovena\\_%28Dizionario-Biografico%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-chiovena_%28Dizionario-Biografico%29/) (quella di Chiovena), [http://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-carnelutti\\_%28Dizionario-Biografico%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-carnelutti_%28Dizionario-Biografico%29/) (quella di Carnelutti) e [http://www.treccani.it/enciclopedia/piero-calamandrei\\_\(Dizionario-Biografico\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/piero-calamandrei_(Dizionario-Biografico)) (quella di Calamandrei).

<sup>223</sup> Le pagine sono state consultate l'8 ottobre 2017 e la versione consultata è stata stampata. Soprattutto (anzi essenzialmente) per quanto riguarda *Wikipedia*, ciò si rivela essenziale, visto l'aggiornamento "perenne" che la contraddistingue.

<sup>224</sup> La foto usata su *Wikipedia* è la stessa utilizzata anche sul sito di presentazione del convegno giuridico organizzato a Venezia nel 2015, per il cinquantesimo anniversario della sua scomparsa (<http://www.agendavenezia.org/it/evento-35332.htm>).

<sup>225</sup> La foto di Calamandrei, come viene specificato sempre sul sito di *Wikipedia*, è tratta da un blog privato, <https://pasquinando.wordpress.com/personaggi/piero-calamandrei/>. La stessa foto, co-

Molto probabilmente i redattori di *Wikipedia* non hanno scelto consapevolmente le fotografie, essendosi forse limitati a caricare quelle più facilmente reperibili. Ciò nonostante, anche le fotografie sono significative e in qualche modo indicative della concezione che i redattori delle voci probabilmente avevano dei tre “C”.

Chiovenda appare come un pacifico signore coi baffi, leggermente sovrappeso e ripreso in un contesto bucolico; non proprio l'immagine che si assocerebbe al sommo Chiovenda (così come definito nella voce). La foto di Carnelutti è probabilmente la migliore delle tre; nonostante l'età non più giovanissima la foto lascia chiaramente intuire non solo il suo aspetto distinto e la sua spiccata personalità, ma anche la sua evidente attenzione all'immagine personale (nella fotografia egli appare intento a togliersi gli occhiali, come se fosse stato colto in un momento qualsiasi della propria attività, ma la posa è stata evidentemente studiata). Naturalmente una fotografia non basta per capire la personalità di una persona; di certo però quella postata su *Wikipedia* non smentisce certo il giudizio di chi lo considerava uomo «bello, simpatico, affascinante» e anche «vanitosissimo»<sup>226</sup>.

Decisamente diverso è il messaggio che trasmette la fotografia di Calamandrei (anzi, le fotografie, visto che nel prosieguo della voce se ne trovano altre due)<sup>227</sup>. Egli, infatti, è ritratto assorto in momenti di meditazione e riflessione; parrebbe trasparire l'idea di una persona profonda e seria, anche se forse poco interessata agli aspetti più mondani della vita<sup>228</sup>.

Sarebbe interessante entrare nel dettaglio contenutistico delle voci, ma non è ovviamente possibile. Certamente singolare, però, è constatare che la voce di *Wikipedia* italiana dedicata a Carnelutti è scritta in spagnolo, per quanto riguarda le notizie biografiche, e in italiano per il resto. L'aspetto che maggiormente colpisce delle voci di *Wikipedia*, però, è un altro: la differente lunghezza. Le voci del Dizionario Biografico, pur non coincidendo come lunghezza, sono sostanzialmente omogenee; nella versione stampata (al netto di pubblicità e link vari) quella di Chiovenda è lunga 8 pagine, quella di Carnelutti 10 e quella di Calamandrei 12. In tutte queste voci, oltre ai riferimenti biografici, il pensiero dei tre

---

munque, è reperibile in molti altri siti dedicati a Calamandrei ed è una delle più utilizzate in proposito.

<sup>226</sup> Il giudizio, forse un po' di parte (vista l'ammirazione chiaramente nutrita verso Carnelutti), è di CIPRIANI, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1253, poi anche in ID., *Scritti in onore dei Patres*, Milano, 2006, 320 (da cui sono tratte le citazioni).

<sup>227</sup> La seconda fotografia è tratta dal sito del Centro Piero Calamandrei di Jesi: [http://www.centropierocalamandrei.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=46&Itemid=56](http://www.centropierocalamandrei.it/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=56). Della terza, invece, non viene specificato nulla.

<sup>228</sup> Con specifico riferimento alla figura e alla personalità di Calamandrei, cfr. CONSOLO, *Piero Calamandrei tra diritto, competizione e poesia*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1181.

*Patres* è analizzato in ordine cronologico, fino alle rispettive morti. Il tutto, ovviamente corredato da una bibliografia di (e su) ognuno di essi.

Molto meno omogenee sono, invece, le voci di *Wikipedia*. Quella di Calamandrei è piuttosto lunga, mentre quelle dedicate a Carnelutti e a Chiovenda sono decisamente più brevi. Addirittura quella di Chiovenda si compone di poche righe, sei per la biografia e ancora sei (solo sei!) per il suo pensiero. Se la si paragona alla voce del dizionario biografico scritta da Tarello, come noto mai troppo benevolo nei giudizi su Chiovenda (tanto da affermare che «la prolusione parmense si iscrive nel nazionalismo culturale della dottrina giuridica italiana del tempo»), il confronto è comunque impietoso.

Se poi si passa al contenuto della voce, il divario è abissale. Data la brevità, possiamo citarla integralmente: «Il suo pensiero è considerato riferimento portante nella stesura del codice di diritto processuale civile del 1940. Strenuo sostenitore del principio dell'oralità, fu redattore del progetto di riforma dello stesso codice nel 1919 Chiovenda è riconosciuto come uno dei maggiori esponenti della dottrina giuridica italiana, al punto da essere chiamato il "Sommo Chiovenda". In particolare influenzò la dottrina processualistica conferendole un influsso rigorosamente scientifico e superandone l'ancillarità rispetto al diritto sostanziale. Come allievo di Scialoja risentì, soprattutto nei primi lavori e nelle scelte metodologiche, dell'insegnamento romanistico»<sup>229</sup>.

In altri termini, il (povero) sommo Chiovenda è ridotto a strenuo sostenitore del principio dell'oralità (genericamente inteso) e a mero *influencer* (oggi si direbbe così) della dottrina processualciviltistica italiana, avendo appunto contribuito a darle un influsso (che altro potrebbe fare un *influencer*?) rigorosamente scientifico. Chi non fosse avvezzo agli studi del diritto processuale e leggesse questa voce certamente non coglierebbe il peso scientifico di Chiovenda. Del resto, anche solo limitandosi ai dati biografici, l'incompletezza delle informazioni è dimostrata dalla mancata menzione del fatto che il suo paese di nascita (Premosello) alla sua morte aggiunse il suo nome come segno di omaggio e reverenza (circostanza invece precisamente riferita dallo stesso Tarello). Neanche il più «machiavellico» Calamandrei descritto da Cipriani avrebbe potuto ideare una *damnatio memoriae* simile<sup>230</sup>.

A questo punto occorre chiedersi il perché di queste differenze. E purtroppo la risposta è tanto semplice quanto impietosa. La voce dedicata a Chiovenda non interessa a molti; al di là dei pochi abitanti di Premosello-Chiovenda, degli

<sup>229</sup> [https://it.wikipedia.org/wiki/Giuseppe\\_Chiovenda](https://it.wikipedia.org/wiki/Giuseppe_Chiovenda).

<sup>230</sup> Così definisce il comportamento di Calamandrei nella creazione del mito di Chiovenda, come descritto nelle analisi storiche di Cipriani, CAVALLONE, «Peggio per te che sei un postero!» (A proposito degli «Scritti in onore dei Patres» di Franco Cipriani), in *Riv. dir. proc.*, 2007, 919. Cfr. anche CONSOLO, *Piero Calamandrei tra diritto, competizione e poesia*, cit., 1181 e ID., *Un ondivago Calamandrei, qui fra Lessona e Mortara sulla cassazione unificata a Roma, e in prospettiva su quant'altro...: uno «strano» allievo poiché senza «osservanza»?», in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1319 ss.*

(ancora meno) processualcivili e dei rarissimi processualcivili viventi nati a Premosello-Chiovena (uno solo in realtà, ma lascio alla curiosità del lettore l'individuazione del nome, facilmente reperibile su *Internet* ... ma non ancora su *Wikipedia*) probabilmente nessuno ha interesse a leggere la voce su Chiovena. E probabilmente i pochi interessati non ritengono *Wikipedia* degna di considerazione e, quindi, non intervengono sulla voce. Del resto è notoria l'affermazione dell'ex presidente dell'American Library Association, Michael Gorman, secondo cui un accademico che consiglia di leggere *Wikipedia* equivale a un dietologo che consiglia una dieta a base di maxi hamburger<sup>231</sup>.

Probabilmente qualcuno in più si è interessato alla voce di Carnelutti; in fondo egli godeva di una notevole popolarità come avvocato, sostanzialmente paragonabile a quella che hanno avuto le c.d. archistar negli anni Duemila e che ora hanno gli chef<sup>232</sup>. Del resto, egli «era un grande avvocato, se non proprio l'Avvocato per antonomasia e per eccellenza»<sup>233</sup>; e di ciò era pienamente consapevole<sup>234</sup>. In proposito non sembra casuale che la prima notizia riportata nella parte dedicata al suo pensiero giuridico riguardi la creazione nel 1975 (nel decennale della sua scomparsa) della Fondazione Forense Francesco Carnelutti. Proprio in considerazione di questo sembra legittimo pensare che la voce non sia stata scritta neppure in questo caso da accademici, ma da avvocati ancora fortemente affascinati dalla sua personalità e dal suo carisma nello svolgimento dell'attività forense.

Certamente maggiore attenzione, invece, deve aver suscitato la voce di Calamandrei, in cui, oltre, tutto, è persino menzionato (anche con sufficienti indicazioni bibliografiche) il noto dibattito provocato dagli scritti di Cipriani sul suo ruolo nella redazione del codice di procedura civile all'epoca del fascismo. Leg-

---

<sup>231</sup> La citazione è riportata da JEMIELNIAK, AIBAR, *Bridging the gap between wikipedia and academia*, cit., 1773, ma è menzionata anche in altri contributi (es. REAGLE, *Good faith collaboration: The culture of Wikipedia*, cit., 138).

<sup>232</sup> Come ricorda, per testimonianza diretta, Cipriani, «negli anni Cinquanta egli [Carnelutti, n.d.r.] era in continuazione sui giornali» (CIPRIANI, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, cit., 318).

<sup>233</sup> Cfr. CIPRIANI, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, cit., 318.

<sup>234</sup> Cfr., in proposito, la testimonianza diretta raccontata da Cipriani, il quale, da studente universitario, assistette, seduto fra il pubblico («ero alla sua sinistra e lo contemplavo in silenzio»), a un'udienza di Carnelutti avanti alla Corte d'Assise di Bari. Al suo arrivo, fuori dal Palazzo di Giustizia «c'era già una piccola folla di avvocati ad aspettarlo» e «l'aula era piena di avvocati, tutti interessati ad ascoltare "il Maestro"»; evidentemente aspettandoselo, Carnelutti era arrivato con numerose copie della memoria che avrebbe depositato in udienza, copie «che distribuì a tutti i presenti». E «tutti», fra cui anche lo stesso Cipriani, «gli chiesero di firmare la loro copia ed egli pazientemente le firmava, esattamente come fanno i grandi divi che rilasciano autografi ai loro fans» (CIPRIANI, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, cit., 319).

gendo la voce, però, ci si rende facilmente conto che la stessa è essenzialmente incentrata sulla sua attività politica. L'attività accademica è poco o nulla menzionata e il suo pensiero scientifico è sempre rapportato alla situazione politica. Ciò, del resto, si spiega bene considerando che egli fu anche un politico molto attivo, tanto da essere eletto nell'Assemblea Costituente.

Ed è probabilmente proprio nei differenti ruoli (extraaccademici) svolti che si può cogliere la ragione delle differenti estensioni delle voci. A differenza del Dizionario Biografico della Treccani, le biografie delle voci di *Wikipedia* iniziano con una sintetica illustrazione della professione o, in genere, del ruolo svolto dal destinatario della voce. Ebbene, Chiovenda viene definito giurista e accademico italiano, Carnelutti viene definito giurista e avvocato italiano, Calamandrei, invece, viene definito politico, avvocato e accademico italiano, nonché uno dei fondatori del Partito d'Azione. Questa differenziazione (nonché l'ordine seguito nelle tre elencazioni) non pare affatto casuale. Chiovenda è essenzialmente accademico, Carnelutti è anche avvocato, Calamandrei è soprattutto politico. Probabilmente è proprio questa diversa percezione dei ruoli svolti che spiega la differente lunghezza delle voci.

In effetti, il punto centrale di *Wikipedia* è proprio questo. Che una voce sia sempre «modificabile», come è in linea di principio, non significa affatto che verrà «modificata» davvero<sup>235</sup>. Come è stato giustamente messo in luce, nelle enciclopedie tradizionali «la lunghezza di una voce è un simbolo della sua importanza. In Wikipedia, invece, la lunghezza è semplicemente una manifestazione di interesse e di passione, anche se magari si tratta soltanto dell'interesse e della passione di una singola persona»<sup>236</sup>.

Ma non solo. L'eventuale nuova modificazione potrebbe comunque contenere ulteriori errori. Del resto, «l'idea che il lavoro delle comunità conduca necessariamente ad un risultato «migliore», semmai, è una di quelle convinzioni mai dimostrate, ostinatamente radicate nel senso comune, profondamente ideologiche, e tanto più insidiose proprio perché si presentano come “non ideologiche”»<sup>237</sup>.

A questo punto si potrebbe essere tentati da una risposta tanto banale quanto semplice: *Wikipedia* non è attendibile e può tranquillamente essere trascurata. D'altro canto, però, *Wikipedia* è talmente utilizzata che far finta di nulla sarebbe ingenuo e semplicistico<sup>238</sup>. In realtà occorre prendere atto della «esistenza della pratica epistemica, ormai ordinaria, di consultare questa enciclopedia on-

<sup>235</sup> MICONI, *Il Web senza qualità. I limiti di Wikipedia e la microfisica dell'informazione*, cit., 422.

<sup>236</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 300.

<sup>237</sup> MICONI, *Il Web senza qualità. I limiti di Wikipedia e la microfisica dell'informazione*, cit., 422.

<sup>238</sup> Cfr. F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, cit., 108, la quale giustamente rileva come l'inaffidabilità di Internet non debba essere generalizzata ed enfatizzata.

line»<sup>239</sup>. In realtà, occorre sottolineare come questa pratica epistemica sia qualitativamente differente rispetto a quelle tradizionalmente utilizzate in precedenza. Ma spieghiamoci meglio. Come si dirà meglio nell'ultimo capitolo, le strategie conoscitive dell'uomo presuppongono comunque l'affidamento su conoscenze pregresse trasmesse da altri. Se così non fosse, infatti, come acutamente rilevato, non saremmo neppure in grado di conoscere il nostro nome. Il problema dell'attendibilità di *Wikipedia*, quindi, così come il problema dell'affidabilità delle enciclopedie tradizionali e in genere di ogni conoscenza trasmessa da altri, rientra nel più generale tema dell'epistemologia della testimonianza e, più in generale, della dipendenza epistemica<sup>240</sup>.

Sono già moltissimi gli studi in argomento; è stato addirittura elaborato un algoritmo studiato per «estrarre» le informazioni da Wikipedia mediante l'acquisizione delle stesse non da una singola voce, ma dal complesso dei dati caricati sul sito<sup>241</sup>. Proprio l'uso non tradizionale di *Wikipedia*, ossia la sua analisi attraverso algoritmi e meccanismi di ricerca complessi sembra fornire le più promettenti prospettive di sviluppo. Anche in questo caso non è possibile approfondire ulteriormente l'argomento.

Per rimanere in tema, però, può essere interessante analizzare alcuni recenti studi compiuti per verificare l'attendibilità delle biografie riportate su *Wikipedia*. In particolare, è stato proposto di valutare le biografie utilizzando diversi indicatori, spesso riferiti a meta-dati delle pagine stesse, quali, ad esempio, la suddivisione interna della pagina, il numero di categorie a cui la pagina afferisce, il numero dei link esterni, la presenza in vita oppure no della persona descritta nella biografia. L'uso incrociato di questi dati permette appunto di individuare, fra le varie biografie, quelle più attendibili e quelle meno<sup>242</sup>.

Non è possibile – e nemmeno utile ai fini di questo lavoro – analizzare nel dettaglio questi studi. Qui, invece, sembra più interessante porre l'attenzione sul metodo posto a fondamento di *Wikipedia*. Come detto in precedenza, la strategia epistemica di *Wikipedia* è sostanzialmente analoga a quella delle altre enciclopedie. Qualitativamente diverso è, invece, il fondamento della dipendenza

<sup>239</sup> GOODWIN, *L'autorità di Wikipedia*, cit., 11.

<sup>240</sup> Sulla centralità e sull'importanza della testimonianza e della dipendenza epistemica cfr. AMORETTI, VASSALLO, *Piccolo trattato di epistemologia*, Torino, 2010, 99 ss. Con specifico riferimento al problema della dipendenza epistemica relativamente a *Wikipedia* e alle enciclopedie tradizionali, cfr. FALLIS, *Toward an Epistemology of Wikipedia*, cit., 1663, GOODWIN, *L'autorità di Wikipedia*, cit., 11 e WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 28.

<sup>241</sup> BARBU, *What Kind of Knowledge Is in Wikipedia? Unsupervised Extraction of Properties for Similar Concepts*, in 65 *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 2014, 2489.

<sup>242</sup> OFEK, ROKACH, *A Classifier to Determine Which Wikipedia Biographies Will Be Accepted*, in 65 *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 2015, 213.

epistemica, ossia delle ragioni che giustificano l'affidamento sulla veridicità del contenuto delle voci. Nelle enciclopedie tradizionali tale affidamento si fonda sostanzialmente nel principio di autorità e, soprattutto, sul «process by which the entries in the encyclopedia are produced», ossia nella selezione degli autori e nel controllo delle voci<sup>243</sup>.

Nel caso di *Wikipedia*, invece, il processo di selezione e formazione delle voci è radicalmente differente. A differenza delle enciclopedie tradizionali, tale processo non si basa né sull'autorità degli autori delle voci (come detto gli utenti, per quanto registrati, sono anonimi e non è pertanto possibile valutarne le competenze) né sull'eventuale attendibilità riscontrata per altre voci (l'attendibilità di una singola voce non giustifica analogo affidamento su altre voci)<sup>244</sup>.

Ovviamente non è possibile entrare troppo nei dettagli; tuttavia, si può dire che la ragione di affidabilità delle voci di *Wikipedia* dovrebbe risiedere in quella che è stata definita «saggezza delle folle» ossia la teoria sociologica secondo la quale, posta una domanda, una massa di individui inesperti sarebbe in grado di fornire una risposta più corretta di quella fornita dagli esperti<sup>245</sup>. In altri termini, questa teoria prevede che «le folle possano avere, in determinate circostanze, una forma di saggezza» e che «in certi casi i gruppi siano più intelligenti del loro membro più intelligente»<sup>246</sup>.

Tale teoria, tuttavia, si basa sull'assunto che la folla sia composta da un numero ampio di persone, caratterizzate da diversità di opinioni, tra loro indipendenti e decentrate, e la cui opinione è facilmente aggregabile. In presenza di tali condizioni allora il giudizio espresso dalla folla è più attendibile di quello di un esperto. Questo, però, non basta; è altresì necessario che la folla (meglio tutti i suoi componenti) esprima effettivamente la propria opinione.

È proprio quest'ultima condizione che *Wikipedia* non è in grado di assicurare. Certamente si rivolge a una folla, anzi la folla più grande che si possa immaginare, ossia tutta l'umanità. Si può ragionevolmente pensare che tale folla sia anche, almeno in gran parte dei casi, indipendente e decentrata. Ciò che, invece, non è assicurato è l'effettiva partecipazione della folla stessa; come detto in precedenza, se una voce non interessa è molto probabile che pochi la consultino e che ancora meno abbiano voglia di modificarla. Proprio per questo si può rite-

<sup>243</sup> FALLIS, *Toward an Epistemology of Wikipedia*, cit., 1667.

<sup>244</sup> GOODWIN, *L'autorità di Wikipedia*, cit., 12 s.

<sup>245</sup> Su questa teoria, le cui prime elaborazioni risalgono all'Ottocento, cfr. SUROWIECKI, *The Wisdom of Crowds*, New York, 2004. Si veda anche LANZARA, *Wikipedia e la cooperazione sociale di massa*, cit., 369, secondo cui «i sistemi di produzione sociale incorporano (e sono espressione di) una *collective capability* di creare e valorizzare risorse di conoscenza collettive e condivise, che sarebbe difficile se non impossibile sviluppare per mezzo delle forme contrattuali tipiche del mercato e dell'impresa».

<sup>246</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., xiv e poi spec. 70 ss.

nere che l'attendibilità delle voci di *Wikipedia* sia proporzionale all'interesse dell'argomento oggetto della voce<sup>247</sup>. È, quindi, il diverso interesse suscitato che probabilmente ha fatto sì che la biografia di Chioenda non sia attendibile (soprattutto nel senso della sua sostanziale incompletezza), che quella di Carnelutti lo sia leggermente di più e che, forse, quella più affidabile sia quella di Calamandrei.

In fondo, se ci si consente questo esempio un po' estemporaneo, *Wikipedia* è un po' come l'aiuto dal pubblico nel gioco «Chi vuol essere milionario?». Di fatto, quindi *Wikipedia* ha innegabilmente una valenza epistemica, ma essa è senza dubbio limitata; può essere molto utile per risposte semplici e di temi comuni o comunque se il tempo per le ricerche è limitato; in sostanza, è razionale avere nei confronti di *Wikipedia* una forma di «affidamento pragmatico»<sup>248</sup>. Certamente, però, non pare garantire un'affidabilità tale da poter fondare su di essa una vera e propria dipendenza epistemica. In definitiva, come icasticamente rilevato, «Wikipedia is as reliable as it is»<sup>249</sup>.

Quanto appena detto ci consente di ritornare al tema del notorio. A pensarci bene, infatti, il fondamento epistemico di *Wikipedia* è identico a quello posto a base del concetto di notorietà prima da Stein e poi da Calamandrei. I fatti notori, infatti, entrano nel patrimonio comunque, proprio perché rappresentano «il risultato di una esperienza e di una critica collettiva, sicché ciascun appartenente a quel gruppo le sceglie senza discuterle, perché partecipa alla *communis opinio*, formatasi ormai, nell'interno del gruppo, sulla verità della medesima»<sup>250</sup>.

Si possono rinvenire molte similitudini fra questa forma di controllo e il meccanismo su cui *Wikipedia* fonda l'attendibilità dei propri contenuti: le voci sono lasciate appositamente aperte e modificabili nella convinzione che il controllo di tutti possa portare verso un'asintotica tensione alla completezza delle informazioni raccolte. Anche il notorio, principalmente nella concezione di Stein (fondata sulla diffusione della stampa periodica), ma anche in quella di Calamandrei (comunque basata sul controllo diffuso da parte dell'opinione pubblica-cultura media), si fonda su un meccanismo di «mass collaboration»<sup>251</sup>.

Del resto, anche secondo Calamandrei la spersonalizzazione del controllo operato dalla cerchia sociale consente di eliminare le «scorie da cui potrebbe essere inquinato il giudizio del testimone che dice di aver visto coi propri oc-

---

<sup>247</sup> PACCAGNELLA, *La gestione della conoscenza nella società dell'informazione: il caso di Wikipedia*, cit., 670.

<sup>248</sup> GOODWIN, *L'autorità di Wikipedia*, cit., 21.

<sup>249</sup> FALLIS, *Toward an Epistemology of Wikipedia*, cit., 1669.

<sup>250</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 294.

<sup>251</sup> Su questo concetto FALLIS, *Toward an Epistemology of Wikipedia*, cit., 1664.

chi»<sup>252</sup>. Ed è proprio questa spersonalizzazione che, per usare le parole di Andrioli, conferisce «quel tanto di obiettività che convince a porre i fatti, che ne formano oggetto, a base della decisione senza bisogno di prove assunte su istanza di parte o disposte d'ufficio dal giudice»<sup>253</sup>. Ma non solo. La varietà degli argomenti di *Wikipedia* rispecchia perfettamente l'ecllettismo tipico del concetto di cultura media preso come riferimento da Calamandrei<sup>254</sup>.

Quanto detto in precedenza sulla non necessaria validità epistemica delle voci di *Wikipedia* dimostra conseguentemente anche l'inutilizzabilità del criterio proposto da Calamandrei per fondare la notorietà. In molte voci di *Wikipedia* non si arriva ad un risultato di certezza e il percorso per arrivarci è svolto attraverso una vera e propria «atmosfera inquinata da partigianerie e spesso arroventata di passioni»<sup>255</sup>. Spesso, infatti, il processo di redazione delle stesse non è affatto tranquillo e pacato, riscontrandosi forme di «vandalismi» e vere e proprie «*edit war*» fra i redattori sui temi più controversi<sup>256</sup>.

Ritornando al concetto di notorietà, queste stesse considerazioni consentono in qualche misura di sottolineare l'importanza e la lungimiranza di alcune intuizioni di Carnelutti. Come si ricorderà quest'ultimo, modificando parzialmente le proprie idee iniziali, considerava come notori esclusivamente i «fatti concernenti l'interesse generale, quali pertanto ogni uomo di media coltura non tanto ha la possibilità quanto ha lo stimolo di conoscere»<sup>257</sup>. La sua prospettiva, per quanto impostata oggettivamente sulla natura del fatto (secondo Carnelutti, infatti, erano le caratteristiche intrinseche del fatto a renderlo di interesse pubblico), coglie un aspetto fondamentale della notorietà e del possibile controllo sociale sul fatto<sup>258</sup>. E, se vogliamo, in questo consiste uno dei corollari più significativi (ma

<sup>252</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 294.

<sup>253</sup> ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 280.

<sup>254</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 17, secondo il quale il carattere «proprio della cultura media è l'ecllettismo, o il posseder i fondamenti di tutte le discipline».

<sup>255</sup> Per citare le espressioni con cui Calamandrei contraddistingue l'atmosfera conflittuale del processo rispetto a quella pacifica della critica sociale (CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 303).

<sup>256</sup> In argomento, anche per ulteriori riferimenti, cfr. KITTUR, SUH, PENDLETON, CHI, *He says, she says: conflict and coordination in Wikipedia*, in *Proceedings of the SIGCHI conference on Human factors in computing systems*, 2007, 453, nonché, più recentemente, e in prospettiva analitica, WILSON, LIKENS, *Content Volatility of Scientific Topics in Wikipedia: A Cautionary Tale*, in *PLoS ONE*, 10(8): e0134454. doi:10.1371/journal.pone.0134454. Si vedano anche BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 366 e WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 108.

<sup>257</sup> CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 420.

<sup>258</sup> In questi termini si esprime De Stefano, il quale rileva che, nel pensiero di Carnelutti, «Il notorio sarebbe non più fatto di conoscenza o di esperienza generale, secondo la formula accolta anche legislativamente, ma fatto di generale interesse, perché comprenderebbe, come il Carnelutti si espri-

forse non del tutto sviluppati dall'autore) dell'intrinseca relatività del concetto del notorio nel saggio di Ferrara<sup>259</sup>.

Secondo Carnelutti, un fatto diventerebbe notorio attraverso la critica sociale solo se pubblico, ossia in grado di interessare la gente e quindi di provocare reazioni. Ed è proprio questo, come si è visto, l'aspetto che mina l'attendibilità delle voci di *Wikipedia*; se un fatto non interessa, nessuno si preoccuperà di verificare se lo stesso sia vero oppure no e, quindi, nessuno si premurerà di attivarsi a contestare se qualcuno compie un'affermazione non veritiera su tale fatto. Come già accennato, Carnelutti pare ritenere che la idoneità a suscitare l'interesse pubblico rappresenti una caratteristica intrinseca ed oggettiva del fatto<sup>260</sup>.

In realtà, come oggi dimostrano i «tormentoni» o le notizie «virali», l'interesse pubblico spesso prescinde dalle caratteristiche oggettive del fatto. Si tratta, del resto, di un problema di carattere più generale e che concerne quella che potremmo definire tensione epistemica dell'uomo; l'uomo è tendenzialmente curioso e naturalmente portato a conoscere il mondo. Questo, però, non avviene sempre allo stesso modo, non essendo sufficiente, ad esempio, la mera possibilità di conoscere qualcosa<sup>261</sup>.

In altri termini, è possibile porsi domande di questo tipo: «What is it that makes certain truths interesting?» o «What is it that makes certain subjects or topics interesting?»<sup>262</sup>. In effetti, si può ritenere che l'innata curiosità umana sia comunque principalmente diretta verso specifici soggetti o problemi: ad esempio, ben difficilmente un elenco del telefono viene consultato per la sola curiosità di conoscerne il contenuto. A questo proposito, quindi, si è ipotizzato di distinguere fra *prudential curiosity* (per indicare la curiosità generata da esigenze pragmatiche) e *epistemic curiosity* (per indicare la curiosità fine a se stessa e motivata dal desiderio di chiarire le proprie perplessità)<sup>263</sup>.

Pertanto, non è (e non basta) l'importanza del fatto a renderlo noto o meglio a renderlo interessante per la gente, quanto l'insieme di una serie molto variegata di circostanze, in gran parte soggettive e non necessariamente correlate alle

me «non tanto le nozioni comunemente possedute dall'uomo medio, quanto tutte le nozioni che interessano la generalità degli uomini» (DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 40).

<sup>259</sup> FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 968; ove egli, infatti, afferma che «Quando si esce dalla cerchia dei fatti di grande importanza storica, d'interesse addirittura mondiale o soltanto nazionale, non vi sono fatti i quali di per sé, possano senz'altro dirsi di comune conoscenza generale per ogni categoria di persone».

<sup>260</sup> CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 420.

<sup>261</sup> GRIMM, *Epistemic Goals and Epistemic Values*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 2008, 731 ss.

<sup>262</sup> GRIMM, *Epistemic Goals and Epistemic Values*, cit., 735.

<sup>263</sup> GRIMM, *Epistemic Goals and Epistemic Values*, cit., 737, il quale precisa che «whereas epistemic curiosity essentially responds to our sense of puzzlement, prudential curiosity responds to some basic prudential concern of ours (such as a concern of survival, etc.)».

caratteristiche oggettive del fatto; questo evidentemente può rendere interessanti fatti che normalmente non dovrebbero suscitare una curiosità epistemica o, per converso, provocare disinteresse verso fatti che normalmente dovrebbero interessare<sup>264</sup>. Si può ritenere che ciò avviene in quanto «there are more questions out there that hold promise of answers than there are questions that intrinsically interest us, even though the number of questions that intrinsically interest us seems essentially unlimited»<sup>265</sup>.

Al di là di questo, è innegabile la lungimiranza delle intuizioni di Carnelutti in tema di fatto notorio. Tutto questo discorso, però, serve per chiarire, una volta di più, come la nozione tradizionale di notorietà non possa più fondarsi su concetti quali quelli di cultura media e di critica sociale, ossia concetti la cui affidabilità è intrinsecamente collegata alla teoria della saggezza delle folle. Come già rilevava Denti, del resto, può succedere che «un fatto sia pubblicamente noto nel luogo in cui si svolge, senza appartenere al patrimonio culturale di una collettività»<sup>266</sup>.

Quanto detto, però, consente di dubitare *tout court* dell'utilità epistemica della nozione di notorietà, anche già prima di *Internet* e di *Wikipedia*. Prendiamo ancora una volta le biografie appena analizzate e soffermiamoci su un tema poco giuridico, ma molto processualistico, ossia la fondazione della Rivista di diritto processuale. La copertina dell'ultimo numero della rivista riporta (e, conseguentemente, ricorda) che la stessa è stata fondata nel 1924 dal Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei. Anche in questo caso si potrebbe parlare di fatto notorio. Leggendo le biografie pubblicate su *Wikipedia*, però, qualche dubbio potrebbe nascere. Ad esempio, nella biografia di Chiovenda si afferma testualmente che egli «Nel 1924 con Francesco Carnelutti fondò e diresse la *Rivista di diritto processuale civile*». Nella biografia di Calamandrei, invece, si dice che egli «fu direttore della *Rivista di diritto processuale*». Nella biografia di Carnelutti addirittura nulla si dice in proposito. Al di là della differenza di nome (la Rivista

---

<sup>264</sup> Cfr. ancora GRIMM, *Epistemic Goals and Epistemic Values*, cit., 739 (ove chiarisce che il numero delle situazioni che possono solleticare la curiosità epistemica umana «is typically enormous») e 742 (ove afferma che «even beliefs with respect to epistemically insignificant matters – roughly, matters lacking intrinsic epistemic value – can be appraised and evaluated from an epistemic point of view»). In una simile prospettiva, a sostegno di una funzione epistemica delle emozioni, si veda anche VACCAREZZA, *A guide to moral knowledge. The epistemic role of moral emotions*, in *Studi di estetica*, 2017, 27 ss. È esattamente l'opposto di quanto sostenuto da De Stefano, secondo il quale «alcunché diventa notorio, non perché interessa tutti, ma perché è conosciuto da tutti e perché attraverso il vaglio della critica collettiva assurge a quel grado di certezza che non richiede alcuno specifico processo di accertamento» (DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 40).

<sup>265</sup> GRIMM, *Epistemic Goals and Epistemic Values*, cit., 740.

<sup>266</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 266. Sull'intrinseca ambiguità del concetto di cultura, TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 693.

è sempre stata la stessa, obliterando, a partire dal dopoguerra, il riferimento alla procedura «civile»), queste divergenze potrebbero far sorgere qualche dubbio sulla paternità della fondazione.

Si potrebbe certamente pensare che, in fondo, tali biografie sono inattendibili (come del resto appena detto) e che, quindi, è superfluo interrogarsi sull'argomento. Ma adottiamo un atteggiamento più scettico e verifichiamo cosa dicono anche le biografie "tradizionali" contenute nel Dizionario biografico della Treccani. Viene legittimo pensare che tali voci, garantite dall'autorevolezza degli autori e del comitato scientifico dell'opera, confermino quanto riportato sul frontespizio della Rivista o che, quantomeno, abbiano versioni uniformi. In realtà, non è così.

Le biografie di Chiovena e Carnelutti sono concordanti sul punto (essendo del resto scritte dallo stesso autore). In entrambe, però, si afferma che la Rivista di diritto processuale civile è stata fondata da Chiovena e Carnelutti nel 1924 a Padova, senza alcuna menzione particolare per il ruolo di Calamandrei. Solo nella biografia dedicata a Carnelutti, Tarello inserisce Calamandrei, unitamente a molti altri giuristi di allora, fra i primi aderenti alla rivista, appunto «oltre ai due fondatori». Le sorprese maggiori, però, vengono dalla biografia di Calamandrei; qui, e si cita testualmente, Rodotà afferma che «nel settore giuridico, poi, il C. svolse una benemerita opera di organizzatore culturale, fondando nel 1924 la *Rivista di diritto processuale civile* (di cui sarà prima redattore-capo e poi direttore, insieme con G. Chiovena e F. Carnelutti)». Non si può certo non rimanere sorpresi. Quest'ultima biografia non solo attribuisce a Calamandrei la fondazione della rivista, ma sostanzialmente ne fa quasi l'unico fondatore.

Proviamo quindi a cercare altre fonti. Un primo aiuto potrebbe venire da un articolo scritto da Denti e Taruffo sui Quaderni Fiorentini all'interno di un numero monografico dedicato alle riviste giuridiche italiane. Ebbene, Denti inizia tale contributo (forse l'unico dedicato *ex professo* alla storia della rivista) dando per scontato e pacifico che la rivista sia stata «fondata da Giuseppe Chiovena e da Francesco Carnelutti nel 1924»<sup>267</sup>.

Per essere più sicuri, proviamo a verificare consultando uno dei più recenti dizionari biografici dei giuristi italiani, prendendo sempre come riferimento le voci dedicate ai tre *patres*. Nella voce dedicata a Chiovena, Taruffo afferma che «il suo [di Chiovena, n.d.r.] non pacifico rapporto con Carnelutti non gli impedì di partecipare, con lo stesso e con Piero Calamandrei, alla fondazione della Rivista di diritto processuale, avvenuta nel 1924»<sup>268</sup>. Nella voce dedicata a Car-

---

<sup>267</sup> DENTI, TARUFFO, *La Rivista di diritto processuale civile*, in *Quad. fior.*, 1987, 631.

<sup>268</sup> TARUFFO, *Giuseppe Chiovena*, in BIOCCHI, CORTESE, MATTONI, MILETTI (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, 2013, 526 (l'utilizzo della denominazione Rivista di diritto processuale, e non di quella Rivista di diritto processuale civile, è nell'originale).

nelutti si afferma che «C. fonda con Chioventa e Calamandrei (nel 1924)» la Rivista di diritto processuale civile, definita vero e proprio organo della «scuola sistematica del diritto processuale», scuola di cui lo stesso Carnelutti sarebbe stato fondatore assieme a Chioventa<sup>269</sup>.

A questo punto ci si attenderebbe una conferma anche dalla biografia dedicata a Calamandrei. In essa, invece, nonostante uno specifico approfondimento dedicato all'attività scientifica e accademica da lui svolta nel 1924 (fra cui l'essersi reso «uno dei fondatori dell'Università di Firenze»), non viene fatto alcun cenno alla sua partecipazione nella fondazione della rivista, neppure menzionando il suo ruolo di direttore (ricordato persino nella voce di *Wikipedia*)<sup>270</sup>.

Si può dire che lo sconcerto sia massimo. Un fatto apparentemente pacifico e notorio è diventato contraddittorio e incerto; e questo non per colpa di *Wikipedia*. Ma cerchiamo di riepilogare i fatti; ad una analisi più approfondita sembra certamente possibile ritenere che la Rivista sia stata fondata solo da Chioventa e Carnelutti. In questo senso, del resto, portano diversi elementi; anzitutto, la lettera di presentazione («Ai lettori»), posta all'inizio del primo numero, con cui vengono spiegate le ragioni per cui la Rivista (allora, e sino al 1946, denominata Rivista di diritto processuale civile) «viene fondata», è a firma solo di Giuseppe Chioventa e Francesco Carnelutti<sup>271</sup>. In secondo luogo, sono proprio (e solo) questi ultimi ad assumere il ruolo di direttori della Rivista, con l'affidamento a Calamandrei del ruolo di «redattore-capo» (così si legge sulla copertina del primo numero). Ma soprattutto, è la corrispondenza intercorsa fra Chioventa e Carnelutti a dimostrare con chiarezza che l'idea della fondazione della Rivista fu elaborata proprio da questi ultimi<sup>272</sup>.

Calamandrei era certamente stimato e considerato, soprattutto da Carnelutti (almeno allora), forse un po' meno da Chioventa<sup>273</sup>, anche se «poteva tranquillamente essere trascurato atteso che aveva 34 anni e insegnava ancora a Sie-

<sup>269</sup> ORLANDI, *Francesco Carnelutti*, in BIROCCHI, CORTESE, MATTONE, MILETTI (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., 457.

<sup>270</sup> SORDI, *Piero Calamandrei*, in BIROCCHI, CORTESE, MATTONE, MILETTI (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., 377.

<sup>271</sup> CHIOVENTA, CARNELUTTI, *Ai lettori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 3.

<sup>272</sup> Si veda, in particolare, la lettera scritta da Carnelutti in data 8 settembre 1923 (reperita da Cipriani e pubblicata integralmente in CIPRIANI, *Quel lieto evento di tanti anni fa (una visita a Pre-mosello-Chioventa)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 225, spec. 235 s.), in cui egli sottopone nuovamente a Chioventa il progetto della Rivista. E proprio in tale lettera si parla anche di Calamandrei; prima di tutto viene menzionato come studioso, unitamente ad altri (quali Segni, Finzi e Lessona), sulla cui «collaborazione attiva» era possibile contare. In secondo luogo, Carnelutti prospetta la possibilità, «per la stima che sotto ogni aspetto egli merita», di offrire a Calamandrei (che «scrive parecchio e può valere per due») di «entrar terzo nella direzione».

<sup>273</sup> Sui rapporti (tutt'altro che tranquilli) fra Carnelutti, Chioventa e Calamandrei, si veda CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia*, Milano, 1991, 306, nonché, direttamente, CARNELUTTI, *Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 262.

na»<sup>274</sup>; e, in effetti, nonostante l'ipotesi prospettata in un primo tempo da Carnelutti, egli non venne nominato quale terzo direttore, ma assunse il ruolo di Redattore Capo<sup>275</sup>. Di sicuro, però, non pare aver avuto alcun ruolo effettivo nella fondazione della Rivista. Del resto, come documentato da Cipriani, l'idea di fondare la Rivista venne essenzialmente a Carnelutti, che «si sentiva lo Sraffa della Procedura civile» e fortemente intenzionato a creare una rivista simile alla Rivista di diritto commerciale<sup>276</sup>.

Del resto, la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, è stato il periodo di fondazione e di maggior sviluppo delle riviste scientifiche e, come si sa, «nella vita accademica, come in altri campi, l'emulazione è una forza potente»<sup>277</sup>. Forse, lo stesso coinvolgimento di Chiovenda è stato occasionato dalla prematura scomparsa di Lessona, cui lo stesso Carnelutti aveva proposto in prima battuta l'idea della Rivista e dalla necessità, allora ancora sentita sempre da Carnelutti, di una protezione scientifica di «un Vivante»<sup>278</sup>.

Ma allora come si spiega il fatto che attualmente sulla copertina della Rivista la fondazione della stessa viene attribuita anche a Calamandrei? Per risolvere l'enigma occorre ritornare al 1965, quando la direzione della Rivista passa a Enrico Tullio Liebman, unitamente a Gian Antonio Micheli. È proprio da allora che sul frontespizio della rivista i nomi dei tre grandi C compaiono quali cofondatori della Rivista. Pur in mancanza di riscontri, è ragionevole ritenere che l'inclusione del nome di Calamandrei sia una sorta di «omaggio *post mortem*» da parte proprio di Liebman<sup>279</sup>.

---

<sup>274</sup> CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)*, in ID., *Scritti in onore dei patres*, cit., 337, il quale sottolinea il peso certamente maggiore dell'esclusione di Redenti, Zanzucchi e Messina, allora accademicamente molto più influenti di Calamandrei, esclusione certamente voluta visto che lo stesso Carnelutti sostenne nella lettera inviata a Chiovenda che gli stessi «avrebbero al massimo promesso, ma non anche mantenuto».

<sup>275</sup> In proposito, cfr. CIPRIANI, *Quel lieto evento di tanti anni fa (una visita a Premosello-Chiovenda)*, cit., 235 e ancora ID., *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)*, 337.

<sup>276</sup> CIPRIANI, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, cit., 307. Sulla vicinanza della Rivista di diritto processuale civile a quella di diritto commerciale, cfr. anche CONSOLO, *Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Carnelutti: dalla "Commerciale" alla "Processuale"*, in *Giust. civ.*, 2016, 689 s.

<sup>277</sup> Cfr., anche per un'analisi dello sviluppo delle riviste specialistiche fra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 221 s.

<sup>278</sup> CIPRIANI, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, cit., 307. Sulla necessità della protezione scientifica di Chiovenda per la fondazione della Rivista, cfr. anche MICHELI, *Francesco Carnelutti e la Rivista di diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 2.

<sup>279</sup> In questo senso, VULLO, *Enrico Tullio Liebman*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 335, spec. nota 75, il quale giustamente ricorda come lo stesso Liebman attribuisse anche a Calamandrei la paternità della rivista (cfr. LIEBMAN, *Quel lieto evento di sessant'anni fa*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 1). Del resto, al di là della duplice lettera di commiato di Carnelutti, pubblicata sul primo numero

Una conferma, in proposito, sembra fornita da Gian Antonio Micheli, il quale, parlando proprio del ruolo di Carnelutti, afferma che la Rivista fu «varata» da quest'ultimo, «anche per l'attiva comprensione dei fratelli Milani, proprietari della Cedam» e che, in tale contesto, Chiovenda assolse «specie nei primi anni, ad una funzione fondamentale, quella che il Carnelutti definì di “grande protettore” della Rivista, garantendone, in certo senso, la serietà nel mondo degli studi»<sup>280</sup>. Con riferimento a Calamandrei, invece, Micheli ricorda solamente che egli dal 1927 «era divenuto il condirettore della Rivista e, nel 1936, il direttore, insieme a Carnelutti, dopo la morte di Giuseppe Chiovenda»<sup>281</sup>.

Al di là degli specifici problemi analizzati, questi esempi, relativi a circostanze ritenute (anche prima di *Internet*) scontate e pacifiche, dimostrano una volta di più l'inattendibilità della nozione tradizionale di fatto notorio; in fondo è bastato un mero omaggio *post mortem* per creare incertezze e ambiguità su una circostanza che dovrebbe essere certamente pacifica e scontata fra i processualisti, ossia la fondazione della Rivista di diritto processuale civile. Proprio per questo non pare più accettabile la nozione tradizionale di fatto notorio, nozione di cui, come si è più volte ricordato, la certezza dovrebbe costituire un «attributo essenziale della conoscenza notoria la certezza»<sup>282</sup>.

Ma non solo. Sempre questi esempi confermano una volta di più la relatività di tale nozione, relatività non nel senso che ogni periodo o ogni luogo ha fatti notori diversi, ma nel senso dell'intrinseca instabilità dei fatti notori; similmente alle consuetudini essi hanno parvenza di immutabilità ma in realtà si trasformano continuamente<sup>283</sup>.

Con questo, ovviamente, non si vuol dire che in un processo si debba provare che il 25 dicembre è un giorno festivo, ma si vuole semplicemente segnalare la necessità di trovare un nuovo criterio che da un lato consenta di evitare soluzioni contrarie al buon senso e all'economia processuale, ma che dall'altro permetta di utilizzare le innumerevoli informazioni ormai accessibili senza per forza dover parlare di certezza e incontestabilità. Del resto, questo problema è intrinseco ad ogni situazione di dipendenza epistemica, anche se considerata con i tradizionali schemi culturali. Ne è una evidente dimostrazione il noto paradosso dell'esperto: si consulta uno specialista perché non si hanno le competenze nella materia di cui invece l'esperto è appunto specializzato; tuttavia, per poterne va-

---

dell'anno 1965 (cfr. CARNELUTTI, *Lettera agli amici*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 1 e ID., *Postilla*, ibidem, 3), i nuovi direttori non scrivono alcuna lettera di presentazione che possa fornire indicazioni al riguardo.

<sup>280</sup> MICHELI, *Francesco Carnelutti e la Rivista di diritto processuale*, cit., 2.

<sup>281</sup> MICHELI, *Francesco Carnelutti e la Rivista di diritto processuale*, cit., 7.

<sup>282</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 24.

<sup>283</sup> Qualche assonanza con le consuetudini si può riscontrare in DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 264.

lutare la competenza e quindi l'affidabilità da un punto di vista epistemico, è necessario giudicarne le conoscenze, giudizio che, tuttavia, richiede di non essere ignoranti sulla materia in questione<sup>284</sup>.

In sostanza, sembra necessario un mutamento di prospettiva, considerando l'intrinseca dimensione pragmatica – e non epistemica – alla base del concetto di notorietà. Sembra possibile, quindi, adattare al concetto di notorietà una notissima frase di Rorty a proposito della scienza moderna: il notorio «non ci permette di tirare avanti perché corrisponde alla realtà; ci permette, semplicemente, di tirare avanti»<sup>285</sup>.

### 3.5. *Ipotesi e suggestioni evolutive nella prospettiva della judicial notice*

Sulla dimensione essenzialmente pragmatica del fatto notorio si tornerà più specificamente nell'ultimo capitolo. Qui, invece, appare utile aprire un breve parentesi comparatistica, soffermandosi ad analizzare l'evoluzione di un istituto molto simile al notorio, quale il *Judicial Notice*, tipico dei sistemi di *common law*. Come si è già accennato, la concezione di notorio elaborata da Calamandrei ha fortemente influenzato moltissimi ordinamenti di *civil law*, prima di tutto quelli spagnoli e latino-americani. Ancora oggi, ad esempio, il pensiero di Calamandrei è ricorrentemente citato nella manualistica e nelle opere monografiche in tema di prove<sup>286</sup>. E ciò nonostante il testo normativo spesso non corrisponda esattamente al suo pensiero<sup>287</sup>. Non pare invero soverchiamente azzardato affermare che la nozione elaborata da Calamandrei, innovando e rielaborando il pensiero di Stein, rappresenti il vero e proprio modello di configurazione del fatto notorio negli ordinamenti di *civil law*<sup>288</sup>.

Sempre in precedenza si è detto che alla base della disciplina del notorio vi sono due esigenze, una di stretta economia processuale e una più propriamente di legittimazione sociale del processo, esigenze che si sono poste, nello stesso modo,

<sup>284</sup> GOODWIN, *L'autorità di Wikipedia*, cit., 30.

<sup>285</sup> RORTY, *Conseguenze del pragmatismo*, Milano, 1986, xviii.

<sup>286</sup> ORTELLS RAMOS, *La prueba: concepto y naturaleza jurídica*, in ID., *Derecho procesal civil*, cit., 349.

<sup>287</sup> Ad esempio, l'art. 281.4 della LEC spagnola, prevede che «no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general». Tale norma viene comunque intesa come riferita ai fatti comunemente noti da una determinata cerchia sociale. Cfr., ad esempio, GARBERÍ LLOBREGAT, BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil*, Valencia, 2004, 37.

<sup>288</sup> In generale, sull'importanza degli influssi della dottrina italiana della prima metà del Novecento su quella spagnola e su quella latino-americana, cfr. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2015, 134 s.

in quasi tutti gli ordinamenti, ivi compresi quelli di *common law*<sup>289</sup>. Anche la dottrina italiana, del resto, ha notato come la *judicial notice* anglosassone rappresenti una «razionalizzazione e [una] evoluzione di un fenomeno preesistente»<sup>290</sup>.

La risposta data negli ordinamenti di *common law*, tuttavia, è alquanto differente rispetto a quella europeo-continentale. E a questo riguardo appare di particolare interesse l'analisi dell'evoluzione della disciplina della *judicial notice* soprattutto nel processo federale statunitense<sup>291</sup>.

Tale scelta si giustifica non per indifferenza nei confronti dell'elaborazione inglese (cui comunque si farà riferimento), ma in considerazione della certamente maggiore attenzione dedicata al tema dalla dottrina statunitense, in particolare a partire dalla fine dell'Ottocento<sup>292</sup>. Circostanza alla quale occorre aggiungere lo specifico riconoscimento normativo della *judicial notice* nelle *Federal Rules of Evidence* statunitensi<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> Per una sintetica illustrazione delle soluzioni accolte in diversi ordinamenti europei, PANZAROLA, *Il notorio, la Judicial Notice e i "concetti" di prova*, cit., 611 ss.

<sup>290</sup> CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 254.

<sup>291</sup> In proposito, già Denti aveva chiaramente colto la differenza fra il fatto notorio e la *judicial notice* statunitense, sottolineando appunto come quest'ultima nozione, inizialmente inclusiva dei «fatti di comune conoscenza» sia stata estesa anche ai fatti «capable of certain verification» (DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 53). Su questa differenza (che rappresenta proprio l'elemento più distintivo della disciplina nordamericana) si tornerà più ampiamente nel testo.

<sup>292</sup> Del resto, anche alcuni manuali contemporanei di *Law of Evidence* inglesi, nell'individuazione delle radici e delle evoluzioni della *Judicial Notice* fanno specifico riferimento alla dottrina statunitense; cfr., ad esempio, DENNIS, *The Law of Evidence*, III ed., Londra, 2007, 513, ove cita espressamente lo studio di THAYER, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, in 7 *Harvard Law Review*, 1890, 286. Del resto, si può dire che questo studio rappresenti il riferimento di base di tutti gli studi successivi in tema di *judicial notice*, anche (a maggior ragione) nella dottrina statunitense. A titolo esemplificativo, partono dalle sue riflessioni i principali manuali di *Evidence* e i principali articoli in materia, anche se quasi sempre viene richiamato l'altrettanto noto (e più generale) scritto di THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, II, *Other Preliminary Topics*, Boston, 1898, 279 (che, peraltro, con riferimento al notorio, riprende pressoché letteralmente l'articolo di qualche anno prima); in questo senso, cfr. MCCORMICK, *Judicial Notice*, in 5 *Vand. L. Rev.*, 1952, 296, MCCORMICK, BROUN (aggiornamento curato da), *On Evidence*, VII ed., Danvers, vol. II, 2013, 591, MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence*, New York, IV ed., 2009, 63 e gli studi di BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, in 108 *Nw. U. L. Rev.*, 2014, 1142, nota 24, CARTER, Jr., "Trust Me, I'm A Judge": *Why Binding Judicial Notice Of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial*, in 68 *Missouri L. Rev.*, 2003, 665, nota 47.

<sup>293</sup> Le *Federal Rules of Evidence*, infatti, emanate nel 1972 (ma entrate in vigore nel 1975), costituiscono la più importante e influente codificazione in materia di prove nei sistemi di *common law* e tuttora rappresentano il riferimento principale delle legislazioni statali nordamericane e di altri ordinamenti anglosassoni (sul punto si tornerà più approfonditamente nel prosieguo del testo). Viceversa, ancora oggi in Inghilterra, ad eccezione delle previsioni contenute nel *Civil Evidence Act* del 1995 (che peraltro riguardano essenzialmente la prova *hearsay*) e di altri particolari e settoriali disposizioni normative, manca una specifica codificazione delle regole in tema di prova;

Anche negli ordinamenti di *common law*, così come avvenuto nell'Europa continentale per il notorio, le origini della *judicial notice* sono piuttosto risalenti e si rifanno sostanzialmente alle stesse massime utilizzate negli ordinamenti di *civil law*<sup>294</sup>. Anche nel caso degli ordinamenti di *common law*, la *judicial notice* è essenzialmente un meccanismo di semplificazione, chiaramente ispirato da ragioni di economia processuale<sup>295</sup>. Tuttavia, a differenza dell'elaborazione europeo-continentale, il tema del fatto notorio è stato da subito associato anche ad un'altra massima, ossia *non refert quid notum sit iudici, si notum non sit in forma iudicii*<sup>296</sup>. Si tratta di un brocardo dal contenuto sostanzialmente assimilabile ad un altro brocardo, molto ricorrente e qui già più volte menzionato (*quod non est in actis non est in mundo*), ancorché rimasto sempre un po' in secondo piano nell'elaborazione continentale della nozione di notorietà. Forse già in ciò si può fare consistere il primo fondamento della divergenza di disciplina maturata successivamente<sup>297</sup>.

Da un punto di vista strettamente linguistico, l'istituto della *judicial notice* tradisce le proprie antiche origini. Come è stato notato, infatti, il termine "notizie" usato in questo contesto si rifa al significato arcaico del termine, inteso propriamente come conoscenza e non tanto come informazione o avviso, come invece secondo l'accezione oggi diffusamente comune<sup>298</sup>.

Un primo aspetto significativo del dibattito anglosassone è la sostanziale collocazione del tema al di fuori del diritto delle prove. E ciò in quanto le questioni relative all'utilizzazione di fatti in assenza di prove vengono configurate essenzialmente come attinenti al più generale problema della natura del processo de-

---

in argomento, cfr. specificamente ANSANELLI, *Prove e strumenti conoscitivi del giudice*, in DONDI, ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, 218 ss., spec. 225 (per quanto riguarda l'ordinamento inglese).

<sup>294</sup> THAYER, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, cit., 286, il quale, infatti, rileva che «The maxim that manifesta (or notoria) non indigent probatione may be traced far back in the civil and the canon law; indeed, it is probably coeval with legal procedure itself. We find it as a maxim in our own books, and it is applied in every part of our law». In senso analogo, pur non citando espressamente i brocardi, cfr. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, II ed., Boston, vol. V, 567.

<sup>295</sup> STRAHORN, Jr., *The Process of Judicial Notice*, in 14 *Virginia L. Rev.*, 1928, 544 e MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 298.

<sup>296</sup> Cfr. sempre THAYER, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, cit., 286. Si vedano anche i richiami contenuti in CARTER, Jr., "Trust Me, I'm A Judge": *Why Binding Judicial Notice Of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial*, cit., 665, nota 47.

<sup>297</sup> In effetti, il brocardo *quod non est in actis, non est in mundo* sembra sottolineare l'aspetto più materiale del processo, facendo più propriamente riferimento a tutto ciò che fisicamente vi è contenuto. L'altra massima, invece, si configura in una chiave più comunicativa, meno collegata al dato fisico (l'importante è che il fatto possa considerarsi noto secondo le forme, ossia le regole del processo, a prescindere dall'acquisizione materiale di una prova).

<sup>298</sup> Ancora una volta THAYER, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, cit., 286, nota 8.

cisionale del giudice e delle sue limitazioni<sup>299</sup>. Del resto, la progressiva estensione della nozione di notorietà al processo con giuria dimostra sia l'intrinseco collegamento con i predetti brocardi sia la diretta incidenza di tale nozione specificamente sulla fase decisoria del processo. Come ampiamente noto, in epoca medievale la giuria decideva facendo esclusivo riferimento alle proprie conoscenze personali, tanto è vero che i giurati stessi erano scelti proprio perché direttamente a conoscenza dei fatti. Applicare la regola della *judicial notice* (intesa come eccezione alla regola generale che vieta il ricorso a conoscenze ulteriori rispetto a quelle acquisite nel processo) alla giuria presuppone inevitabilmente il radicale mutamento del concetto di giuria, ossia appunto l'applicazione alla stessa il divieto di ricorrere alla *personal knowledge*<sup>300</sup>.

Sempre in termini di collocazione sistematica, il notorio viene spesso considerato unitamente alle *admissions*, con il chiaro intento sistematico di raggruppare tutti i casi in cui determinati fatti, per quanto affermati (allegati diremmo noi), non devono essere provati. Come rilevato con molta chiarezza da un altro notissimo studioso americano di *law of evidence* come Wigmore, «of the propositions involved in the pleadings, or relevant thereto, proof by evidence may be dispensed with in two situations: (1) where the opponent by a solemn or infra-judicial admission has waived dispute, and (2) where the Court is justified by general considerations in declaring the truth of the proposition without requiring evidence from the party»<sup>301</sup>.

In realtà, talvolta il tema del notorio è collocato sul versante delle allegazioni, in quanto, come nota sempre Wigmore, «the essential thing is to distinguish these applications from the chief one, here involved, *i.e.* the acceptance of a

---

<sup>299</sup> THAYER, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, cit., 287, il quale infatti, evidenzia come le applicazioni giurisprudenziali note a partire dal Quattordicesimo secolo di fatto utilizzino il notorio con riferimento a diversi momenti del processo, dalla fase introduttiva a quella istruttoria in senso proprio e come, in effetti, il tratto comune di tutti questi interventi giurisprudenziali sia rappresentato dall'individuazione (e, in questo caso, specificamente dalla riduzione) dei limiti dell'attività del giudice. Si veda anche STRAHORN, Jr., *The Process of Judicial Notice*, cit., 544.

<sup>300</sup> THAYER, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, cit., 301. Sulle origini della giuria e sul ruolo delle conoscenze personali dei giurati, cfr. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, *passim*, trad. it. di *Evidence Law Adrift*, New York, 1997. Con particolare riferimento alla giuria nei processi civili, si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, a CARRINGTON, *The Civil Jury and American Democracy*, in 13 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2003, p. 79, CHASE, *Helping Jurors Determine Pain and Suffering Awards*, in 23 *Hofstra L. Rev.*, 1995, p. 763, CLERMONT, EISENBERG, *Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism*, in 77 *Cornell L. Rev.*, 1992, p. 1124, HAZARD, *Jury Trial and the Principles of Transnational Civil Procedure*, in 25 *Penn St. Int'l L. Rev.*, 2006, p. 499, LANDSMAN, *The Civil Jury in America*, in 62 *Law & Contemp. Probs.*, 1999, p. 285, SAKS, *Public Opinion About the Civil Jury: Can Reality Be Found in the Illusions?*, in 48 *DePaul L. Rev.*, 1998, p. 221, SMITH, *Structural and Functional Aspects of the Jury: Comparative Analysis and Proposals for Reform*, 48 *Ala. L. Rev.*, 1997, p. 441, SOLOMON, *The Political Puzzle of the Civil Jury*, in 61 *Emory L.J.*, 2012, p. 1331.

<sup>301</sup> WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 567.

matter as proved without requiring the party to offer evidence of it»<sup>302</sup>. Su questo, però, le opinioni non sono del tutto concordanti; secondo Thayer, come già accennato, il tema del notorio coinvolge in senso più ampio l'intera funzione giudiziale<sup>303</sup>.

Al di là delle collocazioni sistematiche, si può cogliere una prima significativa differenza – essenzialmente di tipo metodologico – rispetto all'elaborazione europeo-continentale. La dottrina europea, tedesca prima di tutto e poi italiana, si è a lungo affannata nel tentativo di individuare i requisiti positivi per la definizione del fatto notorio; la dottrina anglosassone, invece, segue un procedimento sostanzialmente opposto, domandandosi prima di tutto, per così dire in negativo, in quali casi sia possibile fare a meno delle prove e in seguito ricavando da ciò la definizione di notorietà. In questo senso non pare casuale la differenza terminologica utilizzata; il termine notorio fa specificamente riferimento al fatto non oggetto di prova (ossia a ciò che non deve essere provato), mentre *judicial notice* si riferisce più propriamente al procedimento con cui il giudice «take judicial notice» dei fatti di cui non è necessaria la prova (ossia al procedimento con cui si arriva a ritenere inutile la prova di un fatto)<sup>304</sup>.

Sembra possibile rinvenire in questo differente approccio una delle ragioni della sostanziale differenza di ampiezza della *judicial notice* rispetto al corrispettivo concetto di notorio elaborato dalla dottrina europeo-continentale a partire dall'Ottocento. In effetti, come si dirà meglio in seguito, l'ambito della *judicial notice* è decisamente più esteso rispetto al tradizionale campo di applicazione del notorio, estendendosi, ad esempio, alle leggi (in una sorta di diversa declinazione del principio *iura novit curia*) e a quelle che noi definiamo come massime d'esperienza<sup>305</sup>; il tutto ovviamente con una notevole discrezionalità attribuita al giudice<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 568.

<sup>303</sup> THAYER, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, cit., 302, il quale afferma chiaramente che «this topic has its proper place, not in the law of evidence or of pleading-, or in any other particular department in our ordinary classification of the law, but in that part of it which is concerned with stating the nature of the judicial function and the limitations under which it has to be discharged».

<sup>304</sup> KEEFFE, LANDIS, JR., SHAAD, *Sense and Nonsense about Judicial Notice*, in 4 *Stan. L. Rev.*, 1950, 664. MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 299 ss., GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, in 46 *Cumb. L. Rev.*, 2015, 234.

<sup>305</sup> Sembra evidente la similtudine fra le massime d'esperienza, così come elaborate dalla dottrina europeo-continentale, e ciò che viene definito da Wigmore come «matters of elemental experience in human nature, commercial affairs and everyday life» (WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 576; cfr. anche MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 303 ss.).

<sup>306</sup> THAYER, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, cit., 303, il quale appunto sottolinea che «the application of which [judicial notice, n.d.r.] must rest mainly with the discretion of the tribunal, and, in any general discussion, must rather be illustrated than precisely defined».

Se vogliamo, e questo forse è una conseguenza dell'approccio sistematico impostosi nella dottrina europeo-continentale a partire dall'epoca delle codificazioni, la *judicial notice* elaborata dalla giurisprudenza di *common law* si avvicina per molti aspetti alla (altrettanto estesa) nozione di notorio elaborata ed estesamente accolta all'epoca del diritto comune<sup>307</sup>.

A tal riguardo, non sono, ovviamente, mancate le critiche e le perplessità. Anche la dottrina statunitense ha sottolineato l'eccessiva ampiezza dell'uso della *judicial notice*, tale da consentire l'inclusione di situazioni esulanti dalla funzione tipica dell'istituto, ossia di individuare i casi in cui il giudice può tenere conto di determinati fatti (anche giuridici) in assenza di prove<sup>308</sup>. In effetti, proprio in conseguenza di questa forte tendenza espansiva, il meccanismo è stato utilizzato anche per valutare l'attendibilità non di un fatto in sé, ma di un mezzo di prova utilizzato per provare tale fatto; «the question sometimes concerns an evidential fact and sometimes an ultimate one»<sup>309</sup>.

Lo stesso Thayer, del resto, ha sottolineato la delicatezza dell'utilizzazione giudiziale del meccanismo (spesso manifestatasi in mere presunzioni di fatti in assenza di prove), segnalando molto lucidamente, con riferimento appunto alla *judicial notice*, che «if it is too loosely or ignorantly exercised it may annul the principles of evidence and even of substantive law»<sup>310</sup>.

Queste, però, erano le conseguenze di uno degli assunti che allora la giurisprudenza e la dottrina ponevano a fondamento dell'istituto; ossia la possibilità che la *judicial notice* potesse concernere anche fatti non indiscutibili o non assolutamente certi. Come rilevato sia da Thayer che da Wigmore, infatti, «taking judicial notice does not import that the matter is indisputable»<sup>311</sup>. Come si intuisce facilmente, sotto questo aspetto la differenza è netta rispetto alla coeva elaborazione europeo-continentale, soprattutto tedesca, in cui l'applicazione del notorio viene limitata al solo caso di assoluta certezza del fatto. Proprio questo aspetto, tuttavia, veniva considerato uno dei pregi della *judicial notice*. Con una frase decisamente icastica e spesso citata dalla dottrina successiva, Thayer ha sottolineato, infatti, che la *judicial notice* è «an instrument of great capacity in the hands of a competent judge; and is not nearly as much

<sup>307</sup> GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 419 ss.

<sup>308</sup> WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 570.

<sup>309</sup> THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 308, il quale rileva appunto che «sometimes the ultimate fact that is sought to be proved is noticed, and sometimes the thing noticed is the trustworthiness of a certain medium of proof, and not the thing itself which this tends to prove, as when a notarial seal and signature are taken without proof, or the certificate of a registrar of deeds or other public official». Si veda anche MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 300.

<sup>310</sup> THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 310.

<sup>311</sup> THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 309; cfr. anche WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 571.

used, in the region of practice and evidence, as it should be»<sup>312</sup>.

La maggiore estensione della nozione implicava inevitabilmente una maggiore delicatezza del ruolo del giudice, cui spettava la scelta ultima (e quindi anche la responsabilità) dell'utilizzazione di questo particolare meccanismo. Come acutamente rilevato da Wigmore, «there are numerous topics, near the line of doubt in their feature of notoriety, of which the Court may, but not must, take notice»<sup>313</sup>.

Ovviamente l'uso diffuso della *judicial notice* non poteva non portare la dottrina a interrogarsi sul delicato rapporto fra questo meccanismo e le conoscenze personali del giudice. A questo proposito, è molto interessante ricordare quanto osservato da Wigmore; egli, infatti, pur ritenendo molto difficile distinguere in concreto la conoscenza personale da quella generale, rileva tuttavia la netta (e chiara) differenza teorica fra la conoscenza di un testimone che ha assistito ai fatti e la conoscenza acquisita «as an individual observer»<sup>314</sup>.

Un ultimo aspetto – del tutto peculiare ma certamente fondamentale – della configurazione del meccanismo di *judicial notice* è rappresentato dalla possibilità per il giudice, prima (e al fine) di «take the judicial notice», di disporre una «judicial investigation», vale a dire una ricerca giudiziale finalizzata, «not in order to establish the fact in their stead, but to make a ruling dispensing one party from offering to them evidence of the fact»<sup>315</sup>. Questa rappresenta una caratteristica tipica e distintiva, ancora oggi, della *judicial notice* negli ordinamenti di *common law*<sup>316</sup>.

Tutti questi principi vengono riassunti in una sostanziale tripartizione di ciò che può essere oggetto di *judicial notice*, ossia: fatti talmente notori da non richiedere neppure la prova, circostanze che si suppone siano (o comunque debbano essere) conosciute dal giudice e, infine, circostanze che, pur non essendo notorie, sono «capable of such instant and unquestionable demonstration»<sup>317</sup>.

Come detto, così configurata, la nozione di *judicial notice* ha finito per essere

<sup>312</sup> THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 309, citato anche dallo stesso WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 568.

<sup>313</sup> WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 571.

<sup>314</sup> WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 573.

<sup>315</sup> WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 574. Cfr. MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 302.

<sup>316</sup> Anche in Inghilterra, ad esempio, si distinguono nettamente i casi di «judicial notice without inquiry» da quelli «with inquiry»; cfr., in proposito, DENNIS, *The Law of Evidence*, Londra, 2007, 515, PHIPSON, *On Evidence*, cit., 65, MONAGHAN, *Law of Evidence*, Cambridge, 2015, 4 e KANE, *The Modern Law of Evidence*, Oxford, 2011, 669.

<sup>317</sup> WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 579. Si noti che questa distinzione viene sostanzialmente ripresa anche in Inghilterra, benché semplificata ad una mera bipartizione, fra circostanze che non richiedono un'accertamento specifico («without inquiry», come si è già detto) e circostanze che invece lo richiedono, pur se semplificato o veloce («with inquiry»). Cfr., in particolare, PHIPSON, *On Evidence*, cit., 65 e KANE, *The Modern Law of Evidence*, cit., 669.

molto estesa, ben al di là delle nozioni europeo-continentali di notorio, di massime di esperienza, di presunzione legale di conoscenza delle regole di diritto, anche straniera (espressa nel brocardo *iura novit curia*)<sup>318</sup>; ma soprattutto il ricorso a tale meccanismo non ha richiesto la certezza del fatto oggetto di *judicial notice*, accontentandosi sostanzialmente di una situazione di verità *prima facie*<sup>319</sup>. In proposito, per converso, è curioso sottolineare come, pur nell'ambito di una nozione così ampia, la possibilità di ricorrere alla *judicial notice* venisse allora tendenzialmente esclusa con riferimento a circostanze risultanti da altri procedimenti, ossia quelle circostanze incluse nella nozione europeo-continentale di notorio giudiziale<sup>320</sup>.

Questo era l'*acquis*, per così dire, derivato dalla tradizione giurisprudenziale e dottrinale di *common law* fino alla prima metà del Novecento; in proposito, si è parlato anche di vera e propria «Thayer-Wigmore doctrine»<sup>321</sup>.

Tuttavia, la situazione si è progressivamente modificata, in conseguenza sia dell'intenso dibattito dottrinale sia delle proposte di codificazione delle *Rules of Evidence* nel processo federale statunitense. Come già accennato in precedenza, a differenza dell'ordinamento inglese, l'ordinamento statunitense ha intrapreso, a partire dall'inizio del Novecento, un incisivo processo di codificazione delle regole processuali e, anche se più lentamente, delle regole in materia di prova. Al di là del progetto redatto da Wigmore nel 1909, meritano una particolare attenzione il c.d. *Model Code of Evidence* predisposto nel 1942<sup>322</sup> e le c.d. *Uniform Rules of Evidence* elaborate dall'*American Bar Association* (o, meglio, dagli *American Commissioners on Uniform State Law* appositamente nominati) nel 1953<sup>323</sup>. Caratteristica distintiva di questi progetti – improntati su di un'ide-

---

<sup>318</sup> Per una specifica e dettagliata illustrazione dei casi di applicazione della *judicial notice* WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 580 ss.

<sup>319</sup> In questi termini, espressamente, THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 309. Sul punto, in senso critico, KEEFFE, LANDIS, JR., SHAAD, *Sense and Nonsense about Judicial Notice*, cit., 668.

<sup>320</sup> WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Trials at Common Law*, cit., 593. Sul notorio giudiziale, anche per ulteriori riferimenti, cfr. DITTRICH, *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, cit., 819, PANZAROLA, *Il notorio, la Judicial Notice e i "concetti" di prova*, cit., 612, CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., 231, ID., *Conscientia deposita aedificat ad Gehennam*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 865 nonché DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 43.

<sup>321</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, in *57 Harv. L. Rev.*, 1944, 279.

<sup>322</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Code of Evidence*, Philadelphia, 1942, 319 ss. In argomento, nella dottrina italiana, DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civil angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 111 ss. (sulle tendenze dottrinali precedenti il *Model Code*) e 115 ss. (con specifico riferimento all'elaborazione del progetto).

<sup>323</sup> *Uniform Rules of Evidence* (Nebr. U.S.A. 1953). In argomento, per un primo commento di allora, cfr. NOKES, *American Uniform Rules of Evidence*, in *4 Int. and Comp. L.Q.*, 1955, 48. Nella dottrina italiana, cfr. DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civil angloamericano*, cit., 119.

ologia ancora più radicale rispetto agli orientamenti di riforma espressi dalla dottrina precedente – è il tentativo di un «affrancamento definitivo» dagli schemi tradizionali della *common law of evidence*<sup>324</sup>.

Le proposte di codificazione ivi contenute rappresentano per così dire l'origine non solo del dibattito dottrinale successivo, ma soprattutto delle *Federal Rules of Evidence*, approvate nel 1972 ed entrate in vigore nel 1975<sup>325</sup>. Non deve stupire il lasso di tempo intercorso prima dell'effettiva emanazione delle *Rules*; il carattere particolarmente innovativo (se non addirittura rivoluzionario) dei progetti, e in particolare del *Model Code of Evidence*, ha incontrato forti resistenza e critiche<sup>326</sup>.

Questo lento processo di codificazione ha inciso profondamente anche sul tema della *judicial notice*<sup>327</sup>. In effetti, la proposta di regolamentazione del meccanismo contenuta nel *Model Code* ha suscitato diverse reazioni critiche nella dottrina di allora. In particolare, la prevista restrizione dei casi di *judicial notice* alle circostanze che «cannot reasonably be the subject of dispute» e a quelle «capable of immediate and accurate determination by resort to easily accessible sources of indisputable accuracy» (così espressamente la *Rule 9* del modello) è stata ritenuta troppo restrittiva rispetto alla prassi applicativa sino ad allora sviluppata<sup>328</sup>.

Al di là delle proposte normative, la restrizione dell'ambito applicativo della *judicial notice* era allora fortemente sostenuta da una parte autorevole della dot-

<sup>324</sup> In questo senso, DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civil angloamericano*, cit., 116.

<sup>325</sup> Per una sintetica illustrazione delle faticose origini delle *Federal Rules of Evidence*, cfr. MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence*, cit., 3 ss. (in cui si sottolinea che sin dal 1909 Wigmore aveva predisposto un primo progetto, seguito poi nel 1942 da un altro e più completo progetto proposto dall'*American Law Institute*, il già citato *Model Code of Evidence*). Del resto il cambiamento è stato epocale, considerando che proprio le regole in tema di prove rappresentano forse uno degli esempi più tipici della natura precipuamente giurisprudenziale delle fonti normative negli ordinamenti anglosassoni (con riferimento ai primi dibattiti sul *Model Code* cfr. LOBINGIER, *Our "Model Code of Evidence": How Shall It Be Adopted?*, in 91 *U. Pa. L. Rev. and Am. L. Reg.*, 1943, 581, MORGAN, *Some Observations concerning a Model Code of Evidence*, in 89 *U. Pa. L. Rev. and Am. L. Reg.*, 1940, 145). Più specificamente, sull'emanazione delle *Federal Rules of Evidence*, cfr. SHEEHE, *The Federal Rules Of Evidence – How Will The Trial Of Corporate And Commercial Cases Be Affected*, in 31 *The Business Lawyer*, 1975, 377, WEINBERG, *Choice of Law and the Proposed Federal Rules of Evidence: New Perspectives*, in 122 *U. Pa. L. Rev.*, 1974, 594, nonché, fra i primi manuali a tenerne conto, SALZBURG, REDDEN, *Federal rules of evidence manual: a guide to the new Federal rules of evidence, effective July 1, 1975*, Charlottesville, 1975.

<sup>326</sup> In proposito, si rimanda a DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civil angloamericano*, cit., 118 s.

<sup>327</sup> GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 227.

<sup>328</sup> In questi termini soprattutto cfr. DAVIS, *Judicial Notice*, in 55 *Col. L. Rev.*, 1955, 946, nonché, in modo meno esteso, già ID., *Official Notice*, in 62 *Harv. L. Rev.*, 1949, 537.

trina. Si sosteneva, infatti, che «the rock of reason and policy upon which judicial notice of facts is built» fosse rappresentata dalla necessaria conoscenza da parte del giudice delle leggi, delle conoscenze comuni alla generalità delle persone («the fund of information common to all intelligent men in the community») e dei fatti incontestabilmente notori e di quelli facilmente accertabili in modo certo<sup>329</sup>.

Per molti versi quest'ultima posizione era molto simile a quelle coeve apparse nella nostra elaborazione dottrinale. Si sottolineava la relatività, quanto al tempo e quanto al luogo, dei fatti considerabili come generalmente conosciuti<sup>330</sup>. Anche le conoscenze presupposte (ossia quelle che il giudice deve certamente avere) venivano similmente definite come «fund of general information must be at least as great as that of all reasonably well-informed persons in the community»<sup>331</sup>.

Soprattutto, però, si contestava in radice la «Thayer-Wigmore doctrine», secondo cui, come detto in precedenza, potevano essere oggetto di *judicial notice* anche circostanze contestabili, ossia apparentemente vere anche solo *prima facie*<sup>332</sup>. In particolare, veniva segnalato il rischio di un uso eccessivo e indeterminato del meccanismo del *judicial notice*; e ciò in quanto «the court may, by universally declared authority, seek information from any and all sources which it deems reliable»<sup>333</sup>.

In effetti, questo orientamento dottrinale sottolineava acutamente che, con l'estensione della *judicial notice* a circostanze contestabili, di fatto si consentiva al giudice di ricorrere a vere e proprie presunzioni, con gravi incertezze applicative soprattutto nella dimostrazione del fatto contrario. Pertanto, secondo questo orientamento – e le assonanze con l'esigenza di certezza del notorio manifestata più volte dalla dottrina europeo-continentale di allora sono molto evidenti – solo «if the field of judicial notice of facts contains only the indisputable, then the path of counsel is clear»<sup>334</sup>. In definitiva, si suggeriva, per evitare il pericolo

<sup>329</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, cit., 272. In questo senso cfr. anche KEEFFE, LANDIS, Jr., SHAAD, *Sense and Nonsense about Judicial Notice*, cit., 668.

<sup>330</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, cit., 274 ss., le cui posizioni per molti tratti combaciano con quelle di FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 965.

<sup>331</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, cit., 272. La definizione di cui nel testo è molto simile a quella proposta da ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 281, secondo cui la conoscenza di riferimento è quella del «cittadino medio, il quale non è un'arca di scienza, ma non è neppure uno zotico, e non manca di leggere i giornali quotidiani e i settimanali a rotocalco, di ascoltare la radio e di assistere alle proiezioni della televisione».

<sup>332</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, cit., 279.

<sup>333</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, cit., 286. Si veda anche MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 296.

<sup>334</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, cit., 286. L'esigenza di una definizione precisa del notorio, in chiave di certezza del fatto, è particolarmente sentita da DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 14 e FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 965. In giurisprudenza si ricordi Corte Cass., 1 aprile 1958, pubblicata in *Riv. dir. proc.*, 1959, 639, con nota di CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notori*.

di «misuse and abuse of judicial notice», di garantire sempre un forte contraddittorio fra le parti e di limitare la *judicial notice* alle sole circostanze incontrovertibili<sup>335</sup>.

Questo orientamento dottrinale, tuttavia, ha dato origine a interessanti discussioni; in particolare la proposta riduzione dell'ambito applicativo di tale meccanismo è stata contestata sia per la non conformità alla tradizione e alla secolare applicazione giurisprudenziale, sia, soprattutto, per il presupposto circa il ruolo e la funzione del giudice nell'accertamento del fatto<sup>336</sup>.

Questo punto merita particolare attenzione. Secondo quanto sostenuto da Morgan, infatti, «It is not the function of the trier of fact either to know or to discover the truth, or even to discover what the truth appears to be as disclosed by all available data, but merely to find, for the sole purpose of settling the dispute between the litigants, what the facts appear to be as disclosed by the materials submitted»<sup>337</sup>.

Secondo un'altra parte della dottrina, invece, questo ruolo non avrebbe dovuto essere enfatizzato, dovendosi valorizzare, invece, soprattutto il ricorso sia all'*official notice* sia al *judicial notice*. Sotto il primo aspetto questo orientamento metteva in evidenza come il ruolo passivo normalmente attribuito al giudice avesse imposto inevitabilmente la creazione di un sistema di agenzie «for taking the initiative in representing the public interest», agenzie che tuttavia rappresentavano anche un centro fondamentale di raccolta di informazioni<sup>338</sup>. Tuttavia, questo meccanismo avrebbe potuto funzionare solo attribuendo alle agenzie un potere di indagine effettivo (ossia quelle che appunto viene definito come *official notice*); in altri termini «The agencies should aggressively use all information they can reasonably bring to bear upon each case»<sup>339</sup>.

Con riferimento, invece, al secondo profilo, questo orientamento dottrinale contestava il criterio della incontestabilità dei fatti come condizione necessaria per il ricorso al notorio; e ciò essenzialmente in considerazione dell'ambiguità del criterio medesimo. Del resto, «Judges and administrators are at their best when they are well informed; their understanding and information must be used to the full if their decisions are to be wise and sound»<sup>340</sup>; in ogni caso, si sottoli-

---

<sup>335</sup> Cfr. ancora MORGAN, *Judicial Notice*, cit., 292 ss.

<sup>336</sup> DAVIS, *Official Notice*, cit., 537 ss. In tema cfr. CARTER, JR., «Trust Me, I'm A Judge»: Why Binding Judicial Notice Of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial, in 68 *Missouri L. Rev.*, 2003, 665 s., secondo il quale, infatti, «A high degree of indisputability is an essential prerequisite».

<sup>337</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, cit., 271 s.

<sup>338</sup> DAVIS, *Official Notice*, cit., 537 ss.

<sup>339</sup> DAVIS, *Official Notice*, cit., 587.

<sup>340</sup> DAVIS, *Judicial Notice*, cit., 949, il quale giustamente rileva come spesso i giudici (ma gli uomini in generale) quando valutano un fatto incontestabile in realtà utilizzano comunque esperienze passate che spesso sono contestabili o discutibili.

neava, sarebbe stato necessario distinguere i c.d. «adjudicative facts» (ossia quelli concernenti specificamente la decisione e normalmente rimessi alla valutazione della giuria) e i c.d. «legislative facts» (ossia i fatti rilevanti nell'applicazione e nell'interpretazione delle norme)<sup>341</sup>. Proprio per questo, veniva ritenuto «contrary to the necessary behavior of all judges and officers who are engaged in adjudication» escludere dalle conoscenze utilizzabili per la decisione i c.d. «extra-record facts»<sup>342</sup> e non consentire comunque la prova contraria qualora un fatto venisse reputato incontestabile<sup>343</sup>.

A questo riguardo è opportuno segnalare come il problema principale di tale disputa riguardasse anche (se non soprattutto) le conseguenze processuali della maggiore o minore estensione della *judicial notice*. Più nello specifico, si sottolineava come l'estensione del meccanismo a fatti contestabili (presupponenti in sostanza una attività di *inquiry*) di fatto significasse sottrarre gli stessi (e soprattutto la loro prova) agli stringenti limiti del *trial* e della *cross-examinations*. Anche con riferimento all'ordinamento inglese è stato acutamente sottolineato il rischio di deformalizzazione delle prove in conseguenza dell'estensione della *judicial notice*<sup>344</sup>. Non a caso, chi sosteneva la tesi estensiva della *judicial notice* sottolineava la necessità che tutti gli «extra-record facts» venissero sottoposti al contraddittorio fra le parti, ma non necessariamente al meccanismo della *cross-examination*<sup>345</sup>.

Finalmente, nel 1972, sono state emanate le *Federal Rules of Evidence*, entrate poi in vigore nel 1975. Dopo un travaglio dottrinale di quasi tre decenni, anche la questione relativa alla *judicial notice* ha trovato una specifica regolamentazione normativa. In particolare, ad essa è specificamente dedicata la Rule 201 *FRE*, la quale, pur chiaramente ispirata alla Rule 9 del *Model Code* recepisce alcuni spunti emersi proprio dal successivo dibattito dottrinale<sup>346</sup>. In particolare,

---

<sup>341</sup> DAVIS, *Judicial Notice*, cit., 952, il quale distingue chiaramente: «When a court or an agency finds facts concerning the immediate parties -who did what, where, when, how, and with what motive or intent- the court or agency is performing an adjudicative function, and the facts so determined are conveniently called adjudicative facts. When a court or an agency develops law or policy, it is acting legislatively; the courts have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform the tribunal's legislative judgment are called legislative facts».

<sup>342</sup> DAVIS, *Judicial Notice*, cit., 949.

<sup>343</sup> DAVIS, *Judicial Notice*, cit., 979, il quale critica l'assunto di Morgan secondo cui se un fatto è inconstabile allora non è logico ammettere la prova contraria.

<sup>344</sup> PHIPSON, *On Evidence*, cit., 53. In questi termini, con riferimento al processo statunitense, MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence*, cit., 63, secondo i quali «judicial notice is a process by which an adjudicative fact can be established without formal evidentiary proof».

<sup>345</sup> DAVIS, *Judicial Notice*, cit., 983, ove rileva che «The fundamental principle is that parties should have opportunity to meet in the appropriate fashion all facts that influence the disposition of the case. What is the appropriate fashion depends upon three main variables».

<sup>346</sup> In proposito, si veda SALTZBURG, MARTIN, CAPRA, *Rule 201*, in *Federal Rules of Evidence Manual*, XI ed., New Providence, San Francisco, 2015, 201-5. Per una proposta legislativa di ma-

la Rule 201 recepisce la distinzione – elaborata in quello che è stato definito «influential 1955 article» del professor Davis<sup>347</sup> – fra «adjudicative facts» e «legislative facts», espressamente limitando ai primi l'applicazione della nuova norma<sup>348</sup>. La Rule 201 (a) è chiara nello stabilire che «this rule governs notice of an adjudicative fact only, not a legislative fact»<sup>349</sup>. In realtà, come sottolineato in dottrina, la distinzione, senza dubbio chiara in astratto, lo è molto meno rapportata ai casi concreti<sup>350</sup>.

Come auspicato da altra parte della dottrina, invece, la Rule 201 individua una nozione più restrittiva e rigorosa dell'ambito di applicazione della *judicial notice*. Sostanzialmente sconfessando la Thayer-Wigmore doctrine, ammette il ricorso a tale meccanismo solo nel caso in cui il fatto sia «generally known within the trial court's territorial jurisdiction» oppure «accurately and readily determined from sources whose accuracy cannot reasonably be questioned»<sup>351</sup>. Nella sostanza, la Rule ammette il ricorso alla *judicial notice* esclusivamente quando il fatto «is not subject to reasonable doubt», ossia quando è generalmente conosciuto oppure quando è facilmente verificabile mediante fonti la cui attendibilità non è in discussione<sup>352</sup>.

La nozione qui accolta non è molto dissimile da quella europeo-continentale,

---

trice dottrinale, cfr. invece KEEFFE, LANDIS, Jr., SHAAD, *Sense and Nonsense about Judicial Notice*, cit., 689.

<sup>347</sup> La definizione è di BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, cit., 1146.

<sup>348</sup> Lo stesso *Advisory Committee*, nelle note di accompagnamento alle *Rules*, menziona espressamente la distinzione elaborata da Davis per segnalare la scelta di escludere dall'applicazione della norma i legislative facts. In particolare, sempre secondo l'*Advisory Committee* la distinzione fra tali tipologie di fatti risiederebbe non nella natura dei fatti, ma nella funzione svolta dagli stessi all'interno della controversia (cfr. CARTER, Jr., «Trust Me, I'm A Judge»: *Why Binding Judicial Notice Of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial*, cit., 666, TURNER, *Judicial Notice and Federal Rule of Evidence 201-A Rule Ready for Change*, in 45 *U. Pitt. L. Rev.*, 1983, 181; si veda anche GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 229).

<sup>349</sup> SALTZBURG, MARTIN, CAPRA, *Rule 201*, in *Federal Rules of Evidence Manual*, cit., 201-205; cfr. MCCORMICK, BROWN (aggiornamento curato da), *On Evidence*, cit., 594. È interessante notare come lo stesso *Advisory Committee* sottolinei che la regola in tema di *judicial notice* sarebbe stata troppo rigida per i «legislative facts», soprattutto in considerazione del fatto che spesso i giudici vi fanno riferimento quasi senza rendersene conto. In tema cfr. MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence*, cit., 85, nonché, con specifico riferimento alla prova esperta, ONSTOTT, *Judicial Notice and the Law's "Scientific" Search for Truth*, in 40 *Akron Law Review*, 3, 472 ss.

<sup>350</sup> CARTER, Jr., «Trust Me, I'm A Judge»: *Why Binding Judicial Notice Of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial*, cit., 667 s. e BURTON, *The "O.K. Corral Principle": Finding The Proper Role For Judicial Notice In Police Misconduct Matters*, in 29 *N.M. L. Rev.*, 1999, 314.

<sup>351</sup> Cfr. Rule 201 (b)(1) e (2) FRE. Cfr. TURNER, *Judicial Notice and Federal Rule of Evidence 201-A Rule Ready for Change*, cit., 181.

<sup>352</sup> GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 229.

anch'essa, come già detto, del tutto basata sulla certezza del fatto notorio. Anche il riferimento al fatto generalmente conosciuto nel territorio in cui si svolge il processo è del tutto assimilabile alla «generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione» proposta da Carnelutti nell'art. 297 del suo progetto<sup>353</sup>. E analogamente a quanto abbiamo visto essere avvenuto nella dottrina italiana, la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza statunitensi si sono interrogate sul significato da attribuire a tale nozione; e in modo altrettanto analogo sono state prospettate soluzioni molto simili, ossia conoscenza di «most men», «what well-informed persons generally know» e «that every intelligent person has»<sup>354</sup>.

Tuttavia, vi sono altri aspetti che distinguono molto nettamente la disciplina statunitense da quella italiana e, in generale, europeo-continentale. Prima di tutto, come detto, in base alla Rule 201 si può ricorrere alla *judicial notice* anche nel caso di fatti la cui certezza è dimostrata mediante il ricorso a fonti la cui accuratezza non è contestabile. In realtà, questo aspetto non pare differire molto dagli esiti del dibattito dottrinale italiano: infatti, l'adozione di una concezione qualitativa del notorio (ossia inteso come risultato della critica della cerchia sociale), a prescindere dalla dimensione quantitativa della diffusione della conoscenza dello stesso, ha sempre portato la dottrina ad ammettere pacificamente il ricorso da parte del giudice (che non ne sia direttamente a conoscenza) a specifiche fonti esterne per conoscere il fatto notorio; come rilevato chiaramente da Andrioli, è sufficiente che il giudice «sia in grado di procurarsene la nozione attingendo alle fonti della comune cultura: una enciclopedia popolare, *chi è?* E altre composizioni del genere»<sup>355</sup>.

In realtà, ad una analisi un poco più approfondita della questione, appare invece possibile cogliere significative differenze. Come ha giustamente rilevato la dottrina nordamericana, il punto centrale della riforma del 1972 (peraltro già presente nelle proposte precedenti) è che la Rule 201(b)(2) «subtly shifts the lo-

---

<sup>353</sup> CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Padova, 1926, 96. In generale, su tale progetto, si rinvia a CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del Progetto Carnelutti*, in ID., *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, vol. I, 188, TARELLO, *Francesco Carnelutti e il progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974, 499, DENTI, *Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 407, CIPRIANI, *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 320 ss., nonché, recentemente, CONSOLO, *Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Carnelutti: dalla "Commerciale" alla "Processuale"*, cit., 691 e, nella prospettiva di una complessiva analisi storica delle riforme processuali italiane, ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile. 1815-1942*, cit., 225 ss.

<sup>354</sup> In argomento, anche per gli opportuni riferimenti alle tante pronunce giurisprudenziali che si sono soffermate sul tema, cfr. MCCORMICK, BROUN (aggiornamento curato da), *On Evidence*, cit., 599. Per un'analoga panoramica nella dottrina italiana cfr. soprattutto DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 35 ss.

<sup>355</sup> ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 281.

cus of authority for judicial notice from the judge to the available sources»<sup>356</sup>. Si tratta di una distinzione apparentemente irrilevante, ma in realtà concettualmente profonda; e ciò soprattutto nel raffronto con gli ordinamenti europeo-continentali<sup>357</sup>.

Ad esempio, anche la dottrina italiana ammette che il giudice, qualora non sia effettivamente a conoscenza del fatto notorio, possa comunque ricorrere a una «pronta, facile e sicura indagine»<sup>358</sup>. Benché apparentemente simile, però, il ragionamento è intrinsecamente differente rispetto a quello sotteso alla *judicial notice*. Nel caso italiano, il giudice può consultare fonti esterne essenzialmente perché il notorio, proprio in quanto fatto ritenuto incontestabilmente certo dalla cerchia sociale, trova inevitabile riscontro nelle fonti conoscitive elaborate dalla medesima cerchia sociale. La certezza costituisce il presupposto dell'ingresso del fatto nel processo, senza alcuna specifica verifica (o verificabilità) da parte del giudice (il quale, in sostanza, deve limitarsi a verificare se vi è o meno notorietà del fatto).

Non sono, di per sé, le enciclopedie o i libri di storia ad essere attendibili e quindi a provare in modo certo il fatto; è la valutazione della cerchia sociale che dà certezza al fatto e l'inserimento in enciclopedie o in libri di storia ne è solo la logica conseguenza. Questi sono strumenti che consentono di reperire agevolmente il fatto notorio, fatto che, tuttavia, è di per sé già incluso nel patrimonio di nozioni comuni della cerchia sociale a prescindere dal suo inserimento in enciclopedie o almanacchi<sup>359</sup>; queste ultime, quindi, consentono semplicemente di colmare «lo scarto fra la comune esperienza e la effettiva conoscenza del giudice»<sup>360</sup>.

Nella nozione di *judicial notice*, invece, la certezza del fatto è provata fuori dal processo ma sempre in un contesto giudiziale (anche se al di fuori delle rigide regole in tema di *evidence* e di *jury trial*). Il ricorso alla *judicial notice*, quindi, implica non tanto una deroga alla valutazione del giudice, quanto piuttosto una deformalizzazione dell'istruttoria e del processo<sup>361</sup>. Come già preconizzato al-

<sup>356</sup> BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, cit., 1155.

<sup>357</sup> In realtà, anche prima dell'elaborazione della Rule 201 e degli stessi progetti contenuti nel *Model Code of Evidence* e nelle *Uniform Rules of Evidence*, la dottrina e la giurisprudenza distinguevano chiaramente fra fatti comunemente conosciuti e fatti facilmente verificabili, come si è detto in precedenza. Qui, tuttavia, il passaggio cruciale rappresentato dalla codificazione della regola consiste essenzialmente nel peculiare risalto dato al tema della verificabilità (e, quindi, dell'affidabilità della fonte del fatto), risalto certamente maggiore rispetto a prima. In tema, cfr. GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 234.

<sup>358</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 319.

<sup>359</sup> In questo senso, cfr. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 319, il quale parla appunto di «nozioni comuni, agevolmente e sicuramente controllabili da ogni persona di media cultura».

<sup>360</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Dei poteri del giudice. Art. 115*, cit., 319.

<sup>361</sup> In effetti, la Rule 201 non prevede necessariamente una procedura da seguire, consentendo

l'inizio degli anni Cinquanta del secolo scorso, la *judicial notice* non è semplicemente «a substitute for formal proof» ma piuttosto è «itself another method of proof», allora ancora «in a formative stage»<sup>362</sup>.

Una possibile conferma dell'importanza di questo nuovo approccio si ha con specifico riferimento al c.d. notorio giudiziale. Originariamente, anche nei sistemi anglosassoni il ricorso a tale figura era piuttosto limitato, essendo, se non esclusa, quantomeno fortemente ridotta la possibilità di utilizzare la *judicial notice* per acquisire informazioni da altri procedimenti, a prescindere dal fatto che riguardassero le stesse parti o comunque fossero avvenuti davanti al medesimo ufficio giudiziario. Negli ultimi decenni, probabilmente proprio grazie alla specifica importanza data prima dalla dottrina e poi dalla legislazione all'autorevolezza della fonte, si è riscontrata un'applicazione sempre più estesa di tale forma di notorio<sup>363</sup>.

Ma vi è anche un'altra differenza estremamente significativa. Sia il *Model Code of Evidence* sia le *Uniform Rules of Evidence*, in piena adesione al pensiero della dottrina ispirata da Morgan (che, del resto, era anche uno degli estensori di tali progetti<sup>364</sup>), prevedevano che, una volta ammesso il ricorso alla *judicial notice* e quindi riconosciuta la generale conoscenza del fatto o la sua verificabilità tramite fonti esterne, non fosse possibile fornire prova contraria<sup>365</sup>. Questo, come già si è detto, per evitare di trasformare il meccanismo della *judicial notice* in una sorta di meccanismo presuntivo rimesso alla discrezionalità del giudice<sup>366</sup>.

La soluzione accolta delle *Federal Rules of Evidence*, però, è solo parzialmente in linea con tale orientamento. In effetti, la Rule 201 (f) prevede che, nei processi con giuria, il giudice, qualora abbia ammesso il ricorso al meccanismo della *judicial notice*, debba istruire la giuria imponendo di considerare il fatto come

---

al giudice di procedere d'ufficio alla *judicial notice*. Tuttavia, la stessa norma prevede la possibilità per le parti di «essere sentite» proprio sul ricorso a tale meccanismo e la giurisprudenza (fino ad allora solo nell'ambito di un procedimento amministrativo, ma il principio era ritenuto pacificamente estensibile anche ai processi civili e penali) già affermava che violasse i principi del giusto processo il giudice che facesse ricorso alla *judicial notice* senza provocare un effettivo contraddittorio con le parti. La sentenza in questione (emessa già molto tempo prima delle FRE è *Ohio Bell Telephone Co. V. Public Utilities Commission*, in 301, U.S., 292, 1937). In dottrina, in questo senso, cfr. MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence*, New York, IV ed., 2009, 87, i quali, infatti, affermano che «although Ohio Bell was an administrative proceeding, it applies with equal force to judicial proceedings and to criminal as well as civil cases».

<sup>362</sup> MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 323.

<sup>363</sup> In effetti, ancora all'inizio degli anni Cinquanta del secolo scorso l'opinione prevalente richiedeva la prova formale in caso di notorio giudiziale (cfr. MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 311, il quale, invece, propendeva per un'applicazione anche a tale caso la disciplina della *judicial notice*).

<sup>364</sup> Proprio Morgan, infatti, scrive la premessa introduttiva al *Model Code*; cfr. MORGAN, *Forward*, in AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Code of Evidence*, Philadelphia, 1942, 1 ss.

<sup>365</sup> MCCORMICK, *Judicial Notice*, cit., 299 ss. e KEEFFE, LANDIS, JR., SHAAD, *Sense and Nonsense about Judicial Notice*, cit., 664.

<sup>366</sup> MORGAN, *Judicial Notice*, in 57 *Harv. L. Rev.*, 1944, 274.

«conclusive», ossia come certo. Tale regola, però, sconta una fondamentale eccezione nei processi penali. In tal caso, infatti, la medesima Rule prevede che il giudice istruisca la giuria specificando che la stessa «may o may not accept the noticed fact as conclusive»<sup>367</sup>.

La distinzione è estremamente significativa; oltre tutto, si tratta di una delle pochissime regole in tema di *evidence* che prevede una disciplina differenziata fra processo civile e processo penale<sup>368</sup>. Tale distinzione è stata fortemente voluta dal Congresso; e ciò in quanto l'originaria previsione che imponeva anche nei processi penali alla giuria di considerare obbligatoriamente il fatto «noticed» come certo è stata ritenuta «contrary to the spirit of the Sixth Amendment right to a jury trial»<sup>369</sup>.

Entrambe queste differenze appaiono molto significative. Anzitutto, il fatto che si sia sentito il bisogno di escludere la vincolatività degli effetti della *judicial notice* per le giurie nei processi penali sembra rappresentare una dimostrazione della funzione essenzialmente pragmatica (e non epistemica) della nozione di notorietà (come detto nel paragrafo precedente). In realtà, va detto che l'*Advisory Committee*, postosi il problema del rischio di violazione del sesto emendamento (ossia il diritto al *jury trial* in tutti i casi in cui un fatto risulti certo al di là di ogni ragionevole dubbio), aveva escluso una sua possibile violazione in caso di *judicial notice*, visto che il diritto al *jury trial* riguarda esclusivamente fatti «not subject to reasonable doubt»<sup>370</sup>.

Certamente il ragionamento seguito dall'*Advisory Committee* era in sé logico e corretto: se è notorio (meglio, se può essere «noticed») solo un fatto certo al di là di ogni ragionevole dubbio, allora non ha senso estendere il *jury trial* anche alla verifica di tale fatto, visto che l'esito sarebbe scontato<sup>371</sup>. Perché ciò sia possibile, però, è necessario che sia davvero possibile arrivare a un grado tale di certezza da non poter destare alcun dubbio o incertezza. È proprio questo presupposto, però, che, come si è visto nel paragrafo precedente, difetta nel caso del notorio (e quindi anche della *judicial notice*); ed è forse proprio perché im-

---

<sup>367</sup> Cfr. Rule 201 (f) FRE; in argomento SALTZBURG, MARTIN, CAPRA, *Rule 201*, in *Federal Rules of Evidence Manual*, cit., 201-211.

<sup>368</sup> In effetti, ve ne sono sostanzialmente solo altre due: la Rule 404 (a)(a) e (2) e la Rule 609 (a) FRE.

<sup>369</sup> MUELLER, KIRKPATRICK, *Evidence*, cit., 91. CARTER, Jr., «Trust Me, I'm A Judge»: *Why Binding Judicial Notice Of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial*, cit., 672.

<sup>370</sup> Cfr. Rule 201 (b) FRE. Si veda ancora CARTER, Jr., «Trust Me, I'm A Judge»: *Why Binding Judicial Notice Of Jurisdictional Facts Violates the Right to Jury Trial*, cit., 672 ss., anche per una specifica illustrazione della giurisprudenza applicativa della *judicial notice* in materia penale.

<sup>371</sup> In questi termini, ad esempio, TURNER, *Judicial Notice and Federal Rule of Evidence 201-A Rule Ready for Change*, cit., 203 s., il quale, tuttavia, propone una propria idea di modificazione della Rule, al fine di contemperare meglio le esigenze di certezza con il sesto emendamento della Costituzione.

plicitamente consapevole di questa intrinseca debolezza il legislatore americano ha preferito escludere, anche se solo nei processi penali, l'obbligo per la giuria di considerare necessariamente vero il fatto «noticed».

Proprio questa peculiare – e per certi versi incoerente, soprattutto in un sistema fondato su un *corpus* unico di regole di *evidence* – soluzione induce ulteriormente a ripensare la nozione tradizionale di notorietà in termini di certezza. Proprio in considerazione di quanto si è detto non sembra più possibile condividere l'affermazione secondo cui «un'attività probatoria in contrasto con la notorietà non è concepibile»<sup>372</sup>.

Come si è detto in precedenza parlando delle nuove tecnologie e della grande accessibilità delle informazioni garantite dalla rete, una simile concezione non sembra più attuale<sup>373</sup>. Sia chiaro, questa non è una posizione relativistica o scettica. Semplicemente si ritiene che debba essere il giudice, e solo il giudice, all'esito del processo nel contraddittorio fra le parti ad accertare l'esistenza o meno dei fatti controversi, senza perciò essere vincolato nel proprio giudizio da fonti esterne che, come si è visto, presentano tutte un grado di attendibilità variabile e che non assicurano un grado assoluto di certezza tale da escludere l'applicazione del libero apprezzamento del giudice. Su questi profili, tuttavia, ci si riserva di tornare nuovamente nell'ultimo capitolo.

---

<sup>372</sup> DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1011.

<sup>373</sup> GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 220.

## CAPITOLO 4

# DIGITALIZZAZIONE DIFFUSA E SUOI RIFLESSI TECNICO-PROCESSUALI – IL FENOMENO DELL’E-DISCOVERY

SOMMARIO: 4.1. Realtà economica post-industriale e cultura della documentazione. – 4.2. Nuove forme di documentazione nel *Discovery* statunitense. – 4.3. *Segue*: aspetti del dibattito su costi, efficienze e nuovo ruolo dell’avvocatura. – 4.4. Prova documentale, «documenti deboli» e riflessi nella disciplina processuale: *technology assisted review* e *predictive coding* nell’*e-discovery* statunitense.

### 4.1. *Realtà economica post-industriale e cultura della documentazione*

Ricollegandosi al capitolo precedente, si può ritenere ormai notoria e diffusa la presa di coscienza dell’esplosione quantitativa di dati determinata dalle nuove tecnologie digitali negli ultimi dieci anni. È altrettanto nota (e più volte citata) la dichiarazione dell’Amministratore Delegato di *Google* secondo cui il volume di dati creati fino al 2003 era di 5 exabytes, volume che si è duplicato nei soli due anni successivi<sup>1</sup>.

In realtà, si tratta di una delle ormai innumerevoli constatazioni dell’attuale sovraccarico informativo di quest’ultimo decennio<sup>2</sup>. In proposito si sprecano i numeri e le statistiche, così come si menzionano le nuove (e sempre più strabi-

---

<sup>1</sup> Si tratta, come accennato, di una dichiarazione che ha per così dire fatto il giro del mondo ed è stata citata innumerevoli volte. A titolo esemplificativo, cfr. BARON, *Introduction*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, xvii, WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, Torino, 2012, XV, trad. it. di *Too Big to Know. Rethinking Knowledge Now That the Facts Aren’t the Facts, Experts Are Everywhere, and the Smartest Person in the Room is the Room*, New York, 2011, 12. In argomento, cfr. anche BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, in 60 *Duke L. J.*, 2010, 564.

<sup>2</sup> In proposito, anche per ulteriori approfondimenti, WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 3 ss., CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell’automazione*, Milano, 2015, trad. it. di *The Glass Cage. Automation and Us*, New York, 2014, 100 e NUMERICO, FIORMONTE, TOMASI, *L’umanista digitale*, Bologna, 2010, 7 ss.

lianti) unità di misura per poter quantificare l'aumento esponenziale della mole di dati. Si parla di «Petabyte age» proprio per segnalare come sia la quantità di dati ora disponibili a caratterizzare e a influenzare la conoscenza umana<sup>3</sup>.

Ai fini di questa ricerca, tuttavia, è sostanzialmente irrilevante sapere quanti dati abbiamo o avremo a disposizione; il problema è capire come tale mole di dati inciderà sul processo e, in particolare, sull'accertamento giudiziale dei fatti. In effetti, a prescindere dai numeri, quello che appare ormai chiaro è che l'avvenuto delle nuove tecnologie ha consentito in pochissimi anni la creazione di un quantitativo enorme di dati, come mai prima d'ora<sup>4</sup>.

È altrettanto noto e diffuso l'uso della definizione di *Big Data* per indicare proprio la disponibilità di un numero finora impensabile di dati e informazioni. Si tratta di un concetto ancora non ben definito<sup>5</sup>. Appare necessario, tuttavia, segnalare come la caratteristica distintiva di tale concetto risieda non tanto nell'aspetto quantitativo (ossia nel numero di dati disponibili) quanto piuttosto nelle conseguenze qualitative e funzionali determinate da tale aumento di dati. Come è stato giustamente osservato, «Big Data is, in many ways, a poor term», in quanto «Big Data is less about data that is big than it is about a capacity to search, aggregate, and cross-reference large data sets»<sup>6</sup>.

Come detto, è ormai indiscutibile il vortiginoso e costante aumento del numero di dati a disposizione. Non sembra, tuttavia, esserci una piena consapevolezza di alcuni corollari di tale fenomeno. Del resto, come giustamente osservato, non si tratta neppure di un fenomeno totalmente sconosciuto: invero, la sensazione di trovarsi in una situazione di sovraccarico informativo non è nuova per la storia umana<sup>7</sup>.

In primo luogo, il fatto che i «dati» siano esponenzialmente aumentati non

<sup>3</sup> Per questa definizione, cfr. ANDERSON, *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, in *Wired*, 23 giugno 2008, <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/>.

<sup>4</sup> Come detto, ognuno fa riferimento a dati e statistiche diverse. Non è questo, però, che conta, né importa la misura effettiva e precisa dei dati generati negli ultimi anni. Quello che appare ormai certo è proprio l'aumento esponenziale del numero dei dati e delle conseguenti difficoltà nella loro elaborazione. In proposito si rimanda, per ulteriori approfondimenti, a VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, Sesto San Giovanni, 2015, 14 ss. Su alcune implicazioni di questo approccio quantitativo, comunque, si tornerà fra breve anche nel testo.

<sup>5</sup> Si è osservato, in proposito, che «'Big Data' is certainly sociologically interesting, in part because of its very indeterminacy» (ADAMS, BRÜCKNER, *Wikipedia, sociology, and the promise and pitfalls of Big Data*, in *Big Data & Society*, 2015, 4). Cfr. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, Torino, 2018, 265.

<sup>6</sup> BOYD, CRAWFORD, *Critical Questions for Big Data*, in *Information, Communication & Society*, 2012, 663. Cfr. Ancora D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 268 ss.

<sup>7</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, Bologna, 2013, trad. it. di *A social History of Knowledge II. From the Encyclopédie to Wikipedia*, Cambridge, 2012, 197 ss.

implica necessariamente che siano anche aumentate le «informazioni» in nostro possesso. Pensiamo, banalmente, a un concerto di una rock star o a una finale di qualche competizione sportiva importante. Considerando che quasi tutti ormai hanno un cellulare che scatta foto o registra video, è ragionevole pensare che praticamente tutti gli spettatori abbiano foto o video del concerto o della partita. Tuttavia, se quello che ci interessa sapere è la data in cui si è tenuto l'evento o il risultato della partita, allora è evidente come la mole di dati in nostro possesso non sia necessariamente più utile di un resoconto del cinegiornale dell'Istituto Luce.

Tralasciamo il tono volutamente provocatorio dell'affermazione. Indubbiamente pare ragionevole ritenere che quanto più estesi siano i dati a disposizione maggiore sia anche la probabilità di conoscere l'informazione di cui si ha bisogno. Il punto, però, è proprio questo; la mole di dati non implica necessariamente la certezza di avere anche una maggiore informazione.

Torniamo agli esempi di prima e ipotizziamo di dover sapere l'identità o quantomeno l'aspetto della persona che ha derubato uno degli spettatori durante il concerto o la partita. A tal fine, gran parte delle fotografie è senza dubbio inutile (ad esempio quelle scattate dagli spettatori che si trovavano in parti lontane dello stadio o del palazzetto), una piccola parte potrebbe essere utile (pensiamo a quelle scattate dagli spettatori seduti vicino alla persona derubata), di sicuro, però, non vi è la certezza di trovare fotografie che siano sicuramente utili<sup>8</sup>.

Questo aspetto appare sottovalutato quando si parla delle nuove tecnologie e dell'aumento di dati da esse generato. Queste ultime hanno agevolato (e quindi incrementato) l'attività di documentazione, facilitando le modalità di registrazione sotto forma documentale di dati potenzialmente informativi; l'incremento dell'attività di documentazione, però, non implica automaticamente anche un aumento delle informazioni davvero utili ai fini conoscitivi.

Ma vi è un altro aspetto che finora appare trascurato, quantomeno nelle analisi più diffuse (ma anche meno approfondite) in tema di *Big Data*. È facile notare la ricorrente tendenza a enfatizzare il carattere rivoluzionario del cambiamento generato dalle nuove tecnologie, come se si potesse dividere la storia fra prima e dopo i *Big Data*. Ciò è sicuramente vero, come anche si cercherà di mettere in evidenza in questo capitolo; non va dimenticato, però, che questo non è il primo (e probabilmente nemmeno l'ultimo) caso in cui la tecnologia incide fortemente sulle tecniche e sulle modalità di documentazione.

Anzi, si è sostenuto che l'intera storia dell'evoluzione umana sia contraddistinta (e condizionata) dall'evoluzione delle tecniche di documentazione. La nozione stessa di documento, apparentemente banale e scontata, si è in realtà con-

---

<sup>8</sup> Si veda PASTORE, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, in *Ars interpretandi*, 2013, 78, il quale rileva specificamente che «il fatto, nel procedimento conoscitivo, risulta sempre relazionato al soggetto conoscente, che lo inserisce attraverso schemi concettuali, in un contesto di senso, nel momento stesso in cui ne fa oggetto della propria considerazione».

tinuamente modificata, modellandosi e adattandosi alle nuove tecnologie. È stato giustamente osservato, infatti, che «les documents eux-mêmes se sont transformés. Leur nombre, leur forme, leur contenu et leur fonction ont changé en lien avec l'organisation des sociétés et aussi avec les performances quantitatives et qualitatives des technologies de représentation»<sup>9</sup>.

In effetti, come ormai ampiamente acquisito a partire dalla seconda metà del Novecento, grazie in particolare alle riflessioni – fra gli altri – di Marshall McLuhan, riassunte nel notissimo e spesso frainteso aforisma «il *medium* è il messaggio», il ricorso a una nuova tecnologia non è mai in sé neutrale ma determina significativi cambiamenti nelle forme comunicative e quindi di documentazione; e ciò proprio perché «il “messaggio” di un *medium* o di una tecnologia è nel mutamento di proporzioni, di ritmo o di schemi che introduce nei rapporti umani»<sup>10</sup>.

Ovviamente non è questa la sede per discutere del dibattito in materia, fra chi sposa o forse esaspera tale tesi (prospettando un vero e proprio “determinismo tecnologico”) e chi, invece, sostiene ancora la neutralità dei mezzi di comunicazione (parlando quindi di “antideterminismo tecnologico”); per quanto qui ci interessa, tuttavia, sembra possibile dare per acquisito il fatto che una nuova tecnologia incide sulle forme e sui contenuti della documentazione e conseguentemente della comunicazione. Il problema, appunto, sta nel comprendere come e in che misura ciò avvenga<sup>11</sup>.

Se la consapevolezza di tale fenomeno è tutto sommato recente, esso invece ha pervaso praticamente l'intera evoluzione umana. Del resto, è intuitivo (e per così dire innato nell'uomo) il bisogno di documentare e, quindi, di trovare tecniche sempre più efficaci e precise per poter documentare le informazioni necessarie o

---

<sup>9</sup> SALAÜN, *Vu, lu, su. Les architectes de l'information face à l'oligopole du web*, Paris, 2012, 27 (il testo è stato consultato in formato *ebook*; le citazioni, quindi, sono fatte richiamando le pagine della versione elettronica). Del medesimo autore si veda anche *Why the document is important... and how it is becoming transformed*, in *Monist*, 2014, 97 (2), 187.

<sup>10</sup> MCLUHAN, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1986, trad. it. *Understanding Media*, New York, 1964, passim e, spec., 26 ss. (ove è tratta la citazione nel testo) e 72 ss. In tema, senza alcuna pretesa di completezza, vista la vastità dei contributi in materia, si rimanda, anche per gli opportuni ulteriori riferimenti, a ORTOLEVA, *Media. Riflessioni intorno a un concetto*, in *Problemi dell'informazione*, 2011, 193 (il quale, quale esempio del frequente fraintendimento di McLuhan, menziona proprio la diversa e impropria traduzione italiana del titolo del libro appena citato). Sulla perdurante attualità delle intuizioni di McLuhan e sulla necessità che le stesse possano e debbano essere “applicate” anche alla realtà attuale si veda LAMBERTI, *Umanisticamente mediatici. Applicare McLuhan, tra letteratura e comunicazione*, in *Problemi dell'informazione*, 2011, 219, ove si si suggerisce che «Anziché studiare, commentare, celebrare o criticare McLuhan, potremmo forse iniziare ad “applicarlo”».

<sup>11</sup> Stante la vastità dei contributi in materia, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, ad alcuni studi nella dottrina italiana in materia: COSENZA, *Semiotica dei nuovi media*, Roma, 2010, passim; BLASI, *Semantic Web. Determinismo e antideterminismo tecnologico*, in *Versus – Quaderni di studi semiotici*, 2003, 59 ss. e NUMERICO, FIORMONTE, TOMASI, *L'umanista digitale*, cit., 10 ss.

anche solo utili alla vita di tutti i giorni. In proposito, si è anche sostenuto che la stessa scrittura abbia avuto origine da primitive forme di documentazione o che, comunque, le prime forme di scrittura si siano sviluppate sotto forma di registrazione di dati e informazioni<sup>12</sup>.

Non è su questo, tuttavia, che vogliamo soffermarci. Mancano le competenze ovviamente e comunque non è di stretta utilità per la presente ricerca. Sembra più interessante, invece, riassumere sinteticamente alcune delle tappe principali che hanno segnato l'evoluzione delle tecniche di documentazione e della conseguente nozione di documento. Volendo parafrasare la terminologia coniata da Kuhn a proposito delle rivoluzioni scientifiche, si possono ricordare alcuni (o quantomeno i più significativi) cambi di paradigma nella nozione di documento<sup>13</sup>.

Anzitutto, una prima significativa modificazione si ha con il passaggio dal *volumen* (o rotolo romano) al *codex* (ossia al libro rilegato), affermatosi contestualmente alla nascita e alla diffusione del cristianesimo in occidente<sup>14</sup>. Il successivo, e ormai notissimo, mutamento è avvenuto con l'invenzione della stampa da parte di Gutenberg e la sua estesa diffusione a partire dal quindicesimo secolo. Mutamento poi ulteriormente rafforzato e significativamente influenzato dall'invenzione delle rotative nel diciannovesimo secolo, con la progressiva diffusione dei giornali<sup>15</sup>.

A ciò sono poi seguiti gli ulteriori e più repentini cambiamenti avvenuti con la rivoluzione industriale a partire dalla fine del diciannovesimo secolo, cambiamenti caratterizzati dall'invenzione dapprima del cinema e della fotografia,

---

<sup>12</sup> Ovviamente non è possibile (ed è anche superfluo, ai fini di questa ricerca) soffermarsi approfonditamente su tali problemi e, in particolare, sul problema tuttora dibattuto dell'origine della scrittura. In ogni caso, per alcune indicazioni di base, da cui trarre maggiori riflessioni e riferimenti, cfr. VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, Stanford, 2008, traduzione inglese adattata di *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt am Main, 2000, 1 ss. spec. 6 ss. (le citazioni si riferiscono alla versione inglese). In tema cfr. anche ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 2012, trad. it. di *Orality and Literacy: The Technologizing of the Word*, London-New York-Methuen, 1982, passim, HAVELOCK, *La Musa impara a scrivere. Riflessioni sull'oralità e l'alfabetismo*, Bari, 2005, trad. it. di *The Muse Learns to Write. Reflections on Orality and Literacy from Antiquity to the Present*, New Haven, 1986, passim e MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, trad. it. di *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, New York, 2013, 110 ss.

<sup>13</sup> In generale, sulla storia e sull'evoluzione delle tecniche di documentazione sulla nozione di documento si rimanda a SALAÜN, *Vu, lu, su. Les architectes de l'information face à l'oligopole du web*, cit., 28.

<sup>14</sup> In tema, con specifico riferimento agli influssi sul diritto, VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, Stanford, 2008, trad. ing. di *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt am Main, 2000, 61 ss. In generale, anche per ulteriori riferimenti, CAVALLO, *Tra "volumen" e "codex". La lettura nel mondo romano*, in CAVALLO, CHARTIER (a cura di), *Storia della lettura nel mondo occidentale*, Roma, Bari, 1995, 37 ss. e LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, 16.

<sup>15</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 130.

poi delle macchine da scrivere e, infine, dalla diffusione delle macchine fotocopiatrici. Per arrivare, infine, alla rivoluzione digitale, partita dall'invenzione dei personal computer, proseguita con la diffusione della telefonia cellulare e di *Internet* e tuttora proseguita con la convergenza di tali innovazioni nel capillare uso di *smartphone* e *tablet* connessi alla rete.

L'ultima di queste rivoluzioni è probabilmente la più dirompente, quanto meno per la rapidità della sua evoluzione e per la sua capacità di influenzare pressoché immediatamente la vita quotidiana delle persone. O forse la consideriamo così dirompente proprio perché la stiamo vivendo in prima persona. Poco importa. La più intensa percepibilità dell'attuale rivoluzione digitale, tuttavia, non deve far trascurare l'importanza e l'incidenza delle rivoluzioni precedenti. Anche perché ogni evoluzione sulla tecnica di documentazione e sulla nozione di documento finisce per ripercuotersi sul mondo del diritto, in questo ambito legato a doppio filo all'evoluzione tecnologica; come è stato osservato, infatti, «law and files mutually determine each other»<sup>16</sup>.

In questo capitolo ci soffermeremo essenzialmente sulla rivoluzione digitale tuttora in corso, nel tentativo di individuare alcuni dei suoi possibili influssi sul processo e, più in generale, sulla professione legale. L'attenzione sarà dedicata principalmente al processo federale statunitense, sul quale in particolare, in considerazione della sua peculiare struttura (e, soprattutto, del carattere intrinsecamente esteso del *discovery*), la rivoluzione digitale sta incidendo profondamente.

Prima di occuparcene, però, sembra opportuno sottolineare i mutamenti, molto meno percepibili ma non per questo meno incisivi, determinati dalle evoluzioni tecnologiche precedenti. Del resto sarebbe impossibile comprendere adeguatamente l'attuale rivoluzione digitale senza conoscere bene lo «stato dell'arte» su cui quest'ultima ha incominciato a incidere.

In effetti, si può rilevare come la nozione di documento, per quanto apparentemente chiara e quasi banale, si sia significativamente evoluta e modificata a partire dalla metà del diciannovesimo secolo. Nella lingua italiana ormai la parola documento assume il significato comune di «qualsiasi oggetto materiale che possa essere utilizzato a scopo di studio, di ricerca, di consultazione, sia nello stato naturale sia riprodotto»<sup>17</sup>.

Tuttavia, non è sempre stato così. In primo luogo, l'utilizzazione della parola documento è piuttosto recente, essendosi diffusa, indicativamente, dal diciassettesimo secolo a partire proprio dal linguaggio giuridico<sup>18</sup>. Progressivamente la

---

<sup>16</sup> In generale, proprio per una specifica analisi degli influssi delle trasformazioni tecnologiche nelle tecniche di documentazione e di scrittura sull'evoluzione del diritto, si veda VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., xiii (da cui la citazione) e *passim*.

<sup>17</sup> L. BOVE, voce *Documento (storia del diritto)*, in *Dig. IV ed., disc. priv., sez. civ.*, Torino, VII, 1998, 13.

<sup>18</sup> LE GOFF, voce *Documento/Monumento*, in *Enc. Einaudi*, Torino, 1978, vol. V, 38 s.

parola si è estesa anche al linguaggio comune e, sulla spinta della scuola storica positivista della fine del XIX e dell'inizio del XX secolo, ha incominciato ad assumere il significato ancora oggi diffuso<sup>19</sup>. E ciò anche in considerazione di un mutamento qualitativo della ricerca storica, dapprima limitata ai grandi uomini e ai grandi eventi storici (e quindi ai monumenti, ossia i lasciti intenzionali per perpetrare nella memoria collettiva gli eventi importanti), via via estesa a tutti gli uomini, con una conseguente «nuova gerarchia più o meno sottintesa dei documenti»; si passa, in definitiva, da una storia che trasforma i monumenti in documenti a una storia che trasforma i documenti in monumenti<sup>20</sup>.

Proprio a seguito di questa evoluzione si cristallizza il significato, ormai comunemente diffuso e accolto, della parola documento, inteso, in senso molto estensivo, come ciò «che ci consente di conoscere il passato è ciò che resta, ancora oggi, dei fatti ormai trascorsi: le tracce ancora presenti che possiamo vedere, udire o toccare»<sup>21</sup>.

Come detto, l'utilizzazione di questa nozione, ampia ed estesa, di documento nel linguaggio comune è piuttosto recente. Viceversa la nozione giuridica è decisamente più risalente e, proprio per questo, più ristretta e limitata, essendo rimasta sostanzialmente fedele al significato originario.

Si può affermare che la nozione giuridica di documento risalga al diritto intermedio e sia frutto dell'elaborazione di molti giuristi italiani<sup>22</sup>. In realtà, proprio a segnalare la differente evoluzione rispetto alla corrispondente parola del linguaggio comune, inizialmente non si parlava neppure di documento, ma si utilizzavano differenti (e forse per certi versi, come si dirà, più appropriate) denominazioni come, ad esempio, quella di *instrumentum*. La parola documento si è diffusa nel linguaggio giuridico progressivamente alla sua diffusione nel linguaggio comune. Come detto, però, più recentemente il significato giuridico non ha recepito le evoluzioni semantiche avvenute nell'uso comune ed è rimasto per così dire fermo al significato originario.

In proposito è stato notato che «il giurista, per risalente tradizione, da un lato vede il documento innanzi tutto come mezzo o segno grafico e, più in

---

<sup>19</sup> Cfr. ancora LE GOFF, voce *Documento/Monumento*, cit., 40 s., il quale sottolinea la consapevolezza da parte degli storici della definizione tradizionale (e quindi sostanzialmente giuridica) di documento come testo scritto. Egli cita, ad esempio, una significativa frase di Fustel de Coulanges, pronunciata in una lezione tenuta nel 1862 all'università di Strasburgo: «Là dove alla storia mancano i documenti scritti occorre che essa chieda alle lingue morte i loro segreti... Deve scrutare le favole, i miti, i sogni della fantasia ... Dove è passato l'uomo, dove ha lasciato qualche impronta della sua vita e della sua intelligenza, là sta la storia». In argomento, si veda anche BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, Paris, 1941.

<sup>20</sup> LE GOFF, voce *Documento/Monumento*, cit., 41 s.

<sup>21</sup> BERTOLINO, *Documento e rappresentazione della realtà*, in RONCO (a cura di), *Il documento nel processo civile*, Bologna, 2011, 1.

<sup>22</sup> In proposito, si veda GUALAZZINI, voce *Documentazione e documento (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 561.

concreto, come “scrittura”; e dall’altro lo considera di norma o sotto il profilo della prova (rilevante in ispecie nel e per il processo)»<sup>23</sup>. In effetti, nel codice civile e nel codice di procedura civile non vi è alcuna specifica definizione normativa di documento<sup>24</sup>. Le norme ivi contenute, tuttavia, implicitamente ma in modo comunque evidente, sembrano far trasparire una precisa convinzione del legislatore di allora; convinzione cioè secondo la quale la prova documentale e, in generale, il documento sono (solo) le dichiarazioni di esclusiva formazione umana<sup>25</sup>.

Non è un caso che simili riflessioni si ritrovino nella più autorevole dottrina coeva ai codici vigenti. Ad esempio, secondo Carnelutti «il documento è sempre opera dell’uomo, onde non vi sono documenti naturali»<sup>26</sup>; lo stesso Chiovenda, pur non assumendo una posizione così netta, afferma che «i documenti di gran lunga più importanti sono le scritture»<sup>27</sup>.

Sembra certamente possibile rilevare la sostanziale mancanza di consapevolezza del legislatore del 1940 circa le evoluzioni (già allora in atto) della nozione di documento. Del resto, la progressiva diffusione di tecnologie (allora ancora recenti) quali fotografia, fonografia e telefonia stava determinando il progressivo venir meno dell’intenzionalità quale caratteristica indispensabile e indefettibile della nozione di documento<sup>28</sup>.

Del resto, la netta contrapposizione fra «documenti» e «altre cose» contenuta nel codice di rito a proposito dell’ispezione e dell’esibizione si fonda sulla concezione tradizionale e ristretta di documento, come atto intrinsecamente riconducibile alla volontà del suo autore. Lo stesso può dirsi della contrapposizione fra «fatti» e «cose» contenuta nell’art. 2712 c.c., in tema di riproduzioni meccaniche. Del resto, come autorevolmente rilevato, addirittura «nel diritto italiano manca una disciplina organica dei documenti diversi dalla scrittura privata e dall’atto pubblico, cioè dai documenti “scritti” in senso proprio, che sono, di norma, secondo la nostra legislazione, quelli scritti e sottoscritti», ossia

<sup>23</sup> BOVE, voce *Documento (storia del diritto)*, cit., 15.

<sup>24</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 418.

<sup>25</sup> In questo senso, cfr. PATTI, voce *Documento*, in *Dig. IV ed., disc. priv., sez. civ.*, Torino, VII, 1998, 2. Sull’importanza dell’elemento finalistico nell’elaborazione medievole della nozione di documento, cfr. GUALAZZINI, voce *Documentazione e documento (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 568.

<sup>26</sup> CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Studi di diritto processuale*, vol. III, Padova, 1939, 229. Si veda anche ID., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 184. Sempre nella dottrina di allora, cfr. CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941, 8.

<sup>27</sup> CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 842.

<sup>28</sup> La più avvertita dottrina degli anni Sessanta rilevava, comunque, come la continua evoluzione della tecnica stesse «moltiplicando così i corpi suscettibili di assicurare una impressione come i modi dell’impressione medesima» (CANDIAN, voce *Documentazione e documento (teoria generale)*, cit., 580).

una disciplina dei documenti intenzionalmente formati, ma non mediante i segni tradizionali della scrittura<sup>29</sup>.

Non pare neppure casuale che una fra le norme più aperte alle nuove tecnologie, l'art. 2719 c.c., sia dedicata esclusivamente alla copia fotostatica di "scritture". Ancora negli anni Sessanta, del resto, si parla di documento come «cosa corporale, semplice o composta, idonea a ricevere, conservare, trasmettere, la rappresentazione descrittiva o emblematica o fonetica di un dato ente, giuridicamente rilevante»<sup>30</sup>.

In effetti, nonostante il noto dibattito dottrinale sulla possibile equiparazione metodologica fra l'attività dello storico e quella del giudice nell'accertamento del fatto, la dottrina non pare aver preso piena coscienza della maggiore ampiezza del significato comune del termine documento<sup>31</sup>. È ancora diffusa la convinzione secondo cui «possono qualificarsi come documenti solo gli oggetti nati con la funzione primaria di assolvere al compito di rappresentare un fatto»<sup>32</sup>. Sono sostanzialmente isolate, per quanto autorevoli, le opinioni di coloro che estendono la nozione di documento a qualsiasi cosa che consenta di verificare un'affermazione di verità (includendovi anche un mero evento naturale)<sup>33</sup>.

Un deciso avvicinamento al significato comune di documento si ha, invece, nel codice di procedura penale; forse anche in virtù della più recente introduzione, infatti, la nozione di prova documentale è decisamente più ampia, essendo riferita non solo alle scritture ma anche agli «altri documenti che rappresentano fatti, per-

---

<sup>29</sup> In questo senso, MONTESANO, *Prefazione*, in F. DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli, 1988, 9.

<sup>30</sup> CANDIAN, voce *Documentazione e documento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 579.

<sup>31</sup> Sul noto dibattito dottrinale si rimanda a CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 105, TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 438, CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 819, G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1129. Con specifico riferimento alle prove documentali, cfr. F. DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, cit., 16.

<sup>32</sup> GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 484. Si veda anche F. DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, cit., 17, il quale osserva che «quando si dice allora che il documento è una cosa materiale, si vuole dire che esso è un opus, cioè una cosa fatta dall'uomo».

<sup>33</sup> DENTI, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1988, 714. Si veda anche GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, Milano, 1950, 1. In proposito, recentemente, cfr. BERTOLINO, *Documento e rappresentazione della realtà*, cit., 3, la quale propone la distinzione fra documenti indirizzati (ossia quelli espressamente concepiti e realizzati con finalità rappresentativa) e non indirizzati (per quelli la cui idoneità rappresentativa emerge in un secondo tempo, a seconda della ragione che induce a cercare elementi rappresentativi).

sone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo»<sup>34</sup>. Si tratta di una nozione decisamente estesa, forse anche troppo in considerazione della struttura strettamente orale che caratterizza il processo penale<sup>35</sup>; di certo essa, al pari del significato comune di documento, è idonea ad includere qualsiasi cosa che sia in grado di rappresentare un fatto<sup>36</sup>.

Questa duplice natura del concetto di documento si riscontra ancora oggi. Del resto, proprio agli inizi della rivoluzione di *Internet* si è prospettata come «necessaria ed impellente una profonda revisione della teoria del documento»<sup>37</sup>. In realtà probabilmente, come rilevato in dottrina, «qualsiasi tentativo di fornire al “documento” come tale una definizione che possa dirsi, sotto ogni profilo, appagante e persuasiva, si rivela, sul piano concettuale, del tutto inutile»<sup>38</sup>.

D'altro canto, come detto, l'ambivalenza del concetto esula dalla sfera propriamente giuridica. A questo riguardo si può ricordare una recente proposta di ridefinizione filosofica e concettuale della nozione di documento; ridefinizione essenzialmente fondata sulla dimensione sociale e culturale del documento e operata nel tentativo di riconciliare la nozione tipicamente sociale (e di derivazione giuridica) di documento con quella comune. In proposito, è stato proposto di definire «documento come una iscrizione con valore istituzionale, definizione che mi sembra sintetizzare il nocciolo filosofico della concezione giuridica corrente», valorizzandone, quindi, la dimensione sociale<sup>39</sup>.

A questa nozione di documento (in senso «forte»), e tipica della dimensione

---

<sup>34</sup> Così recita testualmente l'art. 234 c.p.p. In argomento, cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 426, nonché, nella dottrina processualpenalistica, anche per ulteriori riferimenti, CAMINITI, voce *Prova documentale*, in *Dig. IV ed., disc. pen.*, Torino, Tomo II, 2005, 1213, CANTONE, *La prova documentale*, Milano, 2004, TONINI, *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Giust. pen.*, 1996, III, 609, I. CALAMANDREI, *Premesse definitorie e classificazioni in tema di prova documentale*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 76 e UBERTIS, *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.*, 1992, 2516.

<sup>35</sup> Come ormai riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, è considerata prova documentale ammissibile anche «il documento che riproduca, unitamente ad altri dati, dichiarazioni» (Cass. pen., sez. III, 23 novembre 2016, n. 3397, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Prova penale*, n. 31; nel medesimo senso, Cass. pen., sez. V, 28 aprile 2016, n. 27898, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Prova penale*, n. 71).

<sup>36</sup> Sono appunto considerate a tutti gli effetti prove documentali le videoriprese (Cass. pen., sez. II, 30 novembre 2016, n. 10, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Prova penale*, [5320], n. 67), le registrazioni fonografiche (Cass. pen., sez. II, 6 ottobre 2016, n. 50986, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Prova penale*, n. 69), i rilievi fotografici (Cass. pen., sez. III, 5 marzo 2015, n. 27118, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Prova penale*, n. 73), i messaggi di posta elettronica salvati e non inviati (Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Sequestro penale*, n. 66).

<sup>37</sup> PATTI, voce *Documento*, cit., 11.

<sup>38</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 418.

<sup>39</sup> M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Bari, 2009, 280. In tema, cfr. recentemente SILVI, *Agire mediante documenti e documenti informatici*, in *Ragion pratica*, 2016, 454.

umana, viene contrapposta quella di iscrizione (o anche documento in senso «debole») per indicare, in via residuale, i documenti in senso lato, ossia tutto ciò in cui sono registrate delle informazioni, a prescindere dal fatto che tale registrazione sia avvenuta intenzionalmente<sup>40</sup>.

In realtà, questa ambivalenza definitoria appare dipendere dalla differente prospettiva con cui ci si pone. Sembra possibile ricondurre le varie teorie a una duplice prospettiva nella concezione di documento. In particolare, si può ipotizzare una concezione oggettiva o teoretica (ossia la tradizionale definizione giuridica) fondata sulle caratteristiche costitutive del documento (da intendersi quindi tale «*in quanto* vi sono registrate delle informazioni»). Ma si può anche ipotizzare una concezione soggettiva o pragmatica di documento (quella propria del linguaggio comune e in parte diffusa in ambito processuale) secondo la quale è documento qualsiasi oggetto che abbia finalità informative per l'osservatore<sup>41</sup>.

È proprio alla luce di questa duplice prospettiva che appare possibile interpretare la rivoluzione tecnologica incominciata all'inizio del secolo scorso. Del resto, sembra di poter considerare ormai ovvia la constatazione secondo cui che le cosiddette "scritture", nella tradizionale definizione codicistica (ossia i documenti in senso forte o teoretico), rappresentano una parte assai ridotta dei documenti. Si può dire che già a partire dall'inizio del Novecento, con la diffusione delle prime tecnologie di documentazione o, per usare la terminologia codicistica, di riproduzione meccanica, si sia registrata la progressiva diminuzione di importanza di tali documenti<sup>42</sup>.

Tale tendenza è stata via via rafforzata dalle nuove tecniche di documentazione (quali, a titolo esemplificativo, le macchine da scrivere e le fotocopiatrici) e ha determinato un progressivo "indebolimento" del documento; indebolimento appunto nel senso di una sempre maggiore importanza, a fini processuali e non, di oggetti privi di alcuna intenzionale funzione documentativa. In effetti, a partire dagli anni Sessanta si è assistito ad una vera e propria «rivoluzione documentaria»<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, cit., 280 ss. In tema si leggano anche RIDI, *Il mondo dei documenti. Cosa sono, come valutarli e organizzarli*, Bari, 2010, 13, BERTOLINO, *Documento in senso forte e documento in senso debole*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 845 e SILVI, *Agire mediante documenti e documenti informatici*, cit., 460.

<sup>41</sup> Su questa distinzione si veda RIDI, *Il mondo dei documenti. Cosa sono, come valutarli e organizzarli*, cit., 12. Per una distinzione simile, cfr. SILVI, *Agire mediante documenti e documenti informatici*, in *Ragion pratica*, 2016, 455, il quale distingue la dimensione normativa del documento dalla dimensione concettuale; e ciò in quanto i documenti dipendono comunque sia dalla tecnica che dalla legislazione che li regola. In tema si veda M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, cit., 300, il quale rileva che i documenti forti e deboli «sono tuttavia accomunati dalla circostanza di valere solo in un contesto».

<sup>42</sup> BUCKLAND, *What is a "document"?*, in 48 *J. Am. Soc. Inf. Sci.*, 1997, 805.

<sup>43</sup> In questi termini, GLÉNISSON, *Una história entre duas erudições*, in *Revista de historia*, 1977, 110, citato da M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, cit., 283.

Del resto, se un documento diventa tale «quando emerge una specifica volontà individuale o sociale di fruire, conservare, catalogare e diffondere una determinata entità come fonte di informazioni», allora qualunque cosa può essere documento. Questo ovviamente estende potenzialmente all'infinito la nozione di documento; e ciò in quanto «non esiste un limite teoretico, ma solo uno pragmatico e sociale, a ciò che può essere definito e trattato come un documento»<sup>44</sup>. Da ciò, conseguentemente, anche l'ormai noto esempio dell'antilope come documento, ad intendere come l'intenzionalità non stia nell'origine dell'oggetto ma nella persona che lo guarda, considerandolo appunto come fonte di rappresentazione e prova<sup>45</sup>.

In proposito, occorre segnalare la grande modernità del pensiero di una parte autorevole della dottrina della seconda metà del secolo scorso. Ad esempio, Denti aveva acutamente osservato che la cosa «non è di per sé stessa documento ma diviene tale nel momento in cui viene posta in relazione col *thema probandum*, attraverso un procedimento induttivo che ha alla base la sua identificazione come fonte attendibile di conoscenza del fatto»<sup>46</sup>. E già prima Irti, in modo molto suggestivo, aveva segnalato che «la rappresentazione non è un dato obiettivo racchiuso nel documento, ma è questo interiore rivivere, che accoglie e consuma l'opaca impenetrabilità dei segni fisici. E, perciò, essa è sempre individuale, e relativa al soggetto che la compie»<sup>47</sup>.

La più recente rivoluzione digitale ha ovviamente esteso e accentuato tale fenomeno. Moltissimi documenti nascono ormai direttamente in forme diverse da quella cartacea e, spesso, non sono neppure più riconducibili direttamente all'opera dell'uomo. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai filmati realizzati da telecamere di sorveglianza o, in generale, a tutte le rilevazioni effettuate da sistemi automatizzati<sup>48</sup>. Come già acutamente rilevato sul finire del secolo scorso, la progressiva evoluzione della nozione di documento ha «increasingly emphasized whatever functioned as a document rather than traditional physical

<sup>44</sup> RIDI, *Il mondo dei documenti. Cosa sono, come valutarli e organizzarli*, cit., 11 e 17.

<sup>45</sup> BRIET, *Qu'est-ce que la documentation*, Paris, 1951, 7.

<sup>46</sup> DENTI, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, cit., 714. Cfr., in argomento, ANDRIOLI, *Prova*, in ID., *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, 57 e L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 425.

<sup>47</sup> IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Norme e fatti*, Milano, 1983, 259, già edito in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 484.

<sup>48</sup> Principalmente negli Stati Uniti si è aperto un acceso (e tuttora incerto) dibattito dottrinale e giurisprudenziale su questi temi. Proprio a tale dibattito, del resto, sono dedicati il presente capitolo e, soprattutto, i prossimi paragrafi (cui, quindi, si rimanda per i necessari riferimenti). Sin da ora, tuttavia, in termini generali sull'impatto delle nuove tecnologie e dei nuovi documenti generati da queste ultime sul processo americano appare opportuno rinviare a WALKER, WATSON, *New Trends in Procedural Law: New Technologies and the Civil Litigation Process*, in 31 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2008, 265 ss. e PAUL, *Foundations of Digital Evidence*, Chicago, 2008, *passim*.

forms of documents. The shift to digital technology would seem to make this distinction even more important»<sup>49</sup>.

Non si deve, però, incorrere nell'errore di ritenere che la rivoluzione digitale abbia semplicemente esteso e rafforzato gli effetti della tendenza evolutiva della nozione di documento già in atto a partire dalla fine del diciannovesimo secolo. Senza dubbio in parte è stato effettivamente così. L'importanza di quest'ultima rivoluzione, però, è soprattutto qualitativa. Cerchiamo di spiegarci meglio; l'aumento quantitativo dei documenti (e, quindi, dei dati e delle informazioni disponibili) è talmente consistente da determinare anche una modificazione qualitativa del modo con cui gli stessi possono essere analizzati<sup>50</sup>.

Come si è detto già in precedenza, la novità non sta tanto nella mole di *data* (ossia di documenti in senso debole) quanto nella modificazione delle modalità di analisi degli stessi. In definitiva, i nuovi documenti sono talmente numerosi che non è possibile analizzarli con le modalità utilizzate sino ad ora, dovendosi necessariamente ricorrere a computer e programmi informatici. Sembra possibile ritenere, quindi, che il mutamento di paradigma determinato dalle nuove tecnologie stia incidendo sulle strategie conoscitive sotto un duplice profilo, metodologico e cognitivo: non solo diversifica il modo di conoscere, ma permette anche di conoscere cose diverse rispetto a prima<sup>51</sup>. I *Big Data* e, in generale, la straripante diffusione di documenti deboli «not only refers to very large data sets and the tools and procedures used to manipulate and analyze them, but also to a computational turn in thought and research»<sup>52</sup>.

Per tornare a quanto si diceva all'inizio del paragrafo, l'aumento dei dati disponibili non necessariamente fornisce maggiori informazioni rispetto a prima; tuttavia, l'analisi della mole di dati nel suo insieme consente di conoscere informazioni diverse (e nuove) rispetto a quelle che potevano essere ottenute in precedenza. Quest'ultimo aspetto, con le sue ripercussioni sulle strategie conoscitive dell'uomo e, soprattutto, con i suoi possibili risvolti sul processo, sarà affrontato principalmente alla fine del prossimo capitolo.

Qui, invece, è interessante concentrarsi sul primo aspetto, ossia sulla modificazione qualitativa delle strategie conoscitive conseguente all'aumento dei dati determinato dalle nuove tecniche di documentazione digitali. Anche perché è

---

<sup>49</sup>BUCKLAND, *What is a "document"?*, cit., 808.

<sup>50</sup>Sullo stretto legame sussistente fra le tecniche di documentazione e la conseguente funzione che l'ordinamento giuridico attribuisce al documento si veda SILVI, *Agire mediante documenti e documenti informatici*, cit., 463, il quale rileva che «sebbene la funzione epifanica del documento sia logicamente prioritaria rispetto a quella iconica, tuttavia, è quest'ultima funzione (meglio, le concrete modalità tecniche con cui tale funzione si realizza) che determina e condiziona la rilevanza del fenomeno documentale per l'esperienza giuridica».

<sup>51</sup>D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 265.

<sup>52</sup>BOYD, CRAWFORD, *Critical Questions for Big Data*, cit., 665.

proprio questo mutamento di paradigma che ha provocato un significativo e radicale scarto nel dibattito statunitense in tema di *discovery*.

#### 4.2. Nuove forme di documentazione nel Discovery statunitense

Come accennato nel paragrafo precedente, l'evoluzione del *discovery* statunitense rappresenta per così dire un esempio emblematico degli effetti sul processo civile dell'evoluzione tecnologica applicata alle tecniche di documentazione. E ciò, sembra di poter dire, non a caso, considerando le origini e l'evoluzione di tale meccanismo processuale nel corso del ventesimo secolo.

Senza pretese di completezza, per meglio comprendere il fenomeno dell'*e-discovery* e la sua attinenza con la presente ricerca, è doveroso dare sommariamente conto di tale evoluzione. Del resto sembra possibile considerare il *discovery* come uno degli aspetti centrali del processo civile statunitense; anzi, si può ritenere che esso rappresenti una delle caratteristiche più distintive (se non addirittura la più distintiva) del c.d. *American Procedural Exceptionalism*<sup>53</sup>.

In effetti, la configurazione della fase di *discovery* come intrinsecamente «broad» è frutto di una ben precisa scelta di carattere ideologico, politico e, in senso lato, culturale del legislatore statunitense del 1938<sup>54</sup>. Tale impostazione, del resto, rappresenta la logica conseguenza della modulazione semplificata degli atti introduttivi del processo, i c.d. *pleading*, da intendersi come «notice», ossia non vincolati a una precisa strutturazione tecnica e all'obbligo di circostanziare in modo specifico i fatti posti a fondamento della domanda<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> In questo senso, HAZARD, *From Whom No Secrets are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.*, 1998, 1675, MARCUS, *Bomb Throwing, Democratic Theory, And Basic Values – A New Path to Procedural Harmonization*, in 107 *Nw. U. L. Rev.*, 2013, 477, ID., *Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context*, in 53 *Am. J. Comp. L.*, 2005, 709. Si leggano anche SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, New York, 2006, 130. In generale, sull'*American Exceptionalism* si veda CHASE, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, in 50 *Am. J. Comp. L.*, 2002, 277.

<sup>54</sup> Per una dettagliata ricerca di quello che viene definito come vero «intent» dei *drafters* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, cfr. RESNIK, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, in 53 *U. Chi. L. Rev.*, 1986, 502. In generale sulle particolarità del *discovery* statunitense, nella dottrina italiana si rimanda a DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 135 ss., nonché, in prospettiva comparata, a ANSANELLI, *Problemi di preparazione e trattazione nelle controversie civili*, in DONDI, ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, 158 ss.

<sup>55</sup> CLARK, *Simplified Pleading*, in 2 *F.R.D.*, 1943, p. 456 ss., ID., *Pleading Under the Federal Rules*, in 12 *Wyo. L.J.*, 1958, 177. In tema cfr. anche MARCUS, *The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 86 *Colum. L. Rev.*, 1986, 433 ss., BONE, *Mapping the Boundaries of a Dispute Conception of Ideal Structure from the Field Code to the Federal Rules*, in 89 *Colum. L. Rev.*, 1989, 1 ss.. Con particolare riferimento al ruolo della figura di Clark nella riforma del 1938 si rimanda, per ulteriori riferimenti, a SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The*

La connotazione dell'atto introduttivo del processo in termini di «short and plain statement of the claim» – come icasticamente prevede ancora oggi la *Rule 8 (a)(2)* delle *Federal Rules of Civil Procedure* – rappresenta il marchio di fabbrica della riforma del 1938, nel chiaro intento di estendere l'utilizzazione dello strumento giudiziale anche a chi non possa permettersi l'assistenza di studi legali in grado di predisporre *pleading* del tutto articolati in fatto e in diritto<sup>56</sup>.

È ormai ampiamente noto che, sotto questo profilo, le *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938 costituiscano una vera e propria rottura con il passato<sup>57</sup>. Ed è altrettanto noto che la riforma del *discovery* rappresenti uno degli aspetti centrali di tale riforma<sup>58</sup>. Come ampiamente messo in luce dalla dottrina statunitense, le ragioni di una riforma così radicale e, per certi versi, inaspettata vanno rinvenute nel clima politico – il *New Deal* roosveltiano – e culturale di quegli anni, terreno fertile per una contrapposizione alla «sporting theory of justice»<sup>59</sup>. Non sembra possibile dimenticare poi che in quel periodo era diffuso e ampiamente condiviso, nella giurisprudenza nordamericana, il movimento del *Legal Realism*, decisamente favorevole a un'estensione dei poteri delle parti<sup>60</sup>.

Ciò sfocia in una visione del processo come strumento al servizio (e non padrone) della giustizia, una sorta di tunnel in cui l'applicazione del diritto sostanziale deve passare indenne<sup>61</sup>. La semplificazione dei *pleading* e l'estensione del *discovery* sono gli inevitabili corollari di tali assunzioni di base, anche a dispetto del rischio di un abuso dello strumento processuale. Tali principi vengono emblematicamente evidenziati nel caso *Conley v. Gibson* del 1957, *dictum* della Corte Suprema Federale che per lungo tempo rappresenterà nella cultura giuri-

*Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *B.C. L. Rev.*, 1998, 710 ss. Nella dottrina italiana, cfr. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – Il modello statunitense*, cit., 83 ss.

<sup>56</sup> In argomento, si rinvia per ogni ulteriore opportuno riferimento a DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – Il modello statunitense*, cit., 83, nonché ID., *Riforma degli atti introduttivi – Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 434. Ci si permetta anche di rinviare a P. COMOGLIO, *Configurazione della fase introduttiva*, in DONDI, ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, cit., 112 ss.

<sup>57</sup> In questo senso, BURBANK, *The Rules Enabling Act of 1939*, in 130 *U. Pa. L. Rev.*, 1982, 1015; MARCUS, “*Looking Backward*” to 1938, in *U. Pa. L. Rev.*, 2014, 1694 e STEMPEL, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, in 52 *Ala. L. Rev.*, 2001, 536.

<sup>58</sup> MARCUS, “*Looking Backward*” to 1938, cit., 1707. Cfr. anche diffusamente DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 151 ss.

<sup>59</sup> Uno dei più autorevoli studiosi di allora, infatti, affermava esplicitamente «litigation is no longer regarded as a game» (RAGLAND, Jr., *Discovery Before Trial*, 1932, 251). In argomento, è d'obbligo il rinvio a SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, cit., 739.

<sup>60</sup> SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, cit., 133.

<sup>61</sup> Il riferimento è, chiaramente, a CLARK, *Handmaid of Justice*, in 23 *Wash U. L.Q.*, 1938, 297.

dica statunitense il *leading case* in tema di *pleading*, ma che ben può essere considerato rappresentativo della complessiva *philosophy* della riforma del 1938<sup>62</sup>.

Ad onor del vero, come giustamente messo in evidenza dalla più attenta dottrina statunitense, la netta prevalenza di tali principi nelle *Federal Rules of Civil Procedure* si deve anche alla contemporanea coincidenza di altri fattori, come ad esempio gli interessi dell'avvocatura e della magistratura di allora. Infatti, la semplificazione della procedura e l'estensione del *discovery* consentivano, da un lato, agli avvocati di elaborare nuove strategie difensive e di incrementare il loro compenso orario e, dall'altro, ai giudici di avere una maggiore discrezionalità nella gestione del processo<sup>63</sup>.

Proprio in ragione di questa netta, e forse eccessiva, prevalenza della propensione alla semplificazione del meccanismo processuale, il *discovery* era inevitabilmente destinato a una complessa e tortuosa evoluzione. Del resto, con un'icastica metafora, il *discovery* è stato paragonato al fuoco. Se usato correttamente è uno strumento molto efficace e benefico; se, invece, non viene curato e controllato crea danni e distruzione<sup>64</sup>.

In effetti, sembra possibile ritenere che la connotazione essenzialmente liberale del *discovery* contenuta nella riforma del 1938 sia stata la causa (o quantomeno una delle cause) del fenomeno che ne ha seriamente messo alla prova i principi fondanti. Il riferimento è, evidentemente, all'esplosione del numero delle controversie civili avvenuta a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso. Esplosione che non a caso ha connotato quella americana come una *litigious society*<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 1957, p. 41; in argomento, DAWSON, *The Place of Pleading in a Proper Definition of the Issues in the "Big Case"*, in 23 F.R.D., 1958, 319 ss., SHERWIN, *The Story of Conley: Precedent by Accident*, in CLERMONT (editor), *Civil Procedure Stories*, New York, 2008, 295 ss. Nella dottrina italiana DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 529 ss. e ID., *Riforma degli atti introduttivi – Il processo statunitense e il processo italiano*, cit., 434 ss.

<sup>63</sup> In proposito, si legga la completa ricostruzione di SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, cit., 739, il quale non manca di rimarcare l'incondizionato appoggio alla riforma del 1938 dell'*American Bar Association* e della *Supreme Court*. Di questo, del resto, era pienamente consapevole anche RAGLAND, Jr., *Discovery Before Trial*, cit., 265.

<sup>64</sup> La metafora del fuoco è di REDISH, *Pleading, Discovery, and the Federal Rules: Exploring the Foundations of Modern Procedure*, in 64 *Fla L. Rev.*, 2012, 870.

<sup>65</sup> Solo per citare alcuni fra i principali riferimenti bibliografici, cfr. LIEBERMAN, *The Litigious Society*, New York, 1981, *passim*, OLSON, *The Litigation Explosion: what Happened when America Unleashed the Lawsuit*, New York, 1991, *passim*, FARHANG, *The Litigation State. Public Regulation and Private Lawsuit in the U.S.*, Princeton, 2010, 94 ss., FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven-London, 2002, 350 ss., KAGAN, *Adversarial Legalism – The American Way of Law*, Cambridge, 2001, 4 ss. (trad. it. *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, Bologna 2009) e BURKE, *Lawyers, Lawsuit, and Legal Rights: the Battle over Litigation in American Society*, Berkeley, 2002, 22. In senso critico, con particolare riferimento al *discovery*, si veda MULLENIX, *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences of Unfounded Rulemaking*, in 46 *Stan. L. Rev.*, 1994, 1398 ss. Per ulteriori spunti e riferimenti si rimanda a ANSANELLI, *Problemi di preparazione e trattazione nelle controversie civili*, cit., 157.

Ma non solo. Contrariamente alle ispirazioni iniziali, l'estensione del *discovery* ha inciso significativamente (anche se vi è discussione sulla effettiva intensità di tale impatto) sulla concreta applicazione del diritto sostanziale, specie in specifici settori normativi, come, ad esempio, in tema di danno da prodotto, discriminazione sui luoghi di lavoro e *mass tort litigation*<sup>66</sup>.

Ma torniamo per un momento alla riforma del 1938. Si può certamente affermare che da allora il dibattito sul *discovery* e sulla necessità di una revisione delle *Rules* che lo controllano non sia mai cessato. D'altro canto, il *discovery* è stato progressivamente assunto come connotato essenziale e caratterizzante dell'intero sistema processuale statunitense<sup>67</sup>. Come affermato da uno dei più autorevoli processualisti statunitensi, «Broad discovery is thus not a mere procedural rule. Rather it has become, at least for our era, a procedural institution perhaps of virtually constitutional foundation»<sup>68</sup>.

Ciò è confermato dal fatto che i primi interventi di riforma in materia hanno rappresentato, per così dire, il completamento del cerchio iniziato nel 1938, nella convinzione che l'introduzione delle *Federal Rules* avesse fatto molto ma non ancora tutto; il riferimento è, ovviamente, agli *amendments* del 1946, a cui si deve la precisazione circa la non necessità dell'indicazione specifica di ogni documento nelle richieste di *discovery*<sup>69</sup>.

Non casualmente risale all'anno successivo la notissima decisione *Hickman v. Taylor*, in cui la Corte Suprema ha affermato emblematicamente che «the deposition-discovery rules are to be accorded a broad and liberal treatment. No longer can the time-honored cry of "fishing expedition" serve to preclude a party from inquiring into the facts underlying the opponent's case. Mutual knowledge of all relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation»<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Più specificamente, sull'influsso della disciplina del *discovery* nell'applicazione del diritto sostanziale, cfr. diffusamente MARCUS, *Discovery Containment Redux*, in 39 *B.C.L. Rev.*, 1998, 748 ss., spec. 751 ss.

<sup>67</sup> GLASER, *Pretrial Discovery and the Adversary System*, New York, 1968, *passim*. Nella dottrina italiana, sul punto, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 139 ss.

<sup>68</sup> HAZARD, *From Whom No Secrets are Hid*, cit., 1694. In questo senso cfr. anche NIEMAYER, *Here We Go Again: Are The Federal Discovery Rules Really In Need Of Amendment?*, in 39 *B.C.L. Rev.*, 1998, 520, il quale rileva che «the 1938 experiment of notice pleading coupled with broad discovery because that formula has become embedded in the infrastructure of American civil procedure». Cfr. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 139 ss.

<sup>69</sup> In questo senso, SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, cit., 734. In tema, nella dottrina italiana, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 178.

<sup>70</sup> *Hickman v. Taylor*, 329 U.S., 495, 507 (1947). Il passaggio riportato nel testo è più volte menzionato anche dalla dottrina statunitense. Fra tutti, ricordiamo SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, cit., 691 il quale lo riporta addirittura come citazione iniziale al proprio articolo. Cfr. anche STEMPEL, *Politics and Sociolo-*

Anche gli *Amendments* del 1970 rappresentano un coerente completamento della «Discovery Revolution» iniziata con la riforma del 1938<sup>71</sup>. Con tale interventi correttivi, infatti, è stata eliminata la necessità di una «motion» per la richiesta di *discovery* e, soprattutto, è stato abrogato il riferimento alla «good cause» come standard di riferimento per la richiesta di produzione dei documenti. Non casualmente, tali *Amendments* sono stati definiti, senza alcuna esagerazione, «the high water point for discovery liberality»<sup>72</sup>.

È proprio a partire dagli anni Settanta, tuttavia, sotto il peso delle significative modificazioni della società americana e delle conseguenti ripercussioni sul contenzioso civile, che l'atteggiamento nei confronti del *discovery* ha subito una significativa inversione di tendenza<sup>73</sup>. Tale inversione è partita dalla nota *Pound Conference* del 1976, è proseguita poi con la *Conference* indetta nel 1982 dall'*American Bar Association* in tema appunto di *Discovery Reform* ed è poi sfociata negli *Amendments* del 1983, i primi di una serie di interventi di riforma (avvenuti rispettivamente nel 1993 e nel 2000) limitativi dell'estensione del *discovery*<sup>74</sup>. In altri termini l'attenzione degli studiosi –fatta salva qualche opinione discordante<sup>75</sup> – e della stessa opinione pubblica è stata progressivamente in-

---

*gy in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 540. Sulla decisione *Hickman*, nella dottrina italiana, cfr. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 179.

<sup>71</sup> Parlano di vera e propria «rivoluzione», riferendosi alla disciplina del *discovery* contenuta nella riforma del 1938, SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, cit., 734 e MARCUS, *Introduction*, in SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, III ed., St. Paul, 2015, 5. In tema, cfr. anche STEMPEL, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 538 ss., spec. 540 s.

<sup>72</sup> MARCUS, «Looking Backward» to 1938, cit., 1708; nonché ID., *Discovery Containment Redux*, cit., 749. Già allora, comunque, parte della dottrina sollevava perplessità sull'effettiva utilità di una «widespread discovery», soprattutto in considerazione del fatto che alcuni meccanismi di *discovery*, pur essendo molto costosi, permettono di acquisire poche informazioni significative e che, in ogni caso, «all the devices are susceptible of abuse, particularly by a wealthy litigant who may engage a less affluent opponent in so much discovery that it becomes cheaper to concede the case» (COUND, FRIEDENTHAL, MILLER, *Pleading, Joinder, and Discovery. Cases and Materials*, St. Paul, 1968, 394).

<sup>73</sup> In proposito, si veda ancora MARCUS, *Discovery Containment Redux*, cit., 752. Cfr. anche STEMPEL, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 542, il quale parla di vera e propria «counterrevolution on discovery».

<sup>74</sup> In argomento, senza pretese di completezza, cfr. CAVANAGH, *The August 1, 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: A Critical Evaluation and a Proposal for More Effective Discovery through Local Rules*, in 30 *Vill. L. Rev.*, 1985, 767, MARCUS, *Shoes that did not drop*, in 46 *U. Mich. J.L. Reform.*, 2012, 638 ss., STEMPEL, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 545, ERICKSON, *The Pound Conference Recommendations: A Blueprint for the Judicial System in the Twenty-First Century*, in 76 *F.R.D.*, 1977, 277 e MARCUS, *Discovery Containment Redux*, cit., 753.

<sup>75</sup> Si veda, in particolare, MULLENIX, *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences of Unfounded Rulemaking*, cit., 1396, secondo la quale

centrata sull'ormai dilagante fenomeno dell'«abuse of discovery»<sup>76</sup>.

Non è necessario soffermarsi nel dettaglio su tale evoluzione normativa, anche perché non è di stretta attinenza con il tema di cui ci dobbiamo occupare. In effetti, si può certamente ritenere che l'evoluzione della tecnica di documentazione abbia inciso (aggravandoli) sui problemi connessi al *discovery* ma non ne sia stata certo l'unica causa. In proposito, è stato autorevolmente affermato che «the broad ambit of discovery of documents in American procedure is not a direct artifact of the Federal Rules of Civil Procedure as promulgated in 1938»; e ciò in quanto, «modern American document discovery is a consequence of a complicated evolution that drew force from several important legal developments not directly associated with discovery as such»<sup>77</sup>.

Alcune delle riforme avvenute nel corso degli anni, infatti, trovano la propria origine in ragioni di ordine più generale, connesse alla *philosophy* di fondo dello stesso strumento processuale. Si pensi, ad esempio, alle modifiche alla *Rule 26* apportate dagli *Amendments* del 1980 e 1983. L'obbligatorietà della *pretrial conference* e l'introduzione del c.d. *discovery plan* si inserivano coerentemente nella svolta manageriale del processo civile avvenuta fra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta<sup>78</sup>.

Anche l'attribuzione in capo al difensore della responsabilità circa l'uso appropriato e giustificato della richiesta di *discovery*, connessa alla sottoscrizione della richiesta medesima, è analoga alla più generale modifica della *Rule 11 (b)* ai sensi della quale con la sottoscrizione del *pleading* il difensore dichiara (e quindi ne assume la relativa responsabilità) che l'atto non è presentato per «any

---

«there is no strong evidence documenting the alleged massive discovery abuse in the federal courts». In tema, cfr. anche RESNIK, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, cit., 520.

<sup>76</sup> Sono numerosi i saggi e i contributi che in quel periodo vengono dedicati al tema; a titolo puramente esemplificativo, anche per ulteriori riferimenti, cfr. ROSENBERG, KING, *Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough*, in 61 *B.Y.U. L. Rev.*, 1981, 579, SETEAR, *The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse*, in 69 *B.U. L. Rev.*, 1989, 569, nonché, proprio a commento di questo articolo, EASTERBROOK, *Discovery as Abuse*, in 69 *B.U. L. Rev.*, 1989, 635. Nella dottrina italiana, in tema, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 181 ss., ID., *Introduzione della causa e strategie della difesa*, I, *Il modello statunitense*, Padova, 1991, 124 ss. e ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 803.

<sup>77</sup> HAZARD, *From Whom No Secrets are Hid*, cit., 1676. Di questo stesso avviso EASTERBROOK, *Discovery as Abuse*, cit., 647.

<sup>78</sup> Si vedano anche SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, cit., 148; STEMPEL, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 547 ss. Cfr. anche TEPLY, WHITTEN, *Civil Procedure*, Littleton, 1991, 580 e, soprattutto, nell'edizione successiva, TEPLY, WHITTEN, *Civil Procedure*, I ed., New York, 1994, 707 ss. (va solo precisato che formalmente quest'ultima risulta essere una prima edizione, in quanto edita da una diversa casa editrice; nei fatti, però, come ricordato dagli stessi autori a pagina iv della prefazione, si tratta di una «successor edition» del manuale pubblicato nel 1991, edizione ovviamente aggiornata ed estesa).

improper use» e che le difese svolte nell'atto siano fondate su «non frivolous argument»<sup>79</sup>.

In questo mutato quadro culturale e sociale sono progressivamente sopravvenuti ulteriori mutamenti determinati dall'evoluzione delle tecniche di documentazione; in particolare, i primi effetti di tale cambiamento si sono percepiti a partire dalla fine degli anni Settanta con la rapida diffusione dei fotocopiatori e, poi, soprattutto nel corso degli anni Ottanta, con la sempre più capillare diffusione dei *personal computer*. Del resto, come autorevolmente rilevato, se i testimoni relativi a un singolo fatto sono sempre relativamente pochi, al contrario, «the clues that can be shifted from a set of documents cannot be predicted without seeing the set of documents, and there is no inherent limit on the number of documents in a set»<sup>80</sup>.

È a queste nuove tecnologie che si deve il primo significativo impatto sul *discovery*. Sino ad allora, infatti, la documentazione, non potendo essere copiata, veniva prodotta in originale e visionata manualmente dalle parti. Da ciò discendeva anche la sostanziale limitatezza della *review* documentale. La possibilità di copiare i documenti e, soprattutto, la facilità di crearne di nuovi consentita dai programmi di videoscrittura ha determinato un considerevole aumento della mole di documenti oggetto di *discovery* incidendo profondamente sulle modalità di svolgimento del *pretrial*<sup>81</sup>.

Questo fenomeno ha aggravato la situazione precedente, ma non ne ha modificato qualitativamente i problemi. Invero, il rischio di *fishing expeditions* era già ben presente al momento dell'emanazione delle *Federal Rules* del 1938, anche se si trattava di un rischio differente rispetto a quello poi effettivamente materializzatosi<sup>82</sup>. Infatti, l'aumento quantitativo dei documenti da analizzare ha provocato un aggravio dei costi necessari per la loro analisi (con delicati problemi connessi all'eventuale utilizzo da parte delle *law firms* di società esterne per tali attività) e il rischio di abusi ad opera della parte onerata della produzione (la quale, proprio per aggravare il lavoro della controparte, era invogliata a produrre quantitativi supplementari di documenti, pur conoscendone l'irrilevanza ai fini della causa)<sup>83</sup>. La specifica previsione del principio di *proportionality* nella *Rule*

<sup>79</sup> MARCUS, *Introduction*, cit., 7 s. e ID., *Shoes that did not drop*, cit., 638 ss. Nella dottrina italiana, DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, cit., p. 529 ss. e ID., *Introduzione della causa e strategie della difesa*, I, *Il modello statunitense*, cit., p. 83 ss.

<sup>80</sup> HAZARD, *From Whom No Secrets are Hid*, cit., 1675.

<sup>81</sup> In proposito, anche per ulteriori riferimenti, BARON, *Introduction*, cit., xvii e MARCUS, *Introduction*, cit., 7 s.

<sup>82</sup> HAZARD, *From Whom No Secrets are Hid*, cit., 1683, il quale chiaramente afferma che «the drafters of the 1938 Rules, thus, certainly did not foresee the extent of modern document discovery».

<sup>83</sup> Ovviamente, il problema dei costi è aggravato anche dall'*American Rule*, ossia dal fatto che i costi stessi, salvo in casi eccezionali, rimangono sempre a carico delle parti; sull'incidenza di ciò

26 e il suo progressivo rafforzamento si inseriscono linearmente in questa tendenza evolutiva<sup>84</sup>.

La vera svolta, tuttavia, è avvenuta dapprima con la diffusione della posta elettronica e di *Internet*, a partire dagli anni Novanta, e poi con il crescente utilizzo di cellulari, dispositivi di comunicazione mobile e di servizi di *cloud computing*. Il mutamento non è solo quantitativo. Come si è già segnalato nel primo paragrafo, infatti, non si tratta solo di un aumento esponenziale di dati, ma anche di dati che possono (e forse devono) essere trattati con modalità nuove e diverse. Questo fenomeno è ormai definito comunemente *e-discovery* o *electronic discovery*<sup>85</sup>.

Più specificamente, con tale espressione si fa riferimento alla *discovery* di informazioni conservate in modo digitale o, secondo l'acronimo correntemente utilizzato, alle ESI (*Electronically Stored Information*). È bene rimarcare il carattere generico e in qualche modo riassuntivo di tale definizione; essa, infatti, si riferisce a qualsiasi tipologia di informazione conservata digitalmente, a prescindere dal mezzo tecnologico su cui è conservata, come ora espressamente disciplinato dalla *Rule 42 (a)(1)(A)*.

Il prossimo paragrafo sarà più specificamente dedicato alle implicazioni tecniche, processuali e deontologiche sollevate dall'avvento delle nuove tecnologie. Sin da ora, però, appare ragionevole rilevare come l'avvenuto dell'*e-discovery* abbia determinato (e stia tuttora determinando) un mutamento epocale nel già molto acceso dibattito statunitense<sup>86</sup>. Come autorevolmente sottolineato, ciò è avvenuto sostanzialmente solo di recente; infatti, è stato giustamente messo in luce che «there is good reason to conclude that digital technology has revolutionized discovery in the last two decades or so»<sup>87</sup>.

Non si tratta, e lo si ribadisce, di una mera evoluzione di problemi già emersi

---

sul *discovery* cfr. BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 551.

<sup>84</sup> SINGER, *Proportionality's Cultural Foundation*, in 52 *Santa Clara L. Rev.*, 2012, 145. Per una specifica illustrazione delle principali evoluzioni del criterio di *proportionality*, cfr. LOSEY, *Predictive Coding and the Proportionality Doctrine: A Marriage Made in Big Data*, in 26 *Regent U. L. Rev.*, 2013, 53 n. 189. In una prospettiva comparata, di raffronto con l'omologo principio contenuto nelle CPR inglesi, cfr. ANSANELLI, *Prove e strumenti conoscitivi del giudice*, in DONDI, ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, Milano, 2015, 218 ss.

<sup>85</sup> La letteratura sul punto è ormai vastissima. Per limitarsi esclusivamente ad alcuni riferimenti di base, cui si rimanda per gli opportuni ulteriori approfondimenti bibliografici, cfr. MARCUS, *E-Discovery Beyond the Federal Rules*, in 37 *U. Balt. L. Rev.*, 2007, 329, ID., *The Impact of Computers on the Legal Profession: Evolution or Revolution?*, in 102 *Nw. U. L. Rev.*, 2008, 1827, ID., *Only Yesterday: Reflections on Rulemaking Responses to E-Discovery*, in 73 *Fordham L. Rev.*, 2004, 1, ID., *E-Discovery and Beyond: Toward Brave New World or 1984?*, in 25 *Rev. Litig.*, 2006, 633, SCHEINDLIN, RABKIN, *Electronic Discovery in Federal Civil Litigation: Is Rule 34 Up to the Task?*, in 41 *B.C.L. Rev.*, 2000, 327.

<sup>86</sup> BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 563 ss.

<sup>87</sup> MARCUS, "Looking Backward" to 1938, cit., 1724.

in precedenza, ma dell'emersione di criticità tali da determinare una configurazione del tutto nuova e qualitativamente diversa del *discovery* stesso e, in generale, del procedimento di accertamento giudiziale dei fatti. Questo cambiamento di paradigma non è apparso subito così evidente. Ancora nel 1995, infatti, l'*Advisory Committee* si preparava a predisporre un nuovo pacchetto di modifiche per controllare il *discovery* in linea con gli *amendments* degli anni precedenti. Furono gli avvocati, tuttavia, a rilevare che in quel modo si stava combattendo «the last war» ovvero, traducendo liberamente, una battaglia di retroguardia, senza comprendere che il futuro riguardava la produzione di documenti elettronici<sup>88</sup>.

#### 4.3. Segue: *aspetti del dibattito su costi, efficienze e nuovo ruolo dell'avvocatura*

Nel paragrafo precedente si è ritenuto di poter segnalare il mutamento qualitativo determinato dalla rivoluzione digitale sul *discovery* nel processo federale statunitense. Tale affermazione, tuttavia, deve essere approfondita e giustificata.

Prima di tutto, però, occorre partire dalle inefficienze del *discovery* emerse prima della rivoluzione digitale. In estrema sintesi, si può affermare che i problemi si riducessero sostanzialmente a due; o meglio, a un solo problema (e precisamente il rischio di un uso abusivo di tale meccanismo processuale) visto da lati diversi, rispettivamente quello dell'attore e quello del convenuto. E ciò con conseguenze ed effetti analoghi in entrambi i casi, ossia allungamento dei tempi del processo e forte incremento dei costi di difesa.

In realtà, volendo usare un'espressione un po' impropria, il *discovery*, così come configurato nella riforma del 1938, nasce con una sorta di peccato originale. Già allora era noto il rischio implicito nella scelta di un meccanismo di *discovery* esteso e praticamente senza limiti. Cerchiamo di spiegarci meglio. La struttura semplificata dei *pleading* e la conseguente (e inevitabile) estensione della successiva fase di *discovery* implicano il rischio (per usare l'espressione tipicamente utilizzata dalla dottrina statunitense) delle c.d. *fishing expeditions*. Volendo tradurre liberamente, un *discovery* senza limiti ne favorisce (o, quantomeno, ne permette) l'uso a fini meramente esplorativi. In effetti, come messo approfonditamente in luce dalla dottrina statunitense, tale rischio era pienamente noto ai *drafters* delle *Rules*, i quali, in modo altrettanto consapevole, hanno deciso di accettarlo<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> L'espressione è riportata da BYRON, *Computer Forensics Sleuths Help Find Fraud*, in *Wall St. J.*, 18 marzo 2003, B1, citato da MARCUS, *Introduction*, cit., 9; in proposito, si veda anche ID., *Shoes that Did not Drop*, in 46 *U. Mich. J.L. Reform*, 2012, 644.

<sup>89</sup> In proposito si veda la dettagliata ricostruzione storica compiuta da SUBRIN, *Fishing Expedi-*

Già prima dell'emanazione delle *Rules*, del resto, la più autorevole dottrina di allora sottolineava l'erroneità dell'atteggiamento di sfavore nei confronti delle *fishing expeditions*, tanto da bollarne la diffusa ostilità come un semplice e immotivato «taboo»<sup>90</sup>. In uno dei principali e più influenti studi di allora, infatti, il sistema vigente veniva criticato in primo luogo per l'inidoneità dei *pleading* (di cui pure si richiedeva la completezza in termini di allegazioni fattuali) nel costituire «a sufficient and satisfactory basis of preparation for trial»<sup>91</sup>. Una seconda critica veniva individuata nella mancata valorizzazione, da parte di molte leggi statali (allora mancavano norme processuali valide ovunque a livello federale), del *discovery*, come invece auspicato dai *draftsmen* del codice di procedura civile dello Stato di New York del 1848<sup>92</sup>.

In effetti, prima della riforma del 1938, il *discovery* era limitato ai processi in *equity* e vincolato alla formulazione di apposite richieste-*bill* e la stessa utilizzabilità nei procedimenti in *equity* era da più parti messa in dubbio<sup>93</sup>. A tale limitazione corrispondeva anche una decisa minor attenzione da parte della dottrina; a titolo esemplificativo è sufficiente considerare le principali enciclopedie giuridiche di allora per rendersi conto del limitato interesse suscitato dal *discovery*<sup>94</sup>. Anche nei principali trattati sui *pleading*, si affermava in modo esplicito che il *discovery* era ormai «abolished» e che «the pleading can no longer be

---

*tions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, cit., 695 ss. e RE-SNIK, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, cit., 524 (con particolare riferimento anche alla consapevolezza del ruolo, tutt'altro che collaborativo, dell'avvocatura anche di allora).

<sup>90</sup> SUNDERLAND, *Foreword*, in RAGLAND, JR., *Discovery Before Trial*, cit., iii.

<sup>91</sup> RAGLAND, Jr., *Discovery Before Trial*, cit., 7.

<sup>92</sup> Cfr. ancora RAGLAND, Jr., *Discovery Before Trial*, cit., 17. Si veda, in argomento, anche SUBRIN, *David Dudley Field and the Field Code. A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision*, in 6 *Law & Hist. Rev.*, 1988, 311 ss. e ID., *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, cit., 694 ss. Nella dottrina italiana, sulle origini della codificazione processuale statunitense, cfr. SILVESTRI, *Diritto americano e codificazione del processo civile: il contributo di David Dudley Field*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 439.

<sup>93</sup> In argomento, cfr. SHIPMAN, *Handbook on the Law of Equity Pleading*, St. Paul, 1897, 287 ss., ove si afferma, proprio con riferimento all'ammissibilità del *bill of discovery*, che «it is doubtful whether it can be regarded as available at the present time in this country, except in a few states, where the question has been affirmatively decided» e che, in ogni caso, con specifico riferimento alla giurisdizione federale, «the federal courts have held, in a majority of cases, that a pure bill of discovery will no longer lie». Nella dottrina italiana, sulle origini del *discovery*, cfr. diffusamente, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 135 ss.

<sup>94</sup> Si vedano, in particolare, MARTIN, voce *Discovery, Production, and Inspection*, in MCKINNEY (a cura di), *Encyclopedia of Pleading and Practice. Under the Codes and Practice Acts, at Common Law, in Equity and in Criminal Cases*, Long Island, vol. VI, 1896, 728 ss. e WILLIAMS, voce *Discovery*, in WILL (a cura di), *Standard Encyclopedia of Procedure*, Los Angeles, vol. VII, 1913, 498 ss. Frequentemente, poi, il *discovery* non era neppure menzionato nei trattati sui *pleading*; cfr., ad esempio, ESTEE, BOONE, *Estee's Pleadings, Practice, and Forms*, IV ed., San Francisco, vol. I, 1893.

used as a method of examination or to obtain evidence in aid of the relief sought»<sup>95</sup>.

L'atteggiamento di favore verso un uso ampio ed esteso del *discovery*, come già accennato nel paragrafo precedente, era ampiamente diffuso e condiviso, nella dottrina e nel mondo forense e giudiziale. Come riportato dallo stesso Ragland, infatti, «Judges and lawyers in the states which allow a full and mutual discovery before trial say that it has a salutary effect upon the whole tenor of the litigious process»<sup>96</sup>.

Proprio in considerazione del «salutary effect» del *discovery*, i redattori delle *Federal Rules* del 1938 scelsero in modo pienamente consapevole di optare per un sistema imperniato su un *discovery* il più ampio possibile, così generalizzando l'istituto dei c.d. *bill of discovery* tipico dei processi in *equity* e adattandolo alla nuova struttura del processo federale<sup>97</sup>.

In realtà, non si è trattato della semplice estensione di tale istituto, ma di una sua effettiva riconfigurazione in coerenza con i più autorevoli indirizzi di dottrinali di allora; in proposito, si è giustamente sottolineato che «la visione degli scopi del discovery presente al legislatore del 1938 è largamente originale»<sup>98</sup>. Come chiaramente descritto da Clark, il *discovery* rappresentava nella logica della riforma «a necessary supplement to the system of simplified pleading supported herein»<sup>99</sup>. A tale precisa scelta di politica legislativa si accompagnava inevitabilmente l'accettazione del rischio di *fishing expeditions*<sup>100</sup>.

Come si accennava in precedenza, tale atteggiamento di favore verso il *discovery* è progressivamente diminuito; e si può dire che tale mutamento sia dipeso

<sup>95</sup> STEPHEN, ANDREWS, *Principles of Pleading in Civil Actions. Under the Common-Law System and as Modified and Applied Under Modern Codes and Practice Acts*, Chicago, 1901, 13.

<sup>96</sup> Cfr. RAGLAND, Jr., *Discovery Before Trial*, cit., 251. In tema, cfr. STEMPEL, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 534 s.

<sup>97</sup> Sull'origine nei processi in *equity* del *discovery* e, comunque, sulle differenze fra i *bill of discovery* in tale ambito («not a truly pretrial device as we use that term today») e il *discovery* nelle *Federal Rules* del 1938, si veda FLEMING JAMES, *Civil Procedure*, 1965, 179 ss. Sui *bill of discovery* nel processo in *equity* statunitense, si veda, in particolare, SIMKINS, *A Federal Equity Suit*, Rochester, 1911, 286, secondo il quale la loro origine si rinviene nel «want of power in the common-law courts to compel a discovery of the truth, either through the oath of the party to the suit, or by any process of its own to compel the production of written evidence in the possession of an adverse party», quale indubitabile espressione degli «original and inherent powers of a court of chancery and one that may be exercised by any party having an equitable right or equitable remedy».

<sup>98</sup> DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 160.

<sup>99</sup> CLARK, *Handbook of the Law of Code Pleading*, II ed., St. Paul, 1947, 567.

<sup>100</sup> In argomento, per una specifica disamina del dibattito in tema di *fishing expeditions* negli anni immediatamente successive all'introduzione delle *Federal Rules of Civil Procedure*, si veda la voce *Depositions and Discovery*, in *Cyclopedia of Federal Procedure*, II ed., Chicago, vol. VI, 1943, 643 ss. (in cui si dà conto che il «sentiment against "fishing expeditions" will continue well-founded») e 856 ss.

anche dalla contestuale evoluzione delle tecniche di documentazione, evoluzione che il legislatore del 1938 di certo non poteva prevedere. In proposito è stato giustamente rilevato che «the drafters of the rules probably could not have anticipated [...] the impact of technology on litigation with the introduction of copier machines, faxes, and computers»<sup>101</sup>.

Naturalmente sarebbe semplicistico ricondurre all'evoluzione delle tecniche di documentazione tutti i problemi di quella che è stata definita «discovery explosion»<sup>102</sup>. Si può ritenere, infatti, che allo sviluppo di tale fenomeno abbiano contribuito altri fattori, quali l'emersione delle cause complesse e l'*adversariness* profondamente radicata nella cultura (non solo) giuridica nordamericana<sup>103</sup>.

In effetti, alla base della riforma del 1938 vi era la concezione di una fase di *pretrial* «self-regulating», ossia in grado di autorganizzarsi e, come già detto, di consentire il superamento della *sporting theory of justice*<sup>104</sup>. Si trattava, in sostanza, di un «attorney controlled, entrepreneurial model» funzionale al fine di «obtaining information relevant to litigation»<sup>105</sup>.

Lo scopo del *discovery*, nelle intenzioni del legislatore del 1938, era quello di consentire alle parti di acquisire «all the unprivileged evidentiary data that might prove useful in resolving a given dispute», nella convinzione che questo avrebbe impedito l'utilizzazione di tattiche difensive dilatorie nella fase di *pre-trial*<sup>106</sup>. In proposito, si è giustamente osservato come la versione originaria della rubrica della Rule 26 si riferisse esclusivamente ai «limits» del *discovery*, proprio a segnalare il carattere residuale ed eccezionale<sup>107</sup>.

Tuttavia, i fatti hanno sostanzialmente smentito le aspettative del legislatore,

<sup>101</sup> SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, cit., 144.

<sup>102</sup> SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, cit., 144. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 189 ss.

<sup>103</sup> Sul punto si tornerà meglio fra breve. Sin da ora, comunque, sono possibili due riferimenti per così dire di base e imprescindibili: FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Penn. L. Rev.*, 1975, 1031 e BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.*, 1978, 1296.

<sup>104</sup> BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, cit., 1299. La dottrina statunitense è concorde nel considerare la *philosophy* per così dire “liberale” alla base della concezione del *discovery* da parte dei *drafters* delle *Rules*; cfr. a titolo esemplificativo, anche per ulteriori riferimenti, WILLGING, STIENSTRA, SHAPARD, *An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments*, in 39 *B.C. L. Rev.*, 1998, 527, REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, in 99 *Iowa L. Rev.*, 2014, 106 e BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 556. In tema, nella dottrina italiana, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 189 ss. e FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, 143.

<sup>105</sup> SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, cit., 130.

<sup>106</sup> In questi termini BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, cit., 1298.

<sup>107</sup> FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., 152.

nonostante i favori e il successo incontrati nei primi anni di applicazione. Infatti, a partire dagli anni Settanta – che, come detto, hanno rappresentato per così dire l'apice della concezione originaria di *discovery* – la più accorta dottrina di allora mette in luce la persistenza di pratiche forense manifestamente contrari agli scopi del *discovery*. La prima e forse anche la più nota presa di posizione a questo riguardo si deve al giudice Melvin E. Frankel, il quale rileva chiaramente che, nonostante le intenzioni del legislatore del 1938, «the “sporting theory” continues to infuse much of the business of our trial courts»<sup>108</sup>.

Anche una parte autorevole della dottrina afferma senza mezzi termini che l'assunto posto a fondamento della riforma del 1938 (ossia l'idoneità di un ampio pretrial a evitare indebite strategie difensive) «was not well made» e che «rather than discourage “the sporting or game theory of justice” discovery has expanded both the scope and the complexity of the sport»<sup>109</sup>.

In effetti, progressivamente emerge la consapevolezza di una sempre più frequente tendenza all'«abuse of discovery», consistente nello «zealous overuse of permitted discovery procedures»<sup>110</sup>. Alla forma di abuso più tipica e per così dire *entrenched* nel concetto di *broad discovery*, ossia quella delle *fishing expeditions*, le parti convenute rispondono con una differente forma di abuso, consentita proprio dall'evoluzione delle tecnologie di documentazione. Progressivamente, infatti, si diffonde la pratica di nascondere informazioni oppure al contrario di fornire documenti in eccesso così da paralizzare l'avversario<sup>111</sup>.

Strettamente connessa a queste forme di abuso è la progressiva emersione, a livello sociale prima ancora che giuridico, del fenomeno della complessità processuale, determinata dai «large, complicated cases»<sup>112</sup>. Dalle prime serie inda-

---

<sup>108</sup> FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, cit., 1033. L'importanza di questo contributo è chiaramente dimostrata dalle immediate reazioni avute nel dibattito dottrinale contemporaneo. In proposito, cfr. FREEDMAN, *Judge Frankel's Search for Truth*, in 123 *U. Pa. L. Rev.*, 1975, 1060 e UVILLER, *The Advocate, the Truth, and Judicial Hackles: A Reaction to Judge Frankel's Idea*, in 123 *U. Pa. L. Rev.*, 1975, 1067. Si veda, ancora recentemente, WALFISH, *Making Lawyers Responsible for the Truth: The Influence of Marvin Frankel's Proposal for Reforming the Adversary System*, in 35 *Seton Hall L. Rev.*, 2005, 613 ss.

<sup>109</sup> BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, cit., 1303.

<sup>110</sup> FRIEDENTHAL, *A Divided Supreme Court Adopts Discovery Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in 9 *Cal. L. Rev.*, 1981, 811.

<sup>111</sup> BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, cit., 1323; più recentemente, SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, cit., 130. Nella dottrina italiana, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 215 ss., spec. 224 ss.

<sup>112</sup> BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, in 1980 *Am. B. Found. Res. J.*, 1980, 869; cfr. nella dottrina italiana, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 189 ss. Per una critica analisi di tali indagini statistiche, cfr. RESNIK, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, cit., 520 ss., MULLENIX, *Dis-*

gini statistiche in materia giudiziaria, allora ancora all'inizio, emerge la presenza, nonostante l'unicità del contesto normativo, di «two very different systems of discovery», sistemi «distinguished by the size and complexity of the cases to which the rules are applied»<sup>113</sup>. Si può dire che, proprio in questo periodo, la prospettiva della complessità processuale venga acquisita nelle «common sense notions about discovery»<sup>114</sup>. Anzi da allora tale prospettiva rappresenta un tratto distintivo della generale evoluzione del processo federale statunitense<sup>115</sup>.

È proprio con riferimento al *discovery* – nel tentativo appunto di limitarne i possibili abusi – che si sviluppa la proposta, poi divenuta dominante nella dottrina statunitense, di rafforzare il ruolo di controllo del giudice nella fase di *pre-trial*. Già sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, infatti, la più avvertita dottrina suggerisce non tanto una limitazione dell'estensione del *discovery*, quanto soprattutto alcuni «substantial changes [...] in the environment in which it is conducted and in the extent and quality of judicial control over its processes»<sup>116</sup>. Non sembra casuale, del resto, che sia coeva alla consapevolezza

---

*covery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences of Unfounded Rulemaking*, in 46 *Stan. L. Rev.*, 1994, 1410 ss., ID., *The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel*, in 9 *B.C.L. Rev.*, 1998, 683. Sulla definizione di complessità processuale, nella dottrina italiana, cfr. DONDI, *Aspetti della complessità. Riscontri nella nozione di complessità processuale*, in ID. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, 3 e ID., *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 137. In prospettiva comparatistica cfr. i contributi editi in DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, *passim*.

<sup>113</sup> BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, cit., 869; cfr. anche GARTH, *Two Worlds of Civil Discovery: From Studies of Cost and Delay to the Markets in Legal Services and Legal Reform*, in 39 *B.C.L. Rev.*, 1998, 597, spec. 599 ss. In tema, in senso critico rispetto alle conclusioni raggiunte dalle indagini statistiche cfr. DUDLEY, *Discovery Abuse Revisited: Some Specific Proposals to Amend the Federal Rules of Civil Procedure*, in 26 *U.S.F. L. Rev.*, 1992, 193 ss., spec. 197, ove afferma che «Even in small cases, however, courts no longer can afford the parties freedom to engage in discovery until they deem the case ready for trial». Per una specifica analisi del dibattito dottrinale di allora, cfr., nella dottrina italiana, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 189 ss.

<sup>114</sup> MULLENIX, *The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel*, in 9 *B.C.L. Rev.*, 683.

<sup>115</sup> In questa prospettiva, si rimanda a SELIGMAN, *Complex Litigation at the Millennium: the Nontrial Adversarial Model*, in 64 *Law & Contemp. Prob.*, 2001, 97 ss., MULLENIX, *Complex Litigation Reform and Article III Jurisdiction*, in 59 *Fordham L. Rev.*, 1990, 169 ss. MARCUS, SHERMAN, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul, Minn. 1998, *passim*, TIDMARSH, TRANSGRUD, *Modern Complex Litigation*, New York, 2010, *passim*. La pervasività di questo impatto è tale da determinare l'elaborazione di un vero e proprio *Manual for Complex Litigation* (progressivamente aggiornato) per la gestione di tali controversie; in proposito SILBERMAN, *Bringing Case Management to Complex Litigation – The Manual for Complex Litigation (Third): A Tribute to Judge William W. Schwarzer*, in 28 *U.C. Davis L. Rev.*, 1995, 1109.

<sup>116</sup> BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, cit., 1348.

dei problemi in tema di *discovery* la più generale riconfigurazione in senso manageriale del ruolo del giudice<sup>117</sup>; il tutto all'interno di un complessivo ripensamento del fondamento *adversarial* del processo statunitense<sup>118</sup>.

Tuttavia, il legislatore non pare comprendere con la dovuta consapevolezza le indicazioni emerse in dottrina e in particolare la prospettiva della complessità; la dottrina di allora, infatti, si interroga sul perché «the rule reformers again are considering universal discovery reform when there continues to be no universal discovery problem»<sup>119</sup>. In effetti, le riforme del 1980 e del 1983, pur recependo alcuni spunti del dibattito dottrinale (con particolare riferimento alla valorizzazione del ruolo del giudice nella fase di *pretrial*) non distinguono fra *small* e *big cases*. Si può dire che queste riforme siano soprattutto connotate da un *sanctioning approach*, ossia dalla tendenza a valorizzare i poteri coercitivi e sanzionatori del giudice nei confronti delle parti proprio al fine di evitare abusi<sup>120</sup>.

Il cambiamento di indirizzo, però, non è completo e non dà gli esiti sperati<sup>121</sup>. Tra gli *Amendments* dei primi anni Ottanta e quelli del 1993 il sentimento

<sup>117</sup> Emblematica di questa definizione è l'elaborazione (peraltro parzialmente critica) di RESNIK, *Managerial Judges*, cit., 374 ss. Non possono essere dimenticati, però, altri fondamentali saggi: SCHWARZER, *Managing Civil Litigation: The Trial Judge's Role*, in 61 *Judicature*, 1978, 400, ELIOTT, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in 53 *U. Chi. L. Rev.* 1986, 306 ss., 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, ID., *A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution*, in 37 *Rutgers L. Rev.*, 1985, 253, PETERSON, *Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging*, 29 *U.C. Davis L. Rev.*, 1995, 41 ss., THORNBURG, *The Managerial Judge Goes to the Trial*, in 44 *U. Rich. L. Rev.*, 2010, 1261 ss. Nella dottrina italiana, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 139 ss., ID., *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 161. In prospettiva comparata, DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, *passim*, LINDBOLM, WATSON, *Complex Litigation – a Comparative Perspective*, in *CJQ*, 1993, 33 ss.

<sup>118</sup> Risale proprio alla metà degli anni Ottanta, infatti, il noto saggio di LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in 52 *U. Chi. L. Rev.*, 1985, 823; in tema, cfr. anche RESNIK, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, cit., 555 ss. Nella dottrina italiana, proprio a proposito di questo saggio, cfr. SILVESTRI, «*Adversary*» e «*inquisitorial system*» nella prospettiva di «*common law*»: un problema aperto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 257.

<sup>119</sup> MULLENIX, *The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel*, cit., 1998, 685.

<sup>120</sup> In questo senso, nella dottrina italiana, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 233 ss., ID., *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, cit., 167 e FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit. 153. Nella dottrina statunitense di allora, cfr. 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.

<sup>121</sup> FRANK, *The Rules of Civil Procedure – Agenda for Reform*, in 137 *U. Pa. L. Rev.*, 1989, 1891 e SINGER, *Proportionality's Cultural Foundation*, cit., 180. In senso particolarmente critico, DUDLEY, *Discovery Abuse Revisited: Some Specific Proposals to Amend the Federal Rules of Civil Proce-*

«against discovery», se possibile, aumenta<sup>122</sup>. In effetti si può dire che proprio la riforma del 1993 sia incentrata sul *discovery*, come dimostrano anche l'inteso dibattito che l'ha preceduta, il travagliato iter di approvazione e la non celata attività di *lobbying* che ne ha accompagnato la redazione<sup>123</sup>. Del resto, sono proprio le riforme del 1993 ad aver provocato «revolutionary changes in federal discovery»<sup>124</sup>.

In realtà anche con la riforma del 1993 la valorizzazione del ruolo del giudice non è piena, soprattutto in considerazione del carattere non obbligatorio della *discovery conference*, ossia dell'udienza specificamente finalizzata alla gestione e alla organizzazione del *discovery*. A questo riguardo il legislatore federale, oltre a non prendere in considerazione il problema della complessità processuale, prevede un meccanismo di *opt-out*, lasciando alla discrezionalità delle singole corti la scelta di avvalersi oppure no dei nuovi meccanismi di *discovery*<sup>125</sup>.

La dottrina di allora mette subito in evidenza le lacune strutturali della riforma (come la previsione di una *automatic disclosure* per determinate informazioni, a prescindere dalla specifica tipologia della controversia) e gli effetti differenziazione processuale fra distretti da essa determinati (in una sorta di «balca-

---

*disclosure*, cit., 201, il quale, oltre a ritenere rilevante l'abuso di *discovery* anche negli *small claims*, sottolinea l'insufficienza dell'approccio manageriale, ritenuto inadeguato quale cura effettiva e sistematica del problema.

<sup>122</sup> In argomento, si veda soprattutto, RESNIK, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, cit., 526 ss. Cfr., inoltre, EASTERBROOK, *Discovery as Abuse*, cit., 635, HAZARD, Jr., *Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*, in 137 U. Pa. L. Rev., 1989, 2237 e DUDLEY, *Discovery Abuse Revisited: Some Specific Proposals to Amend the Federal Rules of Civil Procedure*, cit., 204 ss. Per un'analisi statistica degli effetti degli *amendments* del 1993, cfr. WILLGING, STIENSTRA, SHAPARD, *An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments*, in 39 B.C.L. Rev., 1998, 525.

<sup>123</sup> Sulle riforme dei primi anni Ottanta, MARCUS, *Shoes that did not drop*, cit., 640 s., SHERMAN, KINNARD, *Federal Court Discovery in the 80's - Making the Rules Work*, in 95 F.R.D., 1983, 270 ss.; JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, Boston-Toronto, 1985, 265 ss. Sull'attività di *lobbying* cfr. STEMPER, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 539 ss. (ove si trova una complessiva ricognizione dei lavori che hanno portato agli *amendments* del 2000), spec. 636 ss. (ove, senza mezzi termini, l'autore afferma che la modifica alla Rule 26 (b)(1) è un vero e proprio "regalo" a specifici gruppi di interesse) e SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, cit., 149. Nella dottrina italiana, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 189 ss.

<sup>124</sup> TEPLY, WHITTEN, *Civil Procedure*, II ed., New York, 2000, iv (della prefazione). Sugli *amendments* del 1993 cfr. MARCUS, *Discovery Containment Redux*, in 39 B.C.L. Rev., 1998, 764 ss., DILLER, *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.; ASPEN, *Procedural Reform in United States Courts*, in C.J.Q., 1994, 107 ss. Nella dottrina italiana, DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., 803.

<sup>125</sup> Per una specifica illustrazione delle riforme del 1993 nella dottrina italiana, cfr. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., 803 ss. e FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit. 155 ss.

nizzazione» della procedura)<sup>126</sup>. Anzi, l'avversione al *discovery* raggiunge per così dire il proprio apice, tanto da essere persino additato come esempio del generale declino della società americana<sup>127</sup>.

Con gli *amendments* del 2000 si realizza finalmente il completamento di questa evoluzione in chiave manageriale del *discovery*<sup>128</sup>. L'eliminazione del meccanismo di *opt-out* e la conseguente obbligatorietà dell'*initial disclosure* e della *discovery conference* denotano chiaramente la scelta verso un meccanismo di *court managed discovery*<sup>129</sup>. Allo stesso tempo, l'inserimento del requisito della *good cause* fra i presupposti per il reciproco scambio delle informazioni obbligatorie sembra rappresentare un chiaro tentativo di limitare lo *scope* della *discovery*<sup>130</sup>, con il conseguente *side effect* di ridurre il carattere *broad* e *notice* dei *pleading*<sup>131</sup>. E, in effetti, così è poi avvenuto nel volgere di pochi anni<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> MULLENIX, *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences of Unfounded Rulemaking*, cit., 1443 s. e ID., *The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel*, cit., 689. Cfr. anche MARCUS, *Shoes that did not drop*, cit., 641, WAGNER, *Too Much, Too Costly, Too Soon? The Automatic Disclosure Amendments to Federal Rule of Civil Procedure 26*, in 29 *Tort & Insurance Law Journal*, 1994, 468 e DUDLEY, *Discovery Abuse Revisited: Some Specific Proposals to Amend the Federal Rules of Civil Procedure*, cit., 197 ss. Nella dottrina italiana FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit. 157 s.

<sup>127</sup> In questi termini, ad esempio, YABLON, *Stupid Lawyer Tricks: An Essay on Discovery Abuse*, in 96 *Colum. L. Rev.*, 1996, 1619, secondo il quale «discovery abuse is just a symptom of a general decline in values and coarsening of American society, a problem so severe that it can be cured only by bedtime stories from William». In tema, cfr. anche RESNIK, *Many Doors, Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, in 10 *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1995, 2111.

<sup>128</sup> Sulle proposte di riforma sviluppatesi alla fine degli anni Novanta, cfr. GARTH, *Two Worlds of Civil Discovery From Studies of Cost and Delay to the Markets in Legal Services and Legal Reform*, in 39 *B.C. L. Rev.*, 1998, 597, NIEMAYER, *Here We Go Again: Are the Federal Discovery Rules Really in Need of Amendment?*, in 39 *B.C. L. Rev.*, 1998, 517, STEMPPEL, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 529 ss., spec. 549 ss., THORNIBURG, *Giving the "Haves" a Little More: Considering the 1998 Discovery Proposals*, in 52 *SMU. L. Rev.*, 1999, 233 e MULLENIX, *The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel*, cit., 683. In una prospettiva comparata, HAZARD, Jr., *Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions*, in 73 *Notre Dame L. Rev.*, 1998, 1017.

<sup>129</sup> Nella dottrina italiana DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., 252 ss. e poi FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., 158 s.

<sup>130</sup> In tema, anche per una specifica disamina dei lavori preparatori, STEMPPEL, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, cit., 552 ss.

<sup>131</sup> DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, cit., 172 ss. Sull'intrinseco rapporto fra (*notice*) *pleading* e (*broad*) *discovery* e sulle inevitabili conseguenze della riforma della seconda sul primo cfr. già BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, cit., 1335.

<sup>132</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla notissima decisione *Twombly* del 2007 (poi confermata e in parte precisata dalla successiva decisione *Iqbal* del 2009), con cui la Corte Suprema è pervenuta a superare i parametri enunciati nel caso *Gibson* contestandoli sotto il profilo della loro adeguatezza alle esigenze funzionali dell'odierno contenzioso e di fatto riconfigurando l'atto introduttivo del processo federale statunitense in termini di *fact pleading*, quantomeno per le controversie complesse; in

Nonostante gli interventi riformatori, si può affermare che anche all'inizio del nuovo millennio il problema dell'abuso del *discovery* rappresenti una delle eredità lasciate dal vecchio millennio a quello nuovo<sup>133</sup>. In effetti, nonostante alcune proposte dottrinali nel senso di una eliminazione del carattere *adversary* della fase di *discovery*, si può riscontrare la permanenza di quella che è stata acutamente definita «American attitude toward discovery»<sup>134</sup>.

In realtà, nonostante questa apparente linea di continuità, sembra comunque possibile segnalare un punto di rottura proprio nel periodo a cavallo dei due millenni<sup>135</sup>. In effetti, è stato autorevolmente sottolineato come la stessa disciplina originaria del *discovery* denotasse la «persistent ambivalence» dell'intero sistema, visto che già nel 1938 erano comunque previste delle limitazioni alla sua ampiezza<sup>136</sup>.

Tuttavia, i problemi del *discovery* nel nuovo millennio paiono differenziarsi nettamente rispetto a quelli propri dell'epoca di emanazione delle *Rules* e dei primi decenni della loro applicazione. Si può dire che la ragione di questa modificazione risieda proprio nell'evoluzione delle tecniche di documentazione<sup>137</sup>. In effetti, se nel mondo analogico la mole dei documenti cartacei poneva essenzialmente un problema di abuso, nel mondo digitale, invece, l'aumento esponenziale dei documenti informatici pone prima di tutto un problema di costi<sup>138</sup>. Ini-

---

tema, nella dottrina italiana, DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, cit., 532 e 536, nonché ID., *Riforma degli atti introduttivi – Il processo statunitense e il processo italiano*, cit., 434 ss. In una amplissima dottrina statunitense sul punto, all'interno di quella che è stata definita come vera e propria *war of pleading*, BONE, *Twombly, Pleading Rules, and the Regulation of Court Access*, in 94 *Iowa L. Rev.*, 2009, 873 ss., BURBANK, *Pleading and the Dilemmas of "General Rules"*, in *Wis. L. Rev.*, 2009, 535 ss., R. MILLER, *From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure*, in 60 *Duke L.J.*, 2010, 1 ss., STEINMAN, *The Pleading Problem*, in 62 *Stan. L. Rev.*, 2010, 1293 ss. Sulla configurazione originaria dei *pleading*, DONDI, *Introduzione della causa e strategie della difesa, I, Il modello statunitense*, cit., 73 ss.

<sup>133</sup> Per alcuni riferimenti della dottrina dei primi anni del nuovo millennio in tema di *discovery*, cfr. MOSKOWITZ, *Rediscovering Discovery: State Procedural Rules and the Level Playing Field*, in 54 *Rutgers L. Rev.*, 2002, 595.

<sup>134</sup> MARCUS, *E-Discovery Beyond the Federal Rules*, in 37 *U. Balt. L. Rev.*, 2008, 340. Ad esempio, a favore di una decisa modificazione della struttura conflittuale del *discovery* cfr. BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, cit., 1348. In tema cfr., nella dottrina italiana, FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit. 155 s.

<sup>135</sup> In proposito, si è sostenuto (così espressamente FACCIOLA, *A History of Electronic Discovery*, in DERMAN, INGRAFFIA BARTON, GRIMM (a cura di), *Managing E-Discovery and ESI. From Pre-Litigation Through Trial*, Chicago 2011, 13) che il dibattito in tema di *e-discovery* si sia sviluppato proprio poco prima del cambio di millennio in occasione della pubblicazione di un articolo poi divenuto molto noto: SCHEINDLIN, RABKIN, *Electronic Discovery in Federal Civil Litigation: Is Rule 34 Up To The Task?*, in 41 *B.C. L. Rev.*, 2000, 327.

<sup>136</sup> SUBRIN, WOO, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, cit., 134.

<sup>137</sup> Sulla molteplicità delle ragioni che hanno portato all'esplosione del *discovery* nella seconda metà del Novecento, cfr. RESNIK, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, cit., 526.

<sup>138</sup> REDISH, *Electronic Discovery and the Litigation Matrix*, in 51 *Duke L.J.*, 2001, 564 ss.

zialmente l'avvento delle tecnologie informatiche pareva rendere più economica e semplice l'esibizione della documentazione rispetto al cartaceo. Quasi subito, però, fu chiaro che l'effetto era esattamente opposto e che, quindi, «the electronic discovery involved issues not presented by paper discovery»<sup>139</sup>.

L'incremento dei costi e la necessità di rivolgersi a tecnici informatici nella gestione e nella conservazione dei documenti digitali sposta significativamente i termini del problema. Come causticamente osservato, «now it's the lawyers who find themselves surrounded by circling sharks. Once an e-discovery vendor identifies an attorney or law firm as a potential client, there's often no end to the sales pitches, product demos, complimentary mouse pads, and follow-up emails from perky PR reps»<sup>140</sup>.

#### 4.4. *Prova documentale, «documenti deboli» e riflessi nella disciplina processuale: technology assisted review e predictive coding nell'e-discovery statunitense*

Si può certamente concordare sul fatto che «electronic discovery came to the discovery rule amendment process late in the game»<sup>141</sup>. Nonostante questo, però, il tema ha prepotentemente assunto un ruolo dominante nel dibattito sulla funzionalità del *discovery*<sup>142</sup>.

In effetti, il tema dell'*e-discovery* incomincia ad essere affrontato nei dibattiti di riforma delle *Rule* solo nei primi progetti del 1998<sup>143</sup>. Tuttavia, nonostante qualche malcontento (soprattutto di parte della classe forense), tali progetti non vanno a buon fine; come si è visto in precedenza, infatti, gli *amendments* del 2000, pur occupandosi significativamente del *discovery*, non prendono in esame il problema dell'*e-discovery*<sup>144</sup>. E ciò nonostante fosse sempre più diffusa e con-

<sup>139</sup> MARCUS, *Introduction*, cit., 10.

<sup>140</sup> MCNICHOL, *The E-Vendors Cometh*, in *Cal. Law.*, feb. 2008, 37, reperibile anche in <https://www.dailyjournal.com/articles/274542-the-e-vendors-cometh>.

<sup>141</sup> MARCUS, *Introduction*, cit., 9.

<sup>142</sup> MARCUS, *E-Discovery Beyond the Federal Rules*, cit., 321. Nella dottrina italiana, su questo tema, cfr. PAILLI, *Produzione di documenti elettronici (e-discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 409 e BERNARDINI, *L'era del documento elettronico e la electronic discovery law negli Usa*, in *Comm. int.*, 2007, 17.

<sup>143</sup> Cfr., ad esempio, THORNBURG, *Giving the Haves a Little More: Considering the 1998 Discovery Proposals*, in 52 *SMU L. Rev.*, 1999, 254.

<sup>144</sup> MARCUS, *Introduction*, cit., 9 ss. e già ID., *Only Yesterday: Reflections on Rulemaking Responses to E-Discovery*, 1. Cfr. anche REDISH, *Electronic Discovery and the Litigation Matrix*, cit., 603, SCHEINDLIN, RABKIN, *Electronic Discovery In Federal Civil Litigation: Is Rule 34 Up To The Task?*, in 41 *B.C.L. Rev.*, 2000, 327 e BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 578 ss.

divisa nella prassi giudiziaria l'esigenza di certezza e di chiarezza. Una prima chiarificazione avviene a livello giurisprudenziale, con il noto caso *Zubulake* (vicenda giudiziaria composta di ben cinque sentenze, di cui quattro direttamente attinenti all'*e-discovery*), in cui vengono elaborati «forth definitive standard for e-discovery», poi adottati da diverse corti in numerose decisioni successive<sup>145</sup>.

Solo nel 2006, quando ormai era chiara la pervasiva incidenza della documentazione digitale sul processo, il legislatore federale decide di intervenire apportando le prime modifiche in tema. Si tratta di interventi certamente meno incisivi di quanto auspicato da parte della dottrina e sostanzialmente recettivi di prassi diffuse in sede giudiziale, improntati più ad esigenze di carattere pragmatico che a intenti di ridefinizione sistematica del fenomeno<sup>146</sup>.

Pur con questi limiti, le riforme dei primi anni del Duemila sono connotate, al di dell'espressa equiparazione delle ESI (*electronically stored information*) alla documentazione tradizionale<sup>147</sup>, da una regolamentazione molto blanda delle modalità di svolgimento dell'*e-discovery*. Come vedremo fra breve, proprio questa elasticità nella regolamentazione sembra essere il punto più interessante di sviluppo del tema. In ogni caso, le riforme del 2006 non riescono a invertire il trend di sfiducia nei confronti del *discovery*<sup>148</sup>.

Anche i più recenti *amendments* del 2015, pur estremamente significativi e rilevanti, non affrontano ancora compiutamente tutti i problemi sollevati dall'*e-discovery*. Tali modifiche, infatti, si pongono in evidente linea di continuità con le precedenti, semplicemente adeguandole alle nuove esigenze emerse proprio dalla dilagante digitalizzazione. Come si è già accennato, la crescente importanza delle ESI ha messo in risalto il problema dei costi nella loro gestione, conservazione e produzione<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 109. Su questa vicenda giudiziaria (su cui si tornerà ancora nel prosieguo) si rimanda, nella dottrina italiana, a PAILLI, *Produzione di documenti elettronici (e-discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, cit., 415 ss.

<sup>146</sup> In generale, sugli *amendments* del 2006, si rimanda a MARCUS, *E-Discovery Beyond the Federal Rules*, cit., 343, ROSENTHAL, *A few Thoughts on Electronic Discovery After December 1, 2006*, in 116 *Yale L.J.*, 2006, 167 e BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 581 ss. Nella dottrina italiana cfr. ANSANELLI, *Problemi di preparazione e trattazione delle controversie civili*, in DONDI, ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, 170 s.

<sup>147</sup> Come giustamente rilevato in dottrina «“E-discovery” is simply the discovery of information and data that is stored electronically, including email, instant messages, social networking content, and any other electronic information that may be stored on desktops, laptops, file servers, mainframes, smart phones, home computers, in the cloud, or on variety of other platforms (commonly referred to collectively as electronically stored information, or “ESI”)» (SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, III ed., St. Paul, 2015, 51).

<sup>148</sup> REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 110.

<sup>149</sup> REDISH, *Electronic Discovery and the Litigation Matrix*, cit., 578 ss., BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 570 ss.

Se la quantità di documenti cartacei poteva essere aumentata per finalità abusive, ora i documenti digitali nascono già troppo numerosi e ingestibili, anche a prescindere dalle effettive intenzioni delle parti<sup>150</sup>. Proprio il tema di costi e del loro bilanciamento fra le parti era al centro della vicenda giudiziaria forse più nota in tema di *e-discovery*, ossia il già citato caso *Zubulake v. UBS Warburg*<sup>151</sup>.

Questa sostanziale differenza ha reso decisamente meno efficace la strategia che, a partire dagli anni Ottanta, il legislatore aveva adottato per limitare gli abusi del *discovery*. In particolare, in relazione alle *ESI* il ruolo di controllo del giudice non è pare più sufficiente; gli *amendments* del 2015, infatti, finiscono per prevedere un criterio *ex ante* di delimitazione dell'ambito dell'*e-discovery*. Questo criterio viene rinvenuto in quello di *proportionality*, già presente all'interno della Rule 26, ma elevato dall'ultima riforma a vero e proprio criterio direttivo di tutta la fase di *discovery*<sup>152</sup>.

Particolarmente significativa è anche la modifica della Rule 37 (e); con tale intervento il legislatore federale ha inteso ovviare alle lacune e ai problemi applicativi sollevati dalla precedente disciplina in tema di sanzioni in caso di «failure to preserve electronically stored information», distinguendo fra perdita e distruzione volontaria, prevenendo una più dettagliata disciplina delle sanzioni e individuando una serie di specifici criteri applicativi comunque improntati al principio di proporzionalità<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. ancora BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 572 s.

<sup>151</sup> Ai fini di questo lavoro non è possibile entrare nel dettaglio di una vicenda giudiziaria complessa e articolata come quella del caso *Zubulake*. Basti solo ricordare che la stessa si è incentrata soprattutto sulla individuazione del corretto bilanciamento degli oneri di produzione delle *ESI* (consistenti in particolare nei costi per il recupero dei dati su supporti in parte obsoleti) e delle conseguenze in caso di mancata conservazione delle stesse. Al termine di ben cinque pronunce, in esito alle quali il bilanciamento fra le parti dei costi di recupero delle *ESI* è stato di volta in volta riconfigurato, la Corte distrettuale di New York, considerando le inadempienze della parte convenuta, ha istruito la giuria nel senso di trarre inferenze negative a danno di quest'ultima in conseguenza dalla mancata produzione di messaggi di posta elettronica. Per una dettagliata disamina del caso, nella dottrina italiana, PAILLI, *Produzione di documenti elettronici (e-discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, cit., 415 ss., ove in particolare, nella nota 26 tutti i riferimenti alle pronunce. Sul problema dei costi per il recupero dei dati passati a causa dell'obsolescenza tecnologica, cfr. in particolare, BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 565 ss.

<sup>152</sup> SERHAN, *Calling an End to Culling: Predictive Coding and the New Federal Rules of Civil Procedure*, in 23 *Rich. J.L. & Tech.*, 2016, 24. In proposito, sembra possibile notare come il riferimento al criterio di *proportionality* nella gestione del processo sia comune, pur con evidenti differenze, anche al più tradizionale ordinamento di *common law*, ossia quello inglese. Sul punto sia consentito il richiamo a 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.

<sup>153</sup> In particolare, la nuova Rule 37(e) prevede che, in caso di mancata conservazione di tali in-

Per quanto importanti, come detto, questi interventi riformatori non pare abbiano ancora preso in esame uno dei profili di maggiore interesse che sta emergendo nel contesto processuale statunitense con riferimento all'*e-discovery*, vale a dire il fenomeno della T.A.R., ossia della *Technology Assisted Review* delle ESI<sup>154</sup>. Più in generale, si può dire che gli interventi riformatori non abbiano ancora colto il salto di qualità dei problemi creati nel discovery dalle nuove tecnologie informatiche.

Del resto, come emerge già da quanto detto in precedenza, si può affermare che l'approccio iniziale sostanzialmente considerasse l'*e-discovery* una sorta di evoluzione dei problemi emersi nel *discovery* tradizionale a seguito delle prime evoluzioni nelle tecniche di documentazione<sup>155</sup>. In realtà, anche questa percezione dottrinale sembra essere stata messa seriamente in discussione dalla più avveduta dottrina, proprio in conseguenza delle più recenti prassi applicative in tema di *e-discovery*. Come icasticamente rilevato, «E-Discovery is not going away. Indeed, it has been with us for much longer than most realize»<sup>156</sup>.

A tale consapevolezza dottrinale, tuttavia, non è corrisposta un'analoga atten-

---

formazioni, il giudice possa disporre i provvedimenti più opportuni (ma non oltre quanto necessario) per ovviare a tale mancanza. La medesima norma, tuttavia, prevede che il giudice, nel caso (e solo nel caso) in cui la mancata conservazione sia colpevole (e, quindi, finalizzata a impedire la conoscenza delle informazioni all'altra parte), possa presumere che le informazioni perse fossero sfavorevoli alla parte o addirittura possa «dismiss the action» oppure emanare un «default judgment». Per un primo riferimento, pubblicato prima dell'entrata in vigore degli *Amendments*, ma già riferito al testo poi entrato in vigore, SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, St. Paul, 2015, p. 625 ss.

<sup>154</sup> La bibliografia in argomento è già abbastanza vasta, anche se il tema è nuovo e, come si dirà, non ha ancora ricevuto uno stabile riconoscimento normativo e giurisprudenziale. In generale su questi problemi, oltre ai riferimenti nelle successive note, cfr. GROSSMAN, CORMACK, *Technology-Assisted Review in EDiscovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review*, in 17 *Rich. J.L. & Tech.*, 2011, 11, REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, in 99 *Iowa L. Rev.*, 2014, 106 e BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 556, YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, in 64 *S.C. L. Rev.*, 2013, 633, 106 JENKINS, *What Can Information Technology Do for Law?*, in *Harvard J. L. & Tech.*, 2008, 600. MORGAN, *Predictive Coding: A Trial Court Judge's Perspective*, in 26 *Regent U. L. Rev.*, 2013, 71, YOUNG, *To Cure the E-Discovery Headache, Revamp the Rule 26(f) Discovery Conference*, in 12 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2014, 363 ss., BARRY, Note, *Man Versus Machine Review: The Showdown Between Hordes of Discovery Lawyers and a Computer-Utilizing Predictive-Coding Technology*, in 15 *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 2013, 343.

<sup>155</sup> In questa prospettiva, nella dottrina italiana PAILLI, *Produzione di documenti elettronici (e-discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, cit., 413.

<sup>156</sup> MARCUS, *Introduction*, cit., 23 e ID., *Only Yesterday: Reflections on Rulemaking Responses to E-Discovery*, cit., 12. In questo senso, cfr. REDISH, *Electronic Discovery and the Litigation Matrix*, cit., 583 (il quale parla di «Uniqueness of Electronic Discovery»), REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 108 e BEISNER, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, cit., 564 (il quale parla di «unique and urgent challenges» provocati dallo sviluppo dell'*e-discovery*).

zione da parte del legislatore. Come si è accennato in precedenza, i problemi principali posti dalle *ESI* sono i costi (per la conservazione e per la produzione in giudizio) e le responsabilità (in caso di mancata conservazione). Entrambi questi profili sono stati affrontati, ad esempio, nella già citata vicenda *Zubulake v. UBS*, in cui, dal primo punto di vista, è stato prospettato un parziale *cost-shifting* degli oneri necessari per il recupero di corrispondenza email e, dal secondo punto di vista, l'evidente inadempimento al dovere di conservazione è stato sanzionato con l'istruzione della giuria a valutare tale inadempimento in senso sfavorevole alla parte stessa<sup>157</sup>.

In realtà, il problema dei costi è più esteso, riguardando non solo quelli di conservazione delle *ESI*, ma anche quelli di produzione in giudizio. Come si è accennato in precedenza, inizialmente i bassi costi delle tecnologie digitali promettevano di ovviare agli alti costi del *discovery* cartaceo. Tuttavia, proprio quei bassi costi hanno determinato un aumento esponenziale del numero di documenti digitali. Oltre ai problemi di conservazione, quindi, si è subito posto il problema della produzione e della *review* delle *ESI* nel *pretrial*. Ovviamente, si tratta di un problema molto delicato, strettamente connesso a quello dei *privilege*: se i documenti sono troppi è difficile se non praticamente impossibile evitare il rischio di produrre documentazione protetta<sup>158</sup>.

Sin dai primi anni di questo millennio, quindi, si sono sviluppate varie prassi volte da un lato a rendere gestibile la *review* (ma prima ancora la selezione) delle *ESI* e dall'altro a consentire il rispetto delle tradizionali regole di esclusione. Un primo approccio è stato quello di procedere mediante sistemi di *keywords searching*, ossia di selezione mediante parole chiave<sup>159</sup>. Queste prassi hanno anche trovato specifico riconoscimento giurisprudenziale, in cui l'utilizzazione di tali metodi di selezione è stata addirittura imposta, a pena di perdita del diritto di avvalersi dei *privilege* in caso di mancata collaborazione<sup>160</sup>. In queste pronunce viene imposto ai difensori di utilizzare parole chiave appropriate e, nel caso, di avvalersi di specifici esperti a tal fine<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> In argomento, cfr. EVANGELISTA, *Polishing the Gold Standard on the E-Discovery Cost-Shifting Analysis: Zubulake v. UBS Warburg, LLC*, in 9 *J. Techn. & Pol.*, 2004, 1 ss. Cfr. anche PAILLI, *Produzione di documenti elettronici (e-discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, cit., 415 ss.

<sup>158</sup> MARCUS, *Introduction*, cit., 21.

<sup>159</sup> GARRIE, MACHUCA, *E-Discovery Mediation & the Art of Keyword Search*, in 13 *Cardozo J. Conf. Res.*, 2012, 467 ss.; cfr. anche MURPHY, *Mandating Use of Predictive Coring in Electronic Discovery: An Ill-Advised Judicial Intrusion*, in 50 *Am. Bus. L.J.*, 2013, 613.

<sup>160</sup> *Victoria Stanley, Inc. v. Creative Pipe, Inc.*, 250 F.R.D. 251 (D. Md. 2008) e *William A. Gross Construction Associates, Inc. v. American Manufacturers Mutual Insurance Co.*, 256 F.R.D. 134 (S.D.N.Y. 2009).

<sup>161</sup> SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, cit., 434.

Questo cambiamento è estremamente significativo, anche perché, come già accennato, l'attività svolta dalle parti da mera *review* dei documenti esibiti in sede di *discovery* diventa vera e propria selezione (e quindi eliminazione) degli stessi. E da ciò sono nate anche le critiche circa l'efficienza di queste prassi, soprattutto in considerazione del fatto che la selezione a mezzo parole chiave è contemporaneamente *over-inclusive* (ossia rischia di includere molti documenti irrilevanti) e *under-inclusive* (allo stesso tempo rischia di escludere documenti potenzialmente rilevanti)<sup>162</sup>. Si tratta, del resto, di una scelta obbligata, considerando il numero sempre maggiore di documenti elettronici. Come giustamente osservato, «the use of electronic searching and filtering tools may be the only realistic way that potentially relevant data can be identified and put into review in any reasonable manner»<sup>163</sup>.

Un'ulteriore spinta in questa direzione si ha sul finire del primo decennio del nuovo millennio, con la prepotente emersione della *Technology Assisted Review* (T.A.R.); ossia, il ricorso, al posto della ricerca mediante parole chiavi, a veri e propri programmi informatici per la selezione delle ESI<sup>164</sup>. E ciò anche in considerazione delle evidenti lacune connesse ai precedenti meccanismi di ricerca, del tutto inadatti ad accorgersi di parole digitate non correttamente o usate in modo ambiguo, di sinonimi e di acronimi<sup>165</sup>.

Un sistema T.A.R. – e qui sta il tratto distintivo rispetto alle ricerche per pa-

---

<sup>162</sup> In proposito, si veda l'indagine condotta, già negli anni Ottanta, da BLAIR, MARON, *An Evaluation of Retrieval Effectiveness for a Full-Text Document-Retrieval System*, in 28 *Comm. Acn.*, 1985, 289. Cfr., più recentemente, REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 108 e MURPHY, *Mandating Use of Predictive Coding in Electronic Discovery: An Ill-Advised Judicial Intrusion*, cit., 614.

<sup>163</sup> SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, cit., 447. Nel medesimo senso, DRYMAN, BARON, *The Road to Predictive Coding: Limitations on the Defensibility of Manual and Keyword Searching*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 5 ss.

<sup>164</sup> SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, cit., 456. Cfr. YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, cit., 637.

<sup>165</sup> In questo senso, sull'inadeguatezza delle ricerche per parola chiave, cfr. PECK, *Forward*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, cit., vi e DRYMAN, BARON, *The Road to Predictive Coding: Limitations on the Defensibility of Manual and Keyword Searching*, cit., 23, secondo i quali la ricerca per parole chiave può rappresentare una prima scrematura, ma è molto inefficiente in presenza di asimmetrie informative, rischiando di essere sia "under-inclusive" che "over-inclusive". Nel medesimo senso, cfr. già in precedenza, CROSS, SARICH KERKSIEK, *Using Electronic Search Tools and Search-methodology Experts in E-Discovery: A Discussion of Recent Case Law and Other Authorities*, in DERMAN, INGRAFFIA BARTON, GRIMM (a cura di), *Managing E-Discovery and ESI. From Pre-Litigation Through Trial*, Chicago, 2011, 445. Per ulteriori riferimenti, TINGEN, *Technologies-That-Must-Not-Be-Named: Understanding and Implementing Advanced Search Technologies in E-Discovery*, in 19 *Rich. J. L. & Tech.*, 2012, 1 ss.

role chiave – non applica immediatamente i criteri di selezione a tutto il materiale disponibile, ma prevede una fase preliminare di *training*, in cui, sulla base di una *review* di un campione di dati (*sample set*) condotta da un esperto, si arriva a determinare un *classifier*, ossia un algoritmo in grado di catalogare i vari documenti in base alla loro rilevanza. A questo punto il *classifier* può essere applicato alla parte rimanente di dati<sup>166</sup>.

Qui, in effetti, le difficoltà aumentano, anche in considerazione del fatto che sostanzialmente non pare esservi ancora alcuno standard definitorio sui programmi di T.A.R.<sup>167</sup> La stessa definizione proposta nella prima decisione presa in argomento (su cui si tornerà fra breve) appare piuttosto generica, considerando T.A.R. tutti i «tools (different vendors use different names) that use sophisticated algorithms to enable the computer to determine relevance, based on interaction with (i.e., training by) a human review»<sup>168</sup>.

Stando a una definizione più analitica elaborata da chi finora si è maggiormente occupato del tema, con T.A.R. si dovrebbe intendere un processo per la predeterminazione o la codificazione di una serie di documenti usando un sistema computerizzato che replica i criteri di uno o più esperti (ricavati su una piccola quantità di dati) e li applica a tutti i dati disponibili. Anche questa definizione, però, risulta comunque generica, benché comunque in grado di ricomprendere tutte le possibili varianti di tali programmi<sup>169</sup>. Del resto, non si può neppure dire che vi sia un sistema T.A.R. valido in assoluto, dovendosi invece sempre procedere a valutazioni casistiche<sup>170</sup>.

In effetti, da un punto di vista funzionale sembra possibile distinguere due tipologie di T.A.R.: *knowledge engineering* (detti anche “Rule based”) e *machine learning* (ossia basati su meccanismi di “Predictive coding”). Nel primo caso il programma cerca di riprendere e di riproporre le regole e i trucchi dell’esperto per ottenere i medesimi risultati; in altri termini vi è una totale predetermina-

---

<sup>166</sup> GROSSMAN, CORMACK, *A Tour of Technology-Assisted Review*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, cit., 69 ss. Si vedano anche YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, cit., 637 ss.

<sup>167</sup> REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 116, il quale rileva che «The term “predictive coding” encompasses a countless variety of vendors and technologies with very different types of functionality».

<sup>168</sup> *Da Silva Moore v. Puclicis Groupe*, 287 F.R.D. 182 (S.D.N.Y. 2012). In tema cfr. SHELTON, BERMAN, *The Emerging Acceptance of Technology-Assisted Review in Civil Litigation*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 38.

<sup>169</sup> GROSSMAN, CORMACK, *A Tour of Technology-Assisted Review*, cit., 66.

<sup>170</sup> CATANZARO, GREEN, RAMPERSAND, *The Mechanism of a Predictive Coding Workflow*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, cit., 95.

zione dei criteri e delle regole da applicare nella revisione dei documenti<sup>171</sup>. Nel secondo caso, invece, il programma è in grado di imparare da solo, ossia di riprogrammarsi anche in assenza del controllo di una persona, sulla sola base delle operazioni già compiute<sup>172</sup>.

Il ricorso a questi programmi cambia per così dire di livello il problema della *review* delle ESI, o, più propriamente, dei documenti elettronici contenenti testi<sup>173</sup>. La selezione mediante parole chiave, infatti, presuppone sempre un costante intervento umano, nella scelta delle parole e nella verifica dei risultati. Lo stesso non succede più quando si fa ricorso alla T.A.R., soprattutto se fondata sul *machine learning*. Come si dirà meglio nel prossimo capitolo, infatti, la caratteristica distintiva di questi programmi è di imparare dall'esperienza e, quindi, di riuscire sostanzialmente a riprogrammarsi progressivamente anche a prescindere dalle istruzioni date dal programmatore. In alcuni casi è lo stesso programma che sceglie il campione di dati di riferimento e che elabora autonomamente l'algoritmo di classificazione<sup>174</sup>.

Come facilmente si intuisce i problemi sollevati dall'utilizzazione di queste tecnologie sono molti e molto delicati. Prima di tutto, ovviamente, si pone un problema di attendibilità<sup>175</sup>. È tuttora molto diffusa l'idea, soprattutto fra gli avvocati, che la «manual review» delle ESI rappresenti per così dire il «gold standard» di riferimento. Si può dire, tuttavia, che si tratti sostanzialmente di un

---

<sup>171</sup> GROSSMAN, CORMACK, *A Tour of Technology-Assisted Review*, cit., 65. Si veda anche MURPHY, *Mandating Use of Predictive Coding in Electronic Discovery: An Ill-Advised Judicial Intrusion*, in 50 *Am. Bus. L.J.*, 2013, 617 ss., spec. 619.

<sup>172</sup> SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, cit., 457. Per una dettagliata illustrazione delle caratteristiche funzionali di questi programmi si vedano GROSSMAN, CORMACK, *A Tour of Technology-Assisted Review*, cit., 82, i quali descrivono anche le possibili ulteriori varianti, distinguendo, in particolare, i programmi *machine learning* in passivi, come i *Simple Passive Learning* (SPL), in cui la selezione del *training set* è casuale o effettuata da un operatore umano (o entrambi) e la scelta definitiva dell'algoritmo è fatta dall'esperto che lo continua a rivedere e in attivi, come i *Continuous Active Learning* (CAL), in cui è il computer che automaticamente e progressivamente impara e modifica l'algoritmo.

<sup>173</sup> Al momento gli algoritmi elaborati non vanno bene per filtrare immagini, numeri o grafici (CATANZARO, GREEN, RAMPERSAND, *The Mechanism of a Predictive Coding Workflow*, cit., 96, i quali evidenziano che «In simple terms, the technology works by analyzing the way people convey information utilizing language»).

<sup>174</sup> GROSSMAN, CORMACK, *A Tour of Technology-Assisted Review*, cit., 84. In realtà, ai fini dell'applicazione in sede di *discovery* sembra comunque emergere una maggiore affidabilità e quindi una sostanziale preferenza per i programmi di *machine learning* istruiti da un avvocato esperto di *discovery*; in questo senso LOSEY, *Reflections on the Cormack and Grossman SIGIR Study: The Folly of Using Random Search for Machine Training*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, cit., 107 ss.

<sup>175</sup> In generale sui problemi sollevati da queste nuove tecnologie, cfr. YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, cit., 637 ss.

«myth, as statistics clearly show that computerized searches are at least as accurate, if not more so, than manual review»<sup>176</sup>; mito alla base del quale probabilmente vi è la «fear that any method, other than a document-by-document, “eyes only” review, will fail to capture relevant and informative data»<sup>177</sup>. Indubbiamente, però, quello degli algoritmi predittivi è diventato il nuovo «hot topic» in tema di *discovery*<sup>178</sup>.

Naturalmente al momento attuale non vi è uno standard riconosciuto che specifichi il criterio di riferimento, ossia, in altri termini, quale sia il punto di efficienza raggiunto il quale si possa arrestare l'apprendimento dell'algoritmo. In astratto si potrebbe ritenere che tale procedimento debba essere interrotto quando il «classifier» è «good enough», da valutarsi ovviamente in termini di percentuale di precisione nella selezione dei documenti. A questo riguardo, la prassi sembra per il momento convergente nel richiedere che ogni *classifier*, per essere considerato «good enough», debba fornire un risultato compreso fra un minimo del 75 % e un massimo del 95 % di documenti rilevanti trovati<sup>179</sup>. Ovviamente l'obiettivo non potrebbe essere la perfezione. Lo standard rimane sempre quello della ragionevolezza e della proporzionalità, coerentemente con i principi distintivi del *discovery*<sup>180</sup>.

Non è possibile entrare in dettagli troppo tecnici. Le più recenti indagini svolte, tuttavia, sembrano confermare l'effettiva attendibilità dei programmi di *review* basati sul *machine learning*; anzi, si può dire che tali programmi siano addirittura più efficienti rispetto alla stessa attività svolta da esseri umani<sup>181</sup>; e

---

<sup>176</sup> SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, cit., 463.

<sup>177</sup> DRYMAN, BARON, *The Road to Predictive Coding: Limitations on the Defensibility of Manual and Keyword Searching*, cit., 12.

<sup>178</sup> PECK, *Search, Forward. Will manual document review and keyword searches be replaced by computer-assisted coding?*, in *L. Tech. News*, 2011, 25, consultabile [https://law.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/TAR\\_conference/Panel\\_1-Background\\_Paper.pdf](https://law.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/TAR_conference/Panel_1-Background_Paper.pdf).

<sup>179</sup> GROSSMAN, CORMACK, *A Tour of Technology-Assisted Review*, cit., 86. Sul funzionamento di questi algoritmi predittivi, cfr. YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, cit., 638 ss.

<sup>180</sup> Cfr. DRYMAN, BARON, *The Road to Predictive Coding: Limitations on the Defensibility of Manual and Keyword Searching*, cit., 31, secondo i quali «The question then, becomes, what is a reasonable and defensible process with which to search, retrieve, and produce relevant and non-privileged information». Si veda anche MURPHY, *Mandating Use of Predictive Coding in Electronic Discovery: An Ill-Advised Judicial Intrusion*, cit., 635, il quale rileva che «The goal is not perfect discovery, but rather reasonable discovery» e BYRAM, *The Collision of the Courts and Predictive Coding: Defining Best Practices and Guidelines in Predictive Coding for Electronic Discovery*, in *29 Santa Clara High Tech. L.J.*, 2012, 693 ss.

<sup>181</sup> In questo senso, lo studio più approfondito finora condotto è quello di GROSSMAN, CORMACK, *Technology-Assisted Review in EDiscovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review*, cit., 11; su questi studi, cfr. TINGEN, *Technologies-That-Must-Not-Be*

ciò anche con significativi risparmi di costi<sup>182</sup>. In effetti, come si dirà sempre nel prossimo capitolo, sembra ormai sostanzialmente acquisita la capacità (almeno potenziale) dei programmi di *machine learning* di svolgere (autonomamente e più efficientemente) molte attività di concetto generalmente compiute da esseri umani. E ciò nonostante l'apporto umano sia ancora fondamentale nella fase di *training* e in quella di selezione del campione<sup>183</sup>.

Appare comunque evidente lo scarto qualitativo rispetto al passato: ora i programmi sono in grado di riprogrammarsi e di imparare sulla base della progressiva esperienza, a prescindere dalle istruzioni date all'inizio. La sola affidabilità dei programmi T.A.R., tuttavia, non risolve gli altri problemi sollevati dal ricorso ad algoritmi predittivi. Il primo problema è per così dire etico e sostanzialmente assimilabile a quello che si riscontra ricorrentemente anche in altri settori dell'automazione, come, ad esempio, per gli autoveicoli a guida autonoma. Come si è accennato in precedenza, infatti, la caratteristica principale degli algoritmi *machine learning* è quella di riprogrammarsi in continuazione, anche a prescindere dalle istruzioni fornite dal programmatore in partenza<sup>184</sup>. Si pone, quindi, il problema dell'indeterminatezza delle regole decisionali seguite dagli algoritmi e della conseguente difficoltà di predeterminare in anticipo i criteri etici cui si dovrebbero attenere i medesimi algoritmi<sup>185</sup>.

Ma i problemi sono prima di tutto processuali. L'opacità degli algoritmi – anzi la sostanziale incomprendibilità dei criteri decisionali su cui si fondano, anche allo sguardo di un esperto – rischia di mettere in crisi la natura dialettica del procedimento giudiziale, ossia una delle caratteristiche più tipiche e distintive del processo statunitense, anche nella fase di *discovery*. In altri termini, l'utilizzazione degli algoritmi mina alla radice il ruolo del principio o – più corretta-

---

*Named: Understanding and Implementing Advanced Search Technologies in E-Discovery*, cit., 30 ss. e BORDEN, BARON, *Finding the Signal in the Noise: Information Governance, Analytics, and the Future of Legal Practice*, cit., 15 ss.

<sup>182</sup> GRANDE, LEE, *How Technology Assisted Review Can Decrease the Cost of E-Discovery in Arbitrations*, in *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2014, 7, 16. Il tema del risparmio dei costi, però, non è così pacifico, essendo ancora discusso l'effettivo risparmio in termini economici rispetto alla *review* tradizionale; cfr. MORGAN, *Predictive Coding: A Trial Court Judge's Perspective*, cit., 78.

<sup>183</sup> Con specifico riferimento ai programmi utilizzati per l'*e-discovery*, infatti, «The person training the software, the so-called subject-matter expert, needs to be a knowledgeable attorney familiar with the issues in the case so that responsive/nonresponsive decisions will be accurate and can thus be relied upon by the predictive model» (CATANZARO, GREEN, RAMPERSAND, *The Mechanism of a Predictive Coding Workflow*, cit., 98).

<sup>184</sup> MARCUS, *Introduction*, cit., 21. Per una specifica illustrazione del meccanismo di funzionamento, anche con riferimento ad alcuni casi pratici, cfr. BORDEN, BARON, *Finding the Signal in the Noise: Information Governance, Analytics, and the Future of Legal Practice*, in *20 Rich. J.L. & Tech.*, 2014, 21 ss.

<sup>185</sup> CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 208.

mente in questo caso – del metodo del contraddittorio nell'accertamento giudiziale dei fatti. Sul punto, comunque si tornerà più specificamente nell'ultimo capitolo<sup>186</sup>.

Tornando al tema dell'*e-discovery*, il primo – e probabilmente più cruciale – problema strettamente giuridico riguardante i programmi T.A.R. concerne la loro ammissibilità nel processo federale statunitense. In effetti, il legislatore, forse influenzato dalla tendenziale diffidenza verso le nuove tecnologie o dall'ancora limitata diffusione, negli *amendments* del 2006 e del 2015, non ha preso in esame il problema degli algoritmi predittivi nel processo federale<sup>187</sup>.

Al di là delle proposte di riforma, alle carenze legislative si è cercato di superare quantomeno a livello di prassi<sup>188</sup>; in proposito, meritano di essere ricordate le *Best Practices* elaborate dalla *Sedona Conference* (un istituto di ricerca e di istruzione, fondato nel 1997, e dedicato al diritto *antitrust*, alle controversie complesse e alla proprietà intellettuale) proprio in tema di utilizzazione di sistemi automatizzati di ricerca di documenti nell'*e-discovery*<sup>189</sup>. Ancora oggi, in assenza di specifiche indicazioni normative, le prassi codificate dalla *Sedona Conference*, come aggiornate nel 2013, rappresentano uno dei più attendibili riferimenti in materia<sup>190</sup>.

Nonostante le lacune normative, si può rilevare come, a partire dal 2012 la giurisprudenza abbia comunque incominciato, suppur timidamente, ad ammettere l'utilizzazione di algoritmi predittivi nel *discovery*. La prima, e ormai molto nota, decisione è *Da Silva Moore v. Publicis Groupe*, in cui la T.A.R. è stata considerata una «acceptable way to search for relevant ESI in appropriate cases»<sup>191</sup>.

---

<sup>186</sup> In proposito si rimanda a quanto si dirà nel quarto paragrafo del quinto capitolo.

<sup>187</sup> In questo senso, DRYMAN, BARON, *The Road to Predictive Coding: Limitations on the Defensibility of Manual and Keyword Searching*, cit., 28, secondo i quali, infatti, «this is due to several factors: unfamiliarity with the technology, a misplaced faith in the accuracy of human manual review, and fear that the technologies have not been endorsed by the courts and, therefore, fail the due diligence obligations under the Federal Rules of Civil Procedure when challenged by an opposing party or the court itself». Cfr. anche WHITMAN, *Note, Creating a New Standard for Judicially-Mandated Predictive Coding*, in 27 *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, 2017, 190. Sugli *amendments* del 2006, cfr. in particolare, WITHERS, *Electronically Stored Information: The December 2006 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in 4 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2006, 171.

<sup>188</sup> Per alcuni spunti per la riforma della *Rule 26 (f)* al fine di adeguarla allo sviluppo dei *predictive coding* cfr. YOUNG, *To Cure the E-Discovery Headache, Revamp the Rule 26(f) Discovery Conference*, cit., 372 s.

<sup>189</sup> Queste prassi, elaborate nel 2007, sono reperibili in *The Sedona Conference Best Practices Commentary on the Use of Search and Information Retrieval Methods in E-Discovery*, in 8 *Sedona Conf. J.*, 2007, 198 ss. Sull'importanza della *Sedona Conference* nello sviluppo dell'*e-discovery* cfr. FACCIOLA, *A History of Electronic Discovery*, cit., 22.

<sup>190</sup> *The Sedona Conference Best Practices Commentary on the Use of Search & Information Retrieval Methods in E-Discovery*, in 15 *Sedona Conf. J.*, 2014, 223.

<sup>191</sup> *Da Silva Moore v. Publicis Groupe*, 287 F.R.D. 182 (S.D.N.Y. 2012). In tema cfr. SHELTON,

Si tratta, comunque, della prima decisione di una serie in costante aumento<sup>192</sup>. Sembra certamente possibile riscontrare una sempre maggiore apertura all'utilizzabilità degli algoritmi predittivi<sup>193</sup>.

Come tutti i fenomeni in fase embrionale, anche nel caso degli algoritmi predittivi rimangono aperti molti problemi ulteriori. Anzi tutto, l'ammissibilità del ricorso a programmi T.A.R. non chiarisce se lo stesso sia solo facoltativo (e quindi lasciato a una volontà congiunta delle parti) oppure se possa essere imposto anche contro la volontà di una o di entrambe le parti; in effetti, nel caso *Da Silva Moore v. Publicis Groupe* la situazione era decisamente semplice, visto che le parti erano d'accordo nel ricorrere agli algoritmi predittivi per la *review* dei documenti da esibire durante il *discovery*; questa, del resto, è anche la soluzione suggerita dal *Practice Point 3* delle *Best Practices* elaborate dalla *Sedona Conference*<sup>194</sup>.

Decisamente più incerta e discutibile è l'utilizzabilità della T.A.R. in assenza di un consenso espresso delle parti. Il problema è duplice, in quanto la richiesta di utilizzazione di algoritmi predittivi potrebbe provenire sia dalla parte onerata della produzione (al fine di semplificare l'attività di *disclosure* e di ridurre i costi) sia dalla parte destinataria della stessa produzione (al fine di evitare possibili abusi o inefficienze in caso di revisione manuale)<sup>195</sup>. Qui si pone, evidentemente, un ulteriore e nuovo problema di bilanciamento di interessi, dovendosi stabi-

---

BERMAN, *The Emerging Acceptance of Technology-Assisted Review in Civil Litigation*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 38, YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, cit., 647 e REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 114.

<sup>192</sup> Oltre alle decisioni che verranno riportate anche nel testo, cfr., ad esempio, *Global Aerospace Inc. v. Landow Aviation, L.P.* No. CL. 61040 (Va. Cir. Ct. Apr. 23, 2012). Per una specifica e dettagliata disamina delle più recenti decisioni in materia di T.A.R. si veda *The Sedona Conference TAR Case Law Primer*, in 18 *Sedona Conf. J.*, 2017, 15 ss. Per un commento alle prime pronunce, cfr. YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, cit., 659 ss., MURPHY, *Mandating Use of Predictive Coring in Electronic Discovery: An Ill-Advised Judicial Intrusion*, cit., 652 e BORDEN, BARON, *Finding the Signal in the Noise: Information Governance, Analytics, and the Future of Legal Practice*, cit., 9 ss., YOUNG, *To Cure the E-Discovery Headache, Revamp the Rule 26(f) Discovery Conference*, cit., 365 ss.

<sup>193</sup> SHELTON, BERMAN, *The Emerging Acceptance of Technology-Assisted Review in Civil Litigation*, cit., 42 ss.

<sup>194</sup> Così prevede il punto 3: «The choice of a specific search and retrieval method will be highly dependent on the specific legal context in which it is to be employed. Parties and their counsel must match the use case with the tools and best practices appropriate to address it, and must incorporate proportionality considerations involving the overall costs and the stakes of the litigation» (cfr. *The Sedona Conference Best Practices Commentary on the Use of Search & Information Retrieval Methods in E-Discovery*, cit., 224).

<sup>195</sup> In tema, cfr. MURPHY, *Mandating Use of Predictive Coring in Electronic Discovery: An Ill-Advised Judicial Intrusion*, in 50 *Am. Bus. L.J.*, 2013, 609 ss., spec. 639 ss. e 657, ove afferma che «While judges' acceptance of predictive coding is an appropriate development, moves to *mandate* its use are improper».

lire se e quale parte abbia eventualmente il diritto di giovare dei benefici assicurati dalle nuove tecnologie<sup>196</sup>.

Ad esempio, nella decisione *Kleen Products v. Packaging Corp.* è stato ammesso il ricorso agli algoritmi predittivi anche in assenza di consenso delle parti e persino su istanza ufficiosa del giudice<sup>197</sup>. Nel caso *EORHB v. HOA Holdings LLC.*, invece, la Corte prima lo ha imposto (19 ottobre 2012) poi invece lo ha negato (6 maggio 2013)<sup>198</sup>. A questo secondo orientamento ha poi aderito la successiva decisione *In re Biomet M2A*, con cui è stata rigettata la richiesta con cui una parte instava affinché che la corte ordinasse all'altra parte di utilizzare la T.A.R. su tutti i documenti, anche dopo una preventiva selezione mediante parole chiave<sup>199</sup>.

Al di là degli orientamenti per ora incerti della giurisprudenza, sembra comunque possibile riscontrare un progressivo favore per il riconoscimento della T.A.R. nel processo civile statunitense, sia federale che statale, favore che probabilmente è destinato ad aumentare nel prossimo futuro<sup>200</sup>. Si è osservato un repentino mutamento di prospettive; il dibattito, infatti, si è quasi subito spostato dal chiedersi *se* usare gli algoritmi predittivi al domandarsi *come* usarli<sup>201</sup>.

Del resto, come è stato pronosticato, «With data volumes growing every day, predictive coding will soon reach a level of everyday acceptance for large discovery matters, just as keywords and date filters are today commonplace»<sup>202</sup>. Ne è un esempio anche la recente (per quanto ancora isolata) applicazione dei *predictive coding* nel processo inglese<sup>203</sup> e in quello australiano<sup>204</sup>.

<sup>196</sup> In questa prospettiva, cfr. YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, cit., 665 ss.

<sup>197</sup> *Kleen Products v. Packaging Corp.*, No 10 Civ. 5711, 2012, WL 4498465.

<sup>198</sup> *EORHB, Inc., et al v. HOA Holdings, LLC*, Civil Action No. 7409-VCL (Del. Ch. Oct. 15, 2012) e *EORHB, Inc. v. HOA Holdings LLC*, 2013 WL 1960621, at 1 (Del. Ch. May 6, 2013). A proposito di queste decisioni, si veda SHELTON, BERMAN, *The Emerging Acceptance of Technology-Assisted Review in Civil Litigation*, cit., 44 ss. e BYRAM, *The Collision of the Courts and Predictive Coding: Defining Best Practices and Guidelines in Predictive Coding for Electronic Discovery*, cit., 687 ss.

<sup>199</sup> *In re Biomet M2a Magnum Hip Implant Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 84440, at \*3 (N.D. Ind. Apr. 18, 2013).

<sup>200</sup> L'importanza del tema è dimostrata anche dal fatto che il ricorso ad algoritmi predittivi nel *discovery* processuale esula dall'ambito di interesse strettamente giuridico; in tema cfr. CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, Milano, 2015, trad. it. di *The Glass Cage. Automation and Us*, New York, 2014.

<sup>201</sup> In questi termini REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 115.

<sup>202</sup> CATANZARO, GREEN, RAMPERSAND, *The Mechanism of a Predictive Coding Workflow*, cit., 104. Nel medesimo senso, HUME, *Preparing for the Near Future: Deep Learning and Law*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 564.

<sup>203</sup> In questo senso, si veda la decisione *Pyrrho Investments Ltd v MWB Property Ltd*, [2016] EWHC 256 (Ch).

Oltre ai problemi di ammissibilità, il ricorso alla T.A.R. pone ulteriori problemi di natura più squisitamente processuale. Quello forse più significativo concerne l'incerta applicabilità della Rule 702 delle *Federal Rules of Evidence*, ossia la dettagliata disciplina prevista, a seguito dei noti casi *Daubert* e *Khumo*, per la testimonianza esperta<sup>205</sup>. In effetti, da un punto di vista strettamente tecnico-processuale tale norma non dovrebbe applicarsi a questi sistemi<sup>206</sup>. Tuttavia, le esigenze di tutela appaiono molto simili; anche nel caso della T.A.R., infatti, il giudice, non essendo dotato delle necessarie competenze, deve ugualmente essere in grado di comprendere quali sono i criteri che stanno dietro alla "black box" degli algoritmi predittivi<sup>207</sup>. Sotto questo profilo le prime applicazioni sono abbastanza contrastanti, anche in considerazione del possibile aggravamento dei costi e della diversa rilevanza attribuita al comportamento, più o meno collaborativo, delle parti<sup>208</sup>.

Ma non si tratta solo di aspetti tecnico-processuali; si può certamente affermare che la portata dirompente della diffusione degli algoritmi predittivi nella fase di *discovery* fuoriesca dallo stesso processo. Anzitutto, si pone il problema della titolarità dei programmi utilizzati nella *review* delle ESI. Già prima della rivoluzione digitale la mole crescente di documenti aveva incentivato il parziale *outsourcing*

---

<sup>204</sup> Si veda la decisione della *Supreme Court of Victoria* nel caso *McConnell Dowell Constructors (Aust) Pty Ltd v Santam Ltd & Ors* del 2 dicembre 2016; cfr., al riguardo, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=49d076f0-e695-4078-a600-cfe1ffb2a9ed>.

<sup>205</sup> In tema, per una specifica illustrazione dell'evoluzione della Rule 702 si veda, anche per gli opportuni riferimenti, ANSANELLI, *Prove e strumenti conoscitivi del giudice*, in DONDI, ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, 255 ss.

<sup>206</sup> In effetti, non si discute dell'ammissione di prove che siano il risultato di un processo scientifico (come l'analisi del DNA), ma solo della validità di un criterio di selezione di prove. In questo senso PECK, *Search, Forward. Will manual document review and keyword searches be replaced by computer-assisted coding?*, cit., 29.

<sup>207</sup> SCHEINDLIN, CAPRA, THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, cit., 459. Con specifico riferimento alle ricerche per parole chiave, nel senso dell'opportunità di ricorrere a uno *special master*, GARRIE, MACHUCA, *E-Discovery Mediation & the Art of Keyword Search*, cit., 467 ss.

<sup>208</sup> Secondo *Da Silva Moore*, ad esempio, non si dovrebbe fare ricorso alla disciplina della Rule 702. Nei casi *O'Keefe* ed *Equity Analytics*, invece, si opta per la soluzione opposta, anche se con significative differenze. In *O'Keefe* si prevede l'applicazione dell'art. 702 solo in caso di contestazione. Nella successiva decisione (peraltro emessa sempre dallo stesso giudice), invece, si impone in ogni caso alla parte l'onere di allegare preventivamente un *affidavit* dell'esperto. In tema, cfr. WAXSE, YOAKUM, KRIZ, *Experts on Computer-Assisted Review: Why Federal Rule of Evidence 702 Should Apply to Their Use*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, cit., p. 281, nonché REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 122 (il quale rileva come, in tal modo, verrebbe ulteriormente certificata la nuova riduttiva configurazione del ruolo dell'avvocato nel *discovery*), CROSS, SARICH KERKSIEK, *Using Electronic Search Tools and Search-methodology Experts in E-Discovery: A Discussion of Recent Case Law and Other Authorities*, cit., 441.

della fase di *review* documentale, con aumento esponenziale di importanza dei cosiddetti *vendor*, ossia delle imprese (non forensi) specializzate nella fornitura di servizi di assistenza e supporto nella fase di *discovery*<sup>209</sup>. Questo fenomeno, tuttavia, si è per così dire accentato e aggravato con l'esplosione delle ESI<sup>210</sup>.

Si può affermare che il ricorso agli algoritmi predittivi abbia portato questa situazione alle sue estreme conseguenze. Si è detto in precedenza che l'efficienza di un algoritmo si basa sulla maggiore o minore idoneità a selezionare in modo appropriato i documenti rilevanti per la controversia. Si è anche detto che l'elaborazione dell'algoritmo, il c.d. *classifier*, richiede una notevole attività di *training* e quasi sempre il possesso di specifiche competenze tecniche. Ebbene, ben difficilmente una società che ha investito nell'elaborazione di un simile algoritmo sarà disponibile a far conoscere il codice sorgente del proprio programma<sup>211</sup>. Se tale atteggiamento può ritenersi legittimo dal punto di vista del diritto della proprietà intellettuale, lo è molto meno nell'ottica di tutela del contraddittorio processuale<sup>212</sup>.

Connesso al problema dei *vendor* è quello del ruolo del difensore. Anche l'attività difensiva, infatti, pare messa seriamente in discussione dall'avvento della T.A.R. e degli algoritmi predittivi. Anzitutto, si pone come sempre più cruciale il problema della competenza tecnologica dell'avvocato. In effetti, la Rule 1.1. delle *Model Rules of Professional Conduct*, al pari di molte altre discipline deontologiche contemporanee, non fa esplicito riferimento al *Duty of technological competence*. Tuttavia, l'esistenza di tale dovere viene espressamente riconosciuta nel commento 8 alla regola, introdotto nel 2012; più specificamente, in tale *comment* si chiarisce «that not only is technological competence important to comply with other rules of practice, but it is also a requirement on its own»<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> BARKETT, *The Ethics of E-Discovery*, Chicago, 2009, 81; cfr. anche MORGAN, *Predictive Coding: A Trial Court Judge's Perspective*, cit., 74.

<sup>210</sup> MARCUS, *E-Discovery Beyond the Federal Rules*, in 37 *U. Balt. L. Rev.*, 2008, 326, DUFFY, INGRAFFIA BARTON, *Ethics in E-Discovery*, in DERMAN, INGRAFFIA BARTON, GRIMM (a cura di), *Managing E-Discovery and ESI. From Pre-Litigation Through Trial*, Chicago 2011, 645 e, con specifico riferimento agli algoritmi predittivi, REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 117 ss. e 122 ss.

<sup>211</sup> In tema, in prospettiva principalmente filosofica, cfr. MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, in *Philos. Technol.*, 2017, 472.

<sup>212</sup> LIMONGELLI, *The Role of the Vendor and Specialized Software in the Handling of Digital Evidence*, in PAUL, *Foundations of Digital Evidence*, Chicago, 2008, 259. Sempre nella prospettiva delle società produttrici di software studiati per l'*e-discovery*, cfr. BYRAM, *The Collision of the Courts and Predictive Coding: Defining Best Practices and Guidelines in Predictive Coding for Electronic Discovery*, cit., 675.

<sup>213</sup> Il medesimo commento prosegue chiarendo che «Lawyers have the responsibility to educate themselves and their clients about the new and pertinent legal and technical issues regarding electronic discovery». Con specifico riferimento a questa Rule e al suo rapporto con le tecnologie di *review* assistita cfr. DRYMAN, BARON, *The Road to Predictive Coding: Limitations on the Defensibility of Manual and Keyword Searching*, cit., 29.

Con specifico riferimento all'uso della T.A.R. si pone anche il problema del lavoro svolto dall'avvocato nella fase di *training* dell'algoritmo predittivo. Si è detto in precedenza che nella fase iniziale spesso la scelta del campione di partenza e la determinazione dei primi criteri con cui impostare il programma è affidata a (o comunque seguita da) avvocati esperti di *discovery*. Si pone quindi, il problema del risvolto di tale attività, se, in particolare, essa sia o meno coperta dalla *work product doctrine* ai sensi della *Rule 26(B)(3)*<sup>214</sup>.

Finora il problema si è posto solo a livello dottrinale; tutte le decisioni che hanno ammesso la T.A.R. non hanno mai fatto espressamente riferimento alla *work-product doctrine*. Anzi, in molti casi, le Corti, pur senza una precisa presa di posizione sul punto, hanno ritenuto necessario rendere espliciti i criteri di formazione dei *seed set*. Solo la sentenza *Biomet II* ha esplicitamente escluso l'accesso ai criteri di formazione dei campioni utilizzati nella fase di *training*<sup>215</sup>.

In realtà, nonostante le contrastanti applicazioni giurisprudenziali, l'opinione dottrinale prevalente parrebbe essere nel senso di riconoscere la tutela della *work-product doctrine* anche ai *seed set* predisposti dagli avvocati per allenare gli algoritmi predittivi<sup>216</sup>. Del resto, come si è già segnalato, l'individuazione del campione di riferimento è fondamentale per elaborare il *predictive coding algorithm*, presupponendo specifiche competenze tecniche e implicando precise scelte strategiche<sup>217</sup>.

Tuttavia, la T.A.R. può incidere in modo ancor più significativo sulla professione forense, riconfigurandone la stessa estensione. Se il ricorso agli algoritmi predittivi impone un'estensione in chiave tecnologica delle sfere di competenza del difensore, allo stesso tempo la T.A.R. rischia di erodere attività tradizionalmente svolte dagli avvocati, in una sorta di «deskilling» dell'attività professionale<sup>218</sup>.

---

<sup>214</sup> In tema, con particolare riferimento al *leading case* costituito dalla decisione *Hickman v. Taylor*, si rimanda a DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 179 ss. e ID., *Introduzione della causa e strategie della difesa*, I, *Il modello statunitense*, cit., 159.

<sup>215</sup> *In re Biomet M2a Magnum Hip Implant Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 84440, at \*3 (N.D. Ind. Apr. 18, 2013). Per una specifica illustrazione dei casi in materia di *seed set*, cfr. *The Sedona Conference TAR Case Law Primer*, in 18 *Sedona Conf. J.*, 2017, 30 ss.; si vedano anche YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, cit., 644.

<sup>216</sup> FACCIOLA, FAVRO, *Safeguarding the Seed Set: Why Seed Set Documents May Be Entitled to Work-Product Protection*, cit., 262. In argomento, si veda anche SCHEINDLIN, CAPRA, *THE SEDONA CONFERENCE, Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials*, cit., 739.

<sup>217</sup> FACCIOLA, FAVRO, *Safeguarding the Seed Set: Why Seed Set Documents May Be Entitled to Work-Product Protection*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, cit., 239, i quali giustamente rilevano come il problema non si porrebbe qualora il programma scegliesse autonomamente i dati di partenza.

<sup>218</sup> In questi termini REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 118. In generale, sugli influssi della tecnologia sulla professione forense, MARCUS, *Only Yesterday: Reflections on Rulemaking Responses to E-Discovery*, cit., 16, ID., *The Electronic Lawyer*, in 58 *DePaul L. Rev.*, 2009, 263.

Il riferimento è, ovviamente, proprio all'attività di *review* dei documenti in sede di *discovery*, attività tradizionalmente svolta dagli studi legali e spesso affidata ai componenti più giovani delle *law firm*. Proprio la fungibilità di tale attività con programmi informatici ne mette in serio rischio la specialità e, quindi, l'esclusività a favore degli avvocati. Un primo esempio di questo possibile cambiamento sembra essere rappresentato dalla decisione *Lola v. Skadden*<sup>219</sup>.

In questa vicenda, coinvolgente una nota *law firm* statunitense, la Corte di Appello del *Second Circuit* ha stabilito che l'attività di mera *review* dei documenti non può essere considerata vera e propria *practice of law* (potendo appunto essere svolta anche da un programma informatico); sulla base di tale assunto ha ritenuto che tale attività debba più propriamente essere qualificata come attività lavorativa subordinata e come tale protetta delle norme in tema di lavoro<sup>220</sup>.

L'applicazione della T.A.R. è troppo recente e variegata per poter individuare delle possibili linee evolutive; non sembra difficile, tuttavia, prevedere la portata dirompente dell'utilizzazione degli algoritmi predittivi sul processo e, più in generale, sulla concreta configurazione del ruolo di giudici<sup>221</sup> e avvocati<sup>222</sup>. Anche perché, come è stato rilevato, sono proprio gli avvocati a spingere in questa direzione; «rather than advocating trust in the profession, they are advocating trust in computers»<sup>223</sup>.

Su questi temi si tornerà nel prossimo capitolo, nel tentativo di immaginare, ovviamente con molti margini di incertezza, i possibili scenari futuri. Sin da ora,

<sup>219</sup> *Lola v. Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom*, No. 14-3845 (2d Cir. 2015). Su questa pronuncia, cfr. GORDON, *Overworked, Seeking Overtime: Contract lawyers push for better pay*, in 103 *ABA Journal*, 2017, 10.

<sup>220</sup> HUME, *Preparing for the Near Future: Deep Learning and Law*, cit., 566.

<sup>221</sup> YOUNG, *To Cure the E-Discovery Headache, Revamp the Rule 26(f) Discovery Conference*, in 12 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2014, 355 ss., spec. 358, il quale ipotizza un rafforzamento del ruolo del giudice, quale specie di mediatore, nel cercare di agevolare le parti nella scelta della migliore metodologia di *review* dei documenti. In questo senso, cfr. MURPHY, *Mandating Use of Predictive Coding in Electronic Discovery: An Ill-Advised Judicial Intrusion*, cit., 636 ss., nonché, con riferimento, però, alle sole ricerche per parole chiave, GARRIE, MACHUCA, *E-Discovery Mediation & the Art of Keyword Search*, cit., 467, i quali, inoltre, propongono anche l'utilizzazione di uno *special master*.

<sup>222</sup> BORDEN, BARON, *Finding the Signal in the Noise: Information Governance, Analytics, and the Future of Legal Practice*, cit., 32, i quali ipotizzano un sempre maggiore ricorso all'intelligenza artificiale e ai processi decisionali automatizzati, rilevando che «Lawyers who have embraced analytics will have a leg up on their competition in this brave new space».

<sup>223</sup> REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 104. In termini molto simili, nel senso di una imminente e radicale modificazione del ruolo e della professionalità degli avvocati, cfr. SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, New York, 2008, *passim*, spec. 270 ss. Su queste ultime tesi, cfr. MARCUS, *The Electronic Lawyer*, in 58 *DePaul L. Rev.*, 2009, 275 e ID., *The Impact of Computers on the Legal Profession: Evolution or Revolution?*, in 102 *Nw. U. L. Rev.*, 2008, 1827 ss., nonché JENKINS, *What Can Information Technology Do for Law?*, cit., 604 ss.

però, sembra possibile rinvenire una – forse l'unica, certamente la principale – linea di continuità nella perdurante importanza degli aspetti etici e deontologici<sup>224</sup>.

Anzi, il discorso sul rapporto tra etica professionale, *e-discovery* e, più in generale, processo pare trovarsi a un nuovo e promettente inizio; sono proprio le nuove (e apparentemente neutrali) tecnologie a sollecitare un rinnovato interesse per la dimensione deontologica. In effetti, come acutamente osservato, «when you are on the e-discovery ethics track, if you lay down your guard, you will get run over. Competence is the place to start, but candor is always the place to be»<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> In tema, per un'attenta analisi di questi profili e per gli opportuni riferimenti, HAZARD, DONDI, *Legal Ethics. A Comparative Study*, Stanford, 2004, passim. Cfr. già DONDI, *Introduzione della causa e strategie della difesa*, I, *Il modello statunitense*, cit., 177 ss.

<sup>225</sup> BARKETT, *The Ethics of E-Discovery*, cit., 99.



## CAPITOLO 5

# IL DISORDINE ORDINATO – IL PROCESSO E LE NUOVE STRATEGIE CONOSCITIVE

SOMMARIO: 5.1. La scienza privata del giudice ai tempi di *Google*. – 5.2. Ricerca di nuovi confini – Incertezza e contestabilità del notorio. – 5.3. Accessibilità e notorietà della prova – Una proposta di reinterpretazione dell'art. 115 c.p.c. – 5.4. Problemi di acquisizione probatoria – Algoritmi, contraddittorio e «allontanamento» dalla prova – 5.5. Correlazioni vs. causalità: nuove strategie cognitive e decisione giudiziale.

### 5.1. *La scienza privata del giudice ai tempi di Google*

Il fenomeno dell'*e-discovery* è tipicamente statunitense. Anzi, si può dire, in generale, che «in the judgment of lawyers outside the United States, American rules providing for expansive and extensive discovery are an oddity»<sup>1</sup>. Tuttavia, le più recenti tendenze espresse dall'esperienza nordamericana in materia sembrano offrire interessanti spunti di analisi e di riflessione anche per il processo italiano.

Come si è visto soprattutto nei primi due capitoli, sembra possibile partire dal presupposto che la finalità del processo sia (anche, sebbene non esclusivamente) l'accertamento veritiero dei fatti. Si può dire che il processo abbia una doppia componente: una per così dire performativa (ossia l'adozione di un provvedimento avente effetti giuridici) e una cognitiva (ossia appunto l'accertamento di come si sono svolti i fatti oggetto del procedimento)<sup>2</sup>.

Si è anche osservato che la funzione conoscitiva del processo presuppone

---

<sup>1</sup> NIEMAYER, *Here We Go Again: Are the Federal Discovery Rules Really in Need of Amendment?* cit., 518. In tema, cfr. SUBRIN, *Discovery in a Global Perspective: Are We Nuts?*, in 52 *DePaul L. Rev.*, 2002, 299, ROSS, *A Comparative Critique to U.S. Courts' Approach to E-Discovery in Foreign Trials*, in 11 *Duke L. & Tech. Rev.*, 2013, 313.

<sup>2</sup> In questo senso, FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 73. Sulla natura intrinsecamente «ibrida» del diritto, proteso «in una continua equiparazione tra fatti e norme» e nella «essenziale tensione tra essere e dover essere» cfr. PASTORE, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, in *Ars interpretandi*, 2013, 76.

l'adozione di un concetto di verità intesa come corrispondenza ai fatti, verità da intendersi non tanto in una prospettiva descrittiva (ossia come effettivo risultato raggiunto dal singolo giudizio) quanto piuttosto in una prospettiva prescrittiva (ossia quale obbiettivo di riferimento da raggiungere in ogni processo). In questo senso, quindi, la verità costituisce «ideale e criterio regolativo»<sup>3</sup>.

Pertanto, si può anche sostenere che un processo che non tendesse *ex professo* all'accertamento veritiero dei fatti non sarebbe socialmente accettabile e, soprattutto, non potrebbe neppure dirsi davvero «giusto». Sembra possibile, quindi, ritenere che il processo sia effettivamente uno strumento cognitivo, ossia uno strumento che permette di conoscere fatti o, più correttamente, la verità di affermazioni relative a fatti reali, verità intesa appunto come corrispondenza fra il contenuto delle affermazioni e quanto realmente avvenuto<sup>4</sup>.

Del resto, è possibile rilevare che la ricerca della verità e, in generale, della conoscenza rappresenta per così dire un tratto distintivo della stessa natura umana; si tratta quasi di una sorta di necessità pragmatica<sup>5</sup>. Ma tale necessità non pare necessariamente vincolata a specifici scopi od obiettivi; si è osservato in proposito che «conoscere appartiene alla natura degli esseri umani, di tutti noi soggetti cognitivi. Epistemologicamente curiosi, proviamo a comprendere come siamo fatti e come è fatto il mondo che ci circonda»<sup>6</sup>.

Posta la sua natura epistemica, si può anche affermare che il processo, al di là dal suo maggiore o minore carattere di specialità rispetto agli altri strumenti di conoscenza, sia comunque influenzato dalle comuni modalità gnoseologiche. In altri termini, sembra possibile sostenere che le ordinarie strategie epistemiche influenzino e modellino anche il modo con cui il processo conosce la realtà<sup>7</sup>; e

<sup>3</sup> Cfr. ancora FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 74, ID., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in BESSONE, GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, 337. Nella dottrina processualciviltistica, in questo senso, TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1130.

<sup>4</sup> In particolare, sulla funzione epistemica della prova nell'accertamento dei fatti, cfr. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 12 ss. e PASTORE, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, cit., 73 ss., spec. 77 s.

<sup>5</sup> CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 615 ss. In questi termini, cfr. anche GRIMM, *Epistemic Goals and Epistemic Values*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 2008, 725 s.

<sup>6</sup> AMORETTI, VASSALLO, *Piccolo trattato di epistemologia*, Torino, 2010, 3. Cfr., però, quanto osservato da GRIMM, *Epistemic Goals and Epistemic Values*, cit., 726 ss.; egli, partendo dal pensiero di Hempel e di Goldman (sostenitori della curiosità fine a se stessa), afferma che, in realtà, la mera e sola possibilità di conoscere qualcosa non giustifichi in sé la curiosità, ma che la curiosità possa essere epistemica (se fine a se stessa, ma motivata comunque da uno specifico interesse per il tema) o prudentiale (se collegata a uno specifico obiettivo pragmatico). Sul punto si veda quanto più specificamente detto nel terzo capitolo.

<sup>7</sup> In questi termini, anche per ulteriori riferimenti, cfr. già TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 438 ss., spec. 459 ss., HAACK, *Epistemology and*

ciò anche al netto delle specificità della prova giudiziaria<sup>8</sup> e delle possibili discrepanze che comunque permangono fra le teorie epistemologiche e la prassi concreta dei processi<sup>9</sup>. A questo riguardo si è autorevolmente proposto di parlare di vera e propria «epistemologia giudiziaria»<sup>10</sup>.

Questa premessa, però, non è risolutiva, proprio perché accomunare la decisione giudiziale alle ordinarie strategie epistemiche non fornisce alcuna specifica risposta al problema del giudizio del fatto<sup>11</sup>. Appare quindi necessario chiedersi se, in considerazione dei più recenti sviluppi tecnologici, stiano mutando le strategie epistemiche o conoscitive dell'uomo e se, conseguentemente, tali mutamenti possano ripercuotersi anche sulle modalità di accertamento dei fatti nel processo; e ciò nonostante la tendenziale lentezza con cui le leggi processuali si adeguano alle nuove tecniche<sup>12</sup>.

In effetti, oggi si parla ricorrentemente di crisi della conoscenza, soprattutto in collegamento con lo sviluppo delle nuove tecnologie; e ciò, in quanto, «trasformando il medium tramite cui sviluppiamo, conserviamo e trasmettiamo il sapere, trasformiamo anche la conoscenza»<sup>13</sup>.

Prima di tutto, però, appare necessaria una precisazione. Invero, non si in-

*the Law of Evidence: Problems and Projects*, in ID., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, 2014, 5 ss.

<sup>8</sup> TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 47.

<sup>9</sup> Sul rapporto fra prova giudiziaria e teorie gnoseologiche si rimanda, anche in prospettiva storica, a DAMAŠKA, *Rational and Irrational Proof Revisited*, in 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 1997, 25 ss., spec. 37 ss., ove l'autore rileva che, ancora oggi, «discrepancies between dominant epistemological theories and common sense practices are again manifest».

<sup>10</sup> UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., ix s. e 28 ss. In tema, HAACK, *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*, cit., 6 s. A questo proposito, occorre segnalare come l'utilizzazione dell'espressione epistemologia come sinonimo di teoria della conoscenza (sia generale sia riferita a specifiche discipline) sia piuttosto recente e sia probabilmente frutto dell'influsso del termine inglese *epistemology* (tradizionalmente utilizzato proprio per riferirsi a ogni teoria della conoscenza). In senso proprio, infatti, epistemologia indica più specificamente i metodi delle conoscenze scientifiche (la c.d. filosofia della scienza), mentre per riferirsi più in generale alle teorie della conoscenza si dovrebbe parlare di gnoseologia. In questo senso, cfr. CEVOLANI, DI IORIO, DI NUOSCO, *Dalla filosofia alla scienza, e ritorno: l'analisi della conoscenza tra epistemologia e scienze cognitive*, prefazione all'edizione italiana di BESNIER, *Teorie della conoscenza*, Soveria Mannelli, 2013, trad. it di *Les théories de la connaissance*, Parigi, II ed., 2011, 5.

<sup>11</sup> TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, cit., 445.

<sup>12</sup> In questo senso, cfr. PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1732, il quale, negli anni Sessanta, rilevava che «le nostre leggi processuali non dimostrano grande simpatia per i ritrovati della scienza e della tecnica e denunciano, anche su questo punto, la loro vera età». In argomento, anche per un'analisi sintetica dei benefici che le nuove forme di comunicazione online generano sulla conoscenza scientifica, THAGARD, *Internet Epistemology: Contributions of New Information Technologies to Scientific Research*, reperibile su <http://cogprints.org/674/1/Epistemology.html>, 1997.

<sup>13</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., x.

tende prendere specifica posizione sul controverso tema del determinismo tecnologico, ossia sull'annoso interrogativo se i mutamenti tecnologici siano la causa oppure l'effetto di mutamenti del pensiero umano<sup>14</sup>; allo stesso modo non si intende esprimere un giudizio di valore sui possibili effetti delle nuove tecnologie, ossia se le stesse ci stiano rendendo più stupidi oppure no<sup>15</sup>. Qui, invece, sembra possibile accontentarsi, in una prospettiva meramente descrittiva, di rilevare che i mutamenti tecnologici sono quasi sempre contestuali anche a mutamenti delle strategie epistemiche e gnoseologiche<sup>16</sup>.

Ciò chiarito, oggi si può dire che sia ricorrente l'affermazione di trovarsi in una situazione di «sovraccarico informativo»<sup>17</sup>; e ciò a segnalare la crisi delle ordinarie strategie conoscitive, inidonee a fronteggiare l'esponentiale aumento di dati generato dalle nuove tecnologie. Si è già segnalata la nota definizione di «Petabyte age», coniata proprio per indicare come l'epoca attuale sia caratterizzata dal peso e dall'influsso della sempre maggiore mole di dati disponibili<sup>18</sup>. Altrettanto ricorrente è il riferimento al correlato fenomeno dei *Big Data*, in continua evoluzione e difficile da definire con precisione<sup>19</sup>.

In realtà, come è stato correttamente messo in luce, la sensazione di trovarsi di fronte a una crisi della conoscenza e a un sovraccarico informativo non è nuova. Già in passato, sempre in occasione di significativi mutamenti tecnologici, l'uomo si è trovato a fronteggiare situazioni simili. Ad esempio, nel Cinquecento, dopo l'invenzione della stampa, si era posto il problema della possibile esistenza di “troppi” libri<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?* in *Sistemi intelligenti*, 2017, 569 ss.

<sup>15</sup> Questa è la domanda che si pone (e a cui dà risposta positiva) CARR, *Internet ci rende stupidi? Come la rete sta cambiando il nostro cervello*, Milano, 2011, trad. it. di *The Shallows. What the Internet Is Doing to Our Brains*, New York, 2010. In senso contrario, proprio in contrapposizione alla tesi di Carr e sempre in una sostanziale prospettiva di determinismo tecnologico, cfr. WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 115 ss.

<sup>16</sup> In questo senso LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, 11 ss.

<sup>17</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 9. GOODY, *L'addomesticamento del pensiero selvaggio*, 1977, 47 ss., MCKITTERICK, *Testo stampato e testo manoscritto. Un rapporto difficile*, Milano, 2005, passim e DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 570.

<sup>18</sup> Per questa definizione, cfr. ANDERSON, *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, in *Wired*, 23 giugno 2008, <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/>.

<sup>19</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, trad. it. di *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, New York, 2013, 11 ss., BOYD, CRAWFORD, *Critical Questions for Big Data*, in *Information, Communication & Society*, 2012, 665. Nella dottrina giuridica italiana, cfr. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, Torino, 2018, 265.

<sup>20</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 197. Nel medesimo senso, WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 13.

Invero, come è stato osservato, «il disordine, naturalmente, ha sempre accompagnato gli uomini. La nostra cultura, però, non solo l'ha combattuto, ma ha anche misurato i propri progressi in base a quanto è riuscita a domarlo. Tutte le cose hanno un loro posto, ci hanno insegnato, e noi dominiamo il nostro mondo – lo conosciamo – discernendo e facendo rispettare quei posti»<sup>21</sup>. Anzi, si può dire che lo sviluppo della conoscenza umana sia stato sempre caratterizzato da un inevitabile fenomeno di cancellazione di conoscenze<sup>22</sup>: per così dire «la conoscenza è consistita nel ridurre ciò che dovevamo sapere»<sup>23</sup>.

Si può affermare, quindi, che l'attuale sensazione di crisi della conoscenza o di sovraccarico cognitivo dipenda non tanto dalla mole di dati messa a disposizione dalle nuove tecnologie, quanto dall'inadeguatezza dei filtri tradizionali per gestirli. Come giustamente osservato, «la nostra società ha incrementato l'incertezza, non tanto perché sappiamo più cose, quanto piuttosto perché si sono indeboliti i criteri di riduzione dell'incertezza socialmente disponibili»<sup>24</sup>.

In proposito sembra possibile richiamare la nota distinzione fra *small world* e *large world* coniata dall'economista statunitense Leonard Savage alla metà del Ventesimo secolo per descrivere e analizzare le decisioni in situazioni di incertezza. Più specificamente, con *small world* si deve intendere una situazione in cui la decisione viene presa conoscendo tutti i fatti, tutte le scelte possibili, tutte le relative probabilità e tutti i conseguenti effetti<sup>25</sup>.

In altri termini, si può dire che l'uomo cerchi continuamente di ridurre l'incertezza trasformando la realtà in piccoli mondi, caratterizzati da informazioni limitate e, quindi, proprio perché limitate, gestibili. Questo tipo di strategia di filtro e di riduzione sembra caratterizzare anche il processo. Appare possibile, infatti, affermare che lo strumento processuale sia strutturato proprio per consentire la riduzione del mondo reale in un mondo più piccolo in cui sia più facile gestire l'incertezza e prendere conseguentemente le decisioni.

<sup>21</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 252.

<sup>22</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 185. Con specifico riferimento all'evoluzione del diritto, cfr. VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, Stanford, 2008, trad. ing. di *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt am Main, 2000, 26, la quale, proprio con riferimento all'attività normativa, rileva che «deleting rather than writing establishes the symbolic order of the law. The cancelled signs are *significants barrés*».

<sup>23</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 9.

<sup>24</sup> VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, Milano-Udine, 2015, 136. Si veda anche DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 570. Con specifico riferimento ai problemi giuridici, PAUL, BARON, *Information Inflation: Can The Legal System Adapt?*, in *13 Rich. J.L. & Tech.*, 2007, 2 ss.

<sup>25</sup> SAVAGE, *Foundations of Statistics*, New York, 1954, 8 ss. Su posizioni molto simili si era già espresso un altro noto economista statunitense KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*. Boston-New York, 1921, 197 ss. In tema, nella dottrina italiana, cfr. recentemente VIALE, *La decisione nel re- gno dell'incertezza*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 236.

In questo senso possono leggersi alcuni principi caratteristici del meccanismo processuale, principi che forse proprio per la loro derivazione conoscitiva (prima ancora che giuridica) talvolta non trovano neppure espresso riconoscimento normativo. Il riferimento è, ovviamente, al principio di preclusione e, soprattutto, al correlato principio (privo di una espressa definizione) in base al quale il giudice può decidere solo sulla base di quanto è agli atti del fascicolo (principio ancora oggi riassunto nel brocardo *quod non est in actis non est in mundo*)<sup>26</sup>.

Il processo, così come le ordinarie strategie conoscitive, procede per riduzione: l'allegazione dei fatti delimita il *thema decidendum* della controversia, la mancata contestazione dei fatti definisce il *thema probandum* e, infine, quanto acquisito agli atti rappresenta il mondo – lo *small world* per riprendere la terminologia di Savage – del giudice, ossia l'insieme definito di informazioni che consentono di decidere la controversia. Si potrebbe quindi sostenere che la tradizionale separatezza del processo dal mondo reale – caratteristica distintiva del processo sin dalle sue origini – rappresenti in qualche modo uno degli strumenti per ridurre l'incertezza e consentire la decisione.

La separatezza del processo si traduce in esclusione di ciò che non vi è ammesso. Separatezza, infatti, implica non solo selezione di cosa può entrare, ma anche – e forse soprattutto – esclusione di ciò che non può avervi accesso. Vi sono innumerevoli esempi letterari che enfatizzano questo aspetto proprio con riferimento al processo<sup>27</sup>. Basti ricordare che lo scudo di Achille, così descritto nel diciottesimo libro dell'Iliade, conteneva la raffigurazione di un processo, con i giudici posti al centro di un cerchio sacro<sup>28</sup>.

La stessa etimologia di alcuni termini giudiziari tradizionali denota l'importanza dell'attività di "esclusione" dal processo. Si pensi solo alla figura del cancelliere, il quale ha (o forse sarebbe meglio dire aveva, prima del processo telematico) quale proprio specifico compito «to mediate between the judge and the outside world»<sup>29</sup>. Ebbene, tale termine deriva etimologicamente (ma anche funzionalmente) dalla parola latina *cancellus*, ossia grata, barriera in grado di limitare lo spazio e, quindi, di separare due luoghi escludendone la reciproca comunicazione<sup>30</sup>. Non a caso, la parola di uso comune «cancellare» ha la medesi-

<sup>26</sup> Si veda, in tema, FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012 (da cui sono tratte le citazioni), trad. it. di *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, 27 ss.

<sup>27</sup> In proposito, il riferimento imprescindibile è CAVALLONE, *La borsa di Miss Filte*, cit., 46. Si veda anche, proprio con riferimento al Processo di Kafka, VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, Stanford, 2008 (da cui le citazioni), trad. ing. di *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt am Main, 2000, 14.

<sup>28</sup> Si vedano, al riguardo, i versi da 503 a 506 del diciottesimo canto dell'Iliade.

<sup>29</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., 17.

<sup>30</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., 17. Il termine cancelliere, infatti, nel tardo

ma origine etimologica<sup>31</sup>; e ciò in quanto «deleting rather than writing establishes the symbolic order of the law. The cancelled signs are *significant barrés*»<sup>32</sup>.

Il tema, tuttavia, merita alcune ulteriori riflessioni. In effetti, si potrebbe fondatamente sostenere che la separatezza del processo dalla realtà trovi la propria *ratio* prima di tutto nella funzione rituale, quasi religiosa, del processo<sup>33</sup>.

La fisicità del rito, ossia la sua localizzazione in un contesto specifico e particolare, ne costituisce una caratteristica essenziale. Il rito è intrinsecamente separato dal mondo normale; e così sembra potersi dire per il processo. La separazione dalla vita reale, unitamente agli altri elementi costitutivi del rituale (fra cui la sacralità delle forme, la ripetitività delle stesse e il potere evocativo dei simboli utilizzati), ha prima di tutto la funzione di legittimare il rito stesso, segnalandone la particolare importanza svolta nel contesto sociale<sup>34</sup>.

Come già sottolineato in un notissimo libro dello storico olandese Huizinga, l'uso delle formule rituali determina anche una trasformazione dei protagonisti del rito, segnalando l'importanza sociale del loro ruolo. «I giudici escono dalla "vita solita" prima di cominciare il lavoro giudiziario. Si vestono della toga oppure si mettono la parrucca. [...] Questa parrucca del magistrato è più che il residuo di una moda antica. Per la sua funzione è da considerarsi molto affine alle maschere dei popoli primitivi»<sup>35</sup>.

Non a caso, Carnelutti chiosava giustamente queste pagine osservando che «esce dalla vita solita, davvero, il magistrato quando veste la toga o la parrucca; anzi, più che dalla vita solita dovrebbe *uscire da sé stesso*»<sup>36</sup>. È superfluo sottolineare l'acume e la lungimiranza di Carnelutti; se mai ce ne fosse bisogno, è sufficiente ricordare quanto scritto da Oscar Chase oltre cinquanta anni dopo: «the culturally required depersonalization is so important that it requi-

---

impero romano indicava sia l'ufficiale che montava la guardia alla tenda da letto dell'imperatore (protetta appunto da un cancello) sia la guardia che doveva introdurre i litiganti davanti al giudice, attraverso il cancello che separava il resto della sala dalla tribuna dove sedeva il giudice.

<sup>31</sup> Cancellare, infatti, significa sbarrare le parole, tracciando righe simili a delle grate o a un cancello.

<sup>32</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., 26.

<sup>33</sup> CHASE, *Law, Culture, and Ritual*, New York, 2005 (da cui sono tratte le citazioni), pubblicato anche in Italia con il titolo, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Bari, 2009, 114, il quale osserva che, al pari di altri riti, anche le «disputing institutions employ ceremonial practices in the servicy of legitimacy».

<sup>34</sup> Si veda, ancora una volta, CHASE, *Law, Culture, and Ritual*, cit., 122, il quale infatti rileva che «in the end, it appears that the ritualization of disputing serves multiple purposes».

<sup>35</sup> HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, 1946, trad. it. di *Homo ludens*, Amsterdam, 1938, 100 s., citato già da CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 110.

<sup>36</sup> CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, cit., 110, il quale aggiunge che «in ultima analisi, la toga del giudice assai più che alla maschera dell'attore somiglia alla stola del sacerdote. Il giudice giudica ma è anche giudicato».

res the individual who becomes a judge to reconstruct her person»<sup>37</sup>.

Di per sé, quindi, la separatezza del processo dal mondo reale non parrebbe necessariamente collegata a esigenze per così dire epistemiche. Tuttavia, oggi sembra difficile pensare che il fondamento di tale separatezza sia da rinvenirsi in ragioni di natura sostanzialmente rituale, soprattutto nel momento presente, caratterizzato, come icasticamente affermato, da un sostanziale abbassamento di intensità dei riti<sup>38</sup>.

In effetti, appare possibile affermare che la separatezza del processo abbia, prima di tutto, una funzione selettiva di ciò che vi può entrare e, quindi, una funzione essenzialmente conoscitiva. Ovviamente, non è semplice – e forse neppure possibile – comprendere quando si sia verificata questa specifica configurazione, ossia quando la separatezza del rito del mondo reale abbia caratterizzato anche (e forse soprattutto) il contenuto del processo. Tuttavia, sembra ugualmente possibile formulare qualche ipotesi, proprio collegata allo sviluppo delle tecnologie di comunicazione e di documentazione.

Prima di tutto sembra possibile partire dalla considerazione, per certi versi banale, che concetti e principi oggi ritenuti pacifici e acquisiti, quali, ad esempio, il concetto di fatto notorio (non presente nel diritto romano come si è visto nel capitolo terzo) e i principali brocardi ancora oggi ricorrenti nei discorsi giuridici (fra cui appunto, quello che sancisce la totale irrilevanza ai fini decisori di ciò che non è acquisito nel fascicolo del processo), siano frutto di una contestuale elaborazione nel diritto medievale<sup>39</sup>.

Non pare, infatti, che si tratti di una mera coincidenza. Al contrario, sembra possibile azzardare una diversa ricostruzione, collegata alla progressiva evoluzione tecnologica o, più propriamente, all'evoluzione delle tecniche di documentazione. In proposito, all'inizio del quarto capitolo si è sottolineata la significativa influenza di tali innovazioni sul concetto di documento e, più in generale, sullo stesso diritto<sup>40</sup>. Ad esempio, sembra possibile ricordare come, in epoca medievale, si consolidò il passaggio dal *volumen* (o rotolo romano) al *codex* (ossia al libro rilegato), affermatosi a partire dalla fine dell'impero romano, contestualmente alla nascita e alla diffusione del cristianesimo in occidente<sup>41</sup>. In particolare, sembrano collega-

<sup>37</sup> CHASE, *Law, Culture, and Ritual*, cit., 120.

<sup>38</sup> ORTOLEVA, *Il secolo dei media. Riti, abitudini, mitologie*, Milano, 2008, 81 ss.

<sup>39</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, Stanford, 2008, trad. ing. di *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt am Main, 2000, 56, la quale osserva, infatti, che «the performative, reality-producing operation of putting things on file brings to mind the saying *Quod non est in actis non est in mundo*. There is no evidence that it was already current in Rome».

<sup>40</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., *passim*.

<sup>41</sup> In generale, anche per ulteriori riferimenti, CAVALLO, *Tra "volumen" e "codex". La lettura nel mondo romano*, in CAVALLO, CHARTIER (a cura di), *Storia della lettura nel mondo occidentale*, Roma, Bari, 1995, 37 ss. e LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, 16.

bili a tale mutamento tecnico significative conseguenze giuridiche, in quanto, «scroll and codex determine differing concepts of time and law»<sup>42</sup>.

In effetti, si può ritenere che, prima della diffusione del libro rilegato (il *codex* appunto), il diritto avesse una dimensione essenzialmente orale; gli stessi archivi avevano una funzione per lo più simbolica e gli *acta* servivano più che altro come strumento di ricordo della dimensione performativa, intrinsecamente orale del diritto. Come acutamente osservato, nel diritto romano, «a command is normally issued orally, and its orality is maintained even if the order is also present in writing, in the shape of a decree or an edict. Even the law, *lex*, derived from *legere*, maintains an etymological connection to reading out loud and selecting (counting)»<sup>43</sup>.

Al progressivo sviluppo dei libri in forma di *codex*, certamente più funzionali dei rotoli per la catalogazione e la classificazione, si accompagna una sorta di inversione di prospettiva. Se prima archivi ed *acta* erano, per così dire, mere prove dell'esistenza e del contenuto del diritto (esistente indipendentemente dagli stessi), successivamente, essi ne diventano una indispensabile componente costituiva; si può dire che, a seguito di questo mutamento di prospettiva, «the law operates not in mundo but in the medium of literality; it believes only what is written – more precisely, what it has itself written down»<sup>44</sup>.

Sembra possibile riscontrare questo mutamento di prospettiva anche nei generali meccanismi conoscitivi dell'uomo; viene a maturazione, se così si può dire, il lento processo di «interiorizzazione della scrittura» incominciato molti secoli prima, ossia la progressiva configurazione del pensiero stesso in una dimensione scritta<sup>45</sup>. In altri termini diventa definitiva e consapevole la convinzione che «tutto il linguaggio po[ss]a venire concepito come linguaggio scritto» e «anzi, che la scrittura sia il linguaggio, più che un semplice manufatto visivo destinato a far scattare per associazione simbolica il ricorso di una serie di suoni linguistici»<sup>46</sup>.

Pur alla luce del successivo parziale ridimensionamento di tali teorie<sup>47</sup>, la progressiva modulazione del pensiero secondo gli schemi della scrittura appare rappresentare la base del modello conoscitivo poi giunto sino ai giorni nostri,

<sup>42</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., 43.

<sup>43</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., 49.

<sup>44</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., 56.

<sup>45</sup> In questi termini, cfr. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 2012 (da cui sono tratte le citazioni), trad. it. di *Orality and Literacy: The Technologizing of the Word*, London-New York-Methuen, 1982, 131 ss., spec. 149 ss.

<sup>46</sup> Così HAVELOCK, *La Musa impara a scrivere. Riflessioni sull'oralità e l'alfabetismo*, Bari, 2005 (da cui sono tratte le citazioni), trad. it. di *The Muse Learns to Write. Reflections on Orality and Literacy from Antiquity to the Present*, New Haven, 1986, 139.

<sup>47</sup> NUMERICO, FIORMONTE, TOMASI, *L'umanista digitale*, Bologna, 2010, 72 s.

caratterizzato da un processo di catalogazione e contemporanea riduzione, modello poi ulteriormente rafforzato dall'invenzione della stampa<sup>48</sup>.

La possibilità di ordinare per iscritto le conoscenze induce a classificarle; contemporaneamente, però, in considerazione dei limiti, fisici ed economici, della scrittura, la catalogazione implica un correlativo processo di selezione delle conoscenze, separando ciò che va preservato da ciò che può (o addirittura deve) essere eliminato<sup>49</sup>. Sembra possibile trovare significativi effetti di questa rafforzata strategia conoscitiva anche sul diritto. La codificazione giustiniana, così come puoi tutti i più importanti processi di codificazione (accentuati evidentemente dal successivo sviluppo della stampa), nasce *ex professo* con un intento di selezione e di eliminazione di ciò che non serve<sup>50</sup>.

Ma lo stesso può dirsi anche per il processo; sembra possibile – ma ovviamente sarebbero necessarie indagini decisamente più approfondite che qui non si possono svolgere – ipotizzare che l'elaborazione del brocardo *quod non est in actis non est in mundo* rappresenti un segno di questo passaggio. In altri termini, il prevalere della dimensione scritta porta a concepire il processo essenzialmente come meccanismo di selezione, con conseguente esclusione di quanto non è fisicamente ammesso al suo interno. In fondo, proprio in questi cambiamenti e nella progressiva interiorizzazione degli schemi concettuali derivati dalla scrittura, si potrebbe anche rinvenire la fine dalla dimensione retorica del processo<sup>51</sup>.

Ciò posto, sembra possibile affermare che oggi si stia verificando un analogo mutamento. Come già si è accennato, le nuove tecnologie di comunicazione e di documentazione stanno mettendo a serio rischio la funzionalità delle ordinarie strategie conoscitive. Si è osservato, infatti, che «l'ordine digitale ci permette di creare una confusione molto più grande – e molto più utile – di quanto non sia mai stato possibile fare prima»<sup>52</sup>. Proprio questa nuova confusione digitale mette a rischio l'efficacia della tradizionale strategia conoscitiva «per riduzione» e incrina inevitabilmente alcuni principi ad essa strettamente collegati.

Con specifico riferimento al processo, la crisi del modello conoscitivo tradizio-

<sup>48</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 130.

<sup>49</sup> GAGLIARDI, *La naturalizzazione dei concetti: aspetti computazionali e cognitivi*, in *Sistemi intelligenti*, 2014, 283, secondo cui la categorizzazione «ci permette di comprendere e fare previsioni sugli oggetti e sugli eventi del mondo che ci circonda. La categorizzazione è il processo attraverso il quale la mente umana divide il mondo in categorie costruendo dei concetti che forniscono la rappresentazione mentale di queste categorie».

<sup>50</sup> VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, cit., 63, la quale giustamente osserva, proprio con riferimento alla codificazione giustiniana, che «codifiers act as purifiers, as the champions of a monotheistically structured law that allows no other laws save those which it has codified itself».

<sup>51</sup> GIULIANI, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 599 e PICARDI, «*Audiat et altera pars*». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 14 s.

<sup>52</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 252.

nale sembra ripercuotersi prima di tutto sull'effettività del divieto di scienza privata da parte del giudice. In effetti, al di là dei dubbi di attendibilità delle informazioni reperibili *online*, tutti abbiamo ormai l'abitudine di consultare *Internet* per reperire facilmente informazioni, per verificare fatti della vita quotidiana o anche per reperire informazioni su altre persone. Questa nuova abitudine (ma potremmo parlare di vera e propria nuova strategia conoscitiva) rischia di mettere a serio rischio il rispetto del divieto della scienza privata. Si tratta di un problema che prescinde dai singoli ordinamenti e dalle specifiche regole processuali e che appare in grado di incrinare la stessa struttura accusatoria del processo statunitense<sup>53</sup>.

Appare sempre più diffusa, in effetti, la tendenza a considerare ai fini delle decisioni anche quanto è reperibile «outside the record»<sup>54</sup>; e ciò non solo fra i giurati, laici e tendenzialmente meno rigidi al formalismo processuale<sup>55</sup>. Invero, una simile tendenza sembra emergere con chiarezza, ad esempio, nell'ambito del giudiziario di appello statunitense, attraverso un sempre più frequente ricorso alla c.d. «judicial independent research», giustificata facendo ricorso alla tradizionale bipartizione, in tema di *judicial notice*, fra «adjudicative facts» (soggetti ai limiti della Rule 202 FRE) e «legislative facts» (non sottoposti, invece, alle medesime limitazioni)<sup>56</sup>; in senso favorevole si veda ad esempio l'autorevole posizione, peraltro *dissenting* all'interno della decisione in cui è stata espressa, del giudice Posner<sup>57</sup>. D'altro canto, i casi di ricorso alla *judicial notice* costituiscono legittime eccezioni al divieto di ricerche giudiziali indipendenti previste dalle *Model Rule of Judicial Conduct*<sup>58</sup>.

Come si è già sottolineato nell'introduzione, anche il *revirement* della Corte di cassazione italiana in tema di giudicato esterno sembra rappresentare un esempio di questo fenomeno. La Corte, infatti, ha rilevato che «in caso di giudi-

<sup>53</sup> GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, in 61 *Duke L.J.*, 2011, 1 ss.

<sup>54</sup> GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., 4.

<sup>55</sup> HOFFMEISTER, *Google, Gadgets, and Guilt: Juror Misconduct in the Digital Age*, in 83 *U. Colo. L. Rev.*, 2012, 409, ID., *Investigating Jurors in the Digital Age: One Click at a Time*, in *Kans. L. Rev.*, 2012, 611, MYERS MORRISON, *Jury 2.0*, in 62 *Hastings L.J.*, 2011, 1579.

<sup>56</sup> Su tale distinzione si rimanda specificamente all'ultimo paragrafo del terzo capitolo; in tema cfr. GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., 9 e THORNBURG, *The Curious Appellate Judge: Ethical Limits on Independent Research*, in 28 *Rev. Litig.*, 2008, 131.

<sup>57</sup> *Hope Clinic v. Ryan*, 195 F.3d 857 (7<sup>th</sup> Cir. 1999) (en banc), vacated, 530 U.S., 2000, 1271. Si veda, poi, la posizione espressa dal medesimo giudice anche a livello dottrinale: POSNER, *Judicial Opinions and Appellate Advocacy in Federal Courts – One Judge's Views*, 51 *Duq. L. Rev.*, 2013 3 ss. In tema cfr. GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., 47 e SCHAUER, *The Decline Of "The Record": A Comment on Posner*, in 51 *Duq. L. Rev.*, 2013, 53 s.

<sup>58</sup> In particolare, la Rule 2.9(c) del *Model Code* prevede espressamente che: «[a] judge shall not investigate facts in a matter independently, and shall consider only the evidence presented and any facts that may properly be judicially noticed». In tema, GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 224.

cato esterno conseguente ad una sentenza della stessa corte, la cognizione del giudice di legittimità può avvenire anche mediante quell'attività di ricerca (relazioni, massime ufficiali e consultazione del Ced) che costituisce corredo del collegio giudicante nell'adempimento della funzione nomofilattica di cui all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e del dovere di prevenire contrasti tra giudicati, in coerenza con il divieto del *ne bis in idem*<sup>59</sup>.

La Corte, evidentemente consapevole del rischio di violazione del divieto di scienza privata, afferma che «la conoscenza dei propri precedenti da parte della corte di cassazione non è infatti riconducibile alla scienza privata del giudicante, in quanto tale conoscenza si ricollega alla funzione istituzionale nomofilattica della cassazione (di cui all'art. 65 ordinamento giudiziario), per facilitare il cui assolvimento opera l'ufficio del massimario e sono predisposti presso la corte archivi elettronici»<sup>60</sup>.

Nonostante queste rassicurazioni, sembra difficile negare che in questo caso i giudici di legittimità abbiano effettivamente ammesso un caso di ricorso alla scienza privata o, quantomeno, al notorio giudiziale<sup>61</sup>. Per utilizzare la terminologia statunitense, la Corte pare aver sostanzialmente giustificato la propria decisione qualificando l'esistenza di sentenza già emesse fra le stesse parti come un *legislative fact* (come tale liberamente rilevabile da parte del giudice).

Si tratta di un fenomeno sempre più ricorrente; e ciò porta inevitabilmente a interrogarsi sul senso e sulla portata attuale del divieto di scienza privata<sup>62</sup>. In effetti, tale divieto viene considerato immanente all'intera disciplina processuale<sup>63</sup>, trovando piena applicazione «in qualunque specie di processo, sia che prevalga il principio dispositivo sia che prevalga il principio inquisitorio»<sup>64</sup>; e ciò

<sup>59</sup> Cass. civ., sez. lav., 4 dicembre 2015, n. 24740, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Cosa giudicata civile*, n. 6.

<sup>60</sup> Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2007, n. 26482, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Cosa giudicata civile*, n. 10.

<sup>61</sup> In questi termini, in senso critico al predetto orientamento giurisprudenziale (o meglio, alle argomentazioni utilizzate dalla Corte), cfr. PANZAROLA, *Il notorio, la Judicial Notice e i «concetti» di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 610, il quale evidenzia l'impropria equiparazione dei precedenti agli elementi normativi, sottolineando come, nei fatti, la Corte di Cassazione abbia configurato un caso di notorio giudiziale.

<sup>62</sup> In generale, sul divieto di scienza privata, cfr. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 861 e ora anche in *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, 2016 (da cui sono tratte le citazioni), 231, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 195, TARUFFO, *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in *Sui confini, Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 329 ss. e PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 49.

<sup>63</sup> La portata generale del divieto è tale da essere pacificamente ritenuta estensibile a qualsiasi processo, anche se non tecnicamente giurisdizionale, come, ad esempio, l'arbitrato (L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 823).

<sup>64</sup> MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 224. In questo senso, già STEIN, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, 1999, 3, trad. spagn. di *Das Private Wissen der Richters*, Leipzig, 1893.

quale derivazione «della consolidata regola secondo cui il giudice non può decidere *secundum conscientiam*»<sup>65</sup>.

Del resto, sembra trattarsi di una considerazione di buon senso prima ancora che di diritto; probabilmente nessuno sarebbe disponibile ad accettare che il giudice decida una controversia attingendo a informazioni acquisite informalmente e non sottoposte al contraddittorio fra le parti. Generalmente, infatti, si ritiene che l'ultima parte del più volte menzionato brocardo (secondo cui il giudice deve decidere sulla base delle allegazioni e delle prove, non secondo coscienza) rappresenti il riconoscimento del valore sostanzialmente universale di tale principio. Anzi, secondo una recente dottrina, tale brocardo enuncerebbe proprio – e solo – il divieto di scienza privata del giudice<sup>66</sup>. In ogni caso, si ritiene che tale divieto sia talmente pacifico e ovvio da «non meritare nemmeno una espressa enunciazione normativa»<sup>67</sup>.

In effetti, al pari del sopramenzionato principio *quod non est in actis non est in mundo*, anche il divieto di scienza privata non sembra trovare un esplicito riconoscimento normativo. Secondo alcuni tale divieto sarebbe desumibile dall'art. 97 disp. att. c.p.c., ai sensi del quale «il giudice non può ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé». Può tuttavia apparire strano che un principio tanto immanente e fondamentale trovi il proprio fondamento in una semplice norma di attuazione. In realtà, una parte della dottrina tende a ricondurre il riconoscimento di tale divieto all'art. 115 c.p.c., il quale non enuncerebbe tanto il principio di disponibilità della prova, quanto piuttosto il divieto per il giudice di fare ricorso alla propria scienza privata<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> CAVALLONE, «Conscientia deposita aedificat ad Gehennam», ovvero: un lodevole provvedimento di astensione, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 867.

<sup>66</sup> PICÓ I JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, cit., 1518, secondo il quale l'erronea trasmissione avrebbe alterato «nella sostanza l'autentica finalità che si intendeva raggiungere con suddetto brocardo, vale a dire, obbligare il giudice, nel momento di decidere il caso, cioè, all'emettere la sentenza – *iudex iudicare debet* –, a limitarsi a risolverlo solo in funzione di ciò che era stato dedotto e provato nel processo – *secundum allegata et probata* –, senza che la sua scienza privata potesse modificare ciò che era stato veramente allegato e provato nello stesso – non *secundum conscientiam* –».

<sup>67</sup> CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., 231. Come si è visto precedentemente nel testo, ciò pare valere anche per altri ordinamenti, come appunto quello statunitense, in cui il divieto di *independent research* è stabilito nelle *Model Rules of Judicial Conduct*.

<sup>68</sup> ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 278, secondo il quale «il significato globale dell'art. 115, 1° comma, si risolve nel divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice», MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., 197, già ID., *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 222, DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 264, 1014 e CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 124, nonché soprattutto ID., *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., 297 e ancora più recentemente, ID., *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., 192.

Al di là dell'inquadramento teorico, occorre prima di tutto chiedersi quale sia la concreta funzione di tale divieto. Ovviamente, la domanda potrebbe sembrare quasi paradossale, se non addirittura provocatoria. In effetti, tale regola pare funzionale ad assicurare la correttezza del processo decisionale: essa sembrerebbe rappresentare una manifestazione del diritto costituzionale alla difesa, impedendo, in particolare, che la decisione possa essere basata su prove non conosciute dalle parti. Ciò è certamente vero, ma anche un po' fuorviante. Non bisogna confondere, infatti, l'esigenza (ineliminabile e oggi elevata a garanzia di rango costituzionale) di assicurare il contraddittorio fra le parti e la verificabilità della decisione con la regola che impone di considerare ai fini della decisione solo ciò che risulta dagli atti. Solo se riferito a quest'ultimo caso (e quindi direttamente derivato dal brocardo *quod non est in actis non est in mundo*), infatti, il divieto di scienza privata appare davvero tassativo e inderogabile.

Il problema è tutt'altro che semplice e merita ulteriori riflessioni. In effetti, si può certamente sostenere che limitare gli elementi posti a fondamento della decisione alle sole risultanze degli atti (limitando il «mondo» cui applicare tale controllo) faciliti il controllo della decisione giudiziale. Tuttavia, non è detto che tale controllo sia sempre efficace e, soprattutto, che non possa essere esercitato in altro modo. Si pensi solo – ma di ciò si è parlato diffusamente nel capitolo 3 – ai fatti noti che, per definizione, non sono negli *acta* del processo, ma sui quali (*rectius*, sulla decisione che si fonda su tali fatti) è comunque possibile esercitare un controllo *a posteriori*.

Questo discorso deve essere ulteriormente approfondito. In proposito, sembra necessario chiedersi, anzitutto, quando l'acquisizione di una informazione possa considerarsi avvenuta privatamente. A ben vedere, si potrebbe essere tentati di considerare «privata» qualsiasi informazione non risultante dagli atti del processo. Questa risposta è oggettiva e tranquillizzante, ma non pare più adeguata all'attuale mondo digitalizzato. Come si è visto in precedenza, la distinzione fra ciò che è dentro il processo e ciò che ne è fuori si sta via via facendo più sfumata, come è dimostrato dall'esempio del giudicato esterno e dai sempre più frequenti casi di *independent judicial research* dei giudici federali statunitensi<sup>69</sup>.

Apparentemente si potrebbe ritenere che tali comportamenti siano illegittimi e che, quindi, debbano essere vietati. Tralasciamo ovviamente i dubbi di effettività di una simile strategia, anche se appare assai difficile non solo evitare che un giudice cerchi informazioni su *Internet*, ma soprattutto, e a monte per così dire, venire effettivamente a conoscenza di tale ricerca. In realtà, il problema sembra essere più complesso e articolato. Ritorniamo al caso del *revirement* in tema di giudicato esterno. Supponiamo che, invece del giudice, sia un programma in-

---

<sup>69</sup> GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., 78 s. e GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 223.

formatico che, utilizzando i codici fiscali inseriti all'atto della costituzione, segnali automaticamente la presenza di decisioni già emesse fra le stesse parti. Sembra difficile che si possa parlare in questo caso di vera e propria scienza privata, eppure l'effetto sarebbe sostanzialmente lo stesso, ossia mettere il giudice a conoscenza di tali decisioni.

In effetti, come giustamente si è osservato proprio a questo proposito, «la verità è che qui, prima ancora del principio dispositivo in materia probatoria, viene inevitabilmente messo in discussione lo stesso onere dell'allegazione dei fatti rilevanti e il correlativo divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice, con una potenziale eversione dei principi fondamentali del processo civile»<sup>70</sup>.

Al di là degli aspetti definitori, per cercare di mettere un po' d'ordine occorre ritornare al problema del fondamento del divieto di scienza privata. Tradizionalmente la ragione principale di tale divieto viene individuata nella incompatibilità fra giudice e testimone<sup>71</sup>.

È ricorrente il riferimento al giudice che abbia assistito personalmente ai fatti oggetto di controversia. In questo caso, infatti, ci si porrebbe di fronte a una rigida alternativa: «o il giudice (come psicologicamente è più verosimile) attribuirà comunque, in sede di decisione sul fatto, valore assorbente e decisivo alle proprie conoscenze dirette; oppure, posti i fatti noti soltanto come oggetto di prova, egli si affiderà integralmente (e dunque anche contro la propria intima certezza) al risultato obiettivo delle prove»<sup>72</sup>. In entrambi i casi, però, la situazione non è ottimale: nel primo caso vi sarebbe un'evidente violazione del contraddittorio (in quanto il giudice darebbe comunque peso alle proprie conoscenze), mentre nel secondo il giudice dovrebbe imporre a se stesso dei vincoli psicologici difficilmente praticabili<sup>73</sup>.

Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato, ci si può «chiedere se sia proprio vero che la inconciliabilità dei ruoli di giudice e di testimone si desume dal divieto di utilizzazione della scienza privata, o se, al contrario, non sia proprio quella inconciliabilità (o la correlativa impossibilità di demandare allo stesso testimone la valutazione delle sue proprie dichiarazioni) la *ratio* di questo divieto»<sup>74</sup>.

Il punto è proprio questo. L'incompatibilità fra le funzioni di giudice e di testimone non pare rappresentare un'esemplificazione del divieto di scienza privata quanto piuttosto la manifestazione emblematica dell'esigenza protetta da tale divieto. Adottando questa seconda interpretazione, però, anche il concetto di

<sup>70</sup> DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 108.

<sup>71</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 283.

<sup>72</sup> CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., 311.

<sup>73</sup> Cfr., ancora, CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., 312.

<sup>74</sup> CAVALLONE, «Consentientia deposita aedificat ad Gehennam», ovvero: un lodevole provvedimento di astensione, cit., 868.

scienza privata deve essere sostanzialmente rimodulato. L'esigenza che si intende tutelare sancendo l'incompatibilità fra giudice e testimone sta essenzialmente nel preservare l'oggettività di giudizio del giudice, ossia il suo libero apprezzamento. Questa esigenza incide sulla fase della valutazione delle prove, non invece su quella della loro introduzione nel processo. Da ciò sembra possibile dedurre una ridefinizione (ed una conseguente riduzione) della sfera di operatività con cui è tradizionalmente inteso il divieto di scienza privata del giudice.

In effetti, quel divieto viene generalmente inteso anche come divieto per il giudice di considerare, ai fini della decisione, prove o comunque informazioni che non sono agli atti del processo; e ciò a prescindere dal contesto in cui è avvenuta la conoscenza (non importa se a casa o in altro giudizio), essendo rilevante, invece, il solo fatto che essa «non» sia avvenuta nel processo<sup>75</sup>.

Tuttavia, prescindendo dal contesto in cui la conoscenza del fatto è avvenuta, si trasforma anche la *ratio* del divieto, *ratio* che si sposta dall'esigenza di garantire l'imparzialità del giudizio del giudice a quella, più strettamente oggettiva, di impedire l'ingresso nel processo di informazioni non ritualmente acquisite. Si potrebbe basare tale interpretazione facendo riferimento all'esigenza di tutela del principio del contraddittorio e fondandola normativamente sull'art. 97 disp. att. c.p.c.; tale disposizione, infatti, vieta al giudice non solo (e non tanto) di assumere private informazioni, ma anche (e forse soprattutto) di «ricevere memorie se non per mezzo della cancelleria». Immaginiamo il caso in cui il giudice decida la controversia sulla base di un documento consegnato informalmente da una parte al giudice. In questo caso, non è tanto la libertà di valutazione a essere messa a rischio, quanto piuttosto il principio del contraddittorio e, quindi, il diritto dell'altra parte a replicare e contro dedurre.

Così interpretato, però, il divieto di scienza privata finisce per sovrapporsi al divieto di fondare la decisione su documenti o informazioni diverse da quelle materialmente acquisite al processo, riassunto nel già citato brocardo *quod non est in actis non est in mundo*. Tuttavia, le esigenze di tutela del contraddittorio non paiono giustificare una configurazione così rigorosa del divieto di scienza privata. Cerchiamo di spiegarci meglio. Ritorniamo all'esempio fatto prima del giudice che abbia ricevuto informalmente una memoria, con allegati dei documenti, da una delle parti; ipotizziamo, quindi, che non vi siano preclusioni o che le preclusioni non siano ancora maturate e che, pertanto, il giudice sottoponga la memoria e i documenti al contraddittorio delle parti. Questo problema è già stato chiaramente posto in dottrina; infatti, «ci si può chiedere se quel divieto sia davvero rispettato quando il giudice assume un ruolo attivo nell'istruzione della causa, non al fine di accertare una "verità" che ex ante gli è ignota, bensì per ratificare in forma pubblica cognizioni che già privatamente possiede, cioè in sostanza per "purgare", senza eliminarlo, un preesistente condizionamento

---

<sup>75</sup> CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., 238.

psicologico che, secondo rigorosi criteri logici ed etici, avrebbe dovuto indurlo ad astenersi»<sup>76</sup>.

Ebbene chi si è posto questa domanda, ha anche dato risposta negativa; e ciò essenzialmente in considerazione del fatto che, se è difficile non farsi influenzare dalla scienza privata che non confluisce negli atti, lo è ancora di più se la scienza privata confluisce in atti<sup>77</sup>. Del resto, analoga risposta era stata già data, tempo prima, anche da Calamandrei<sup>78</sup>.

Per quanto autorevolmente sostenuta, questa soluzione non pare del tutto convincente. In senso contrario, del resto, si era già espresso Cappelletti, il quale, fondando il divieto di scienza privata proprio sul rispetto del principio del contraddittorio, aveva ritenuto ammissibile per il giudice «di prendere d'ufficio una iniziativa probatoria» rispetto ai fatti secondari, rilevabili d'ufficio, «dei quali abbia avuto privata conoscenza, e ciò naturalmente al fine di rendere *giudiziale* e non più meramente *privata* quella conoscenza»<sup>79</sup>. In definitiva, secondo Cappelletti, l'assunzione nel processo della prova relativa a fatti secondari conosciuti privatamente trasformerebbe da privata in pubblica la conoscenza, sanando il vizio iniziale<sup>80</sup>.

In effetti, l'esigenza di tutela del contraddittorio non pare necessariamente imporre o implicare il divieto di utilizzazione di informazioni acquisite informalmente, specialmente una volta che sulle stesse sia stato provocato il contraddittorio fra le parti e garantito il relativo diritto di difesa.

A questo proposito, sembra possibile svolgere qualche ulteriore considerazione proprio con riferimento a uno dei casi in cui tradizionalmente viene ammessa la deroga a tale divieto, quello dei fatti notori. Come si è visto nel terzo capitolo, si ritiene pacificamente che il giudice possa fondare la propria decisione anche su fatti generalmente noti, ossia su informazioni acquisite informal-

<sup>76</sup> CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., 237.

<sup>77</sup> CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 145; e ciò anche nel caso in cui «il risultato della prova non contrasterebbe con la scienza privata del giudice».

<sup>78</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 284, il quale rileva che «se fosse permesso al giudice di utilizzare nel processo le sue informazioni stragiudiziali e di attingere liberamente alle torbide riserve della memoria per trar fuori dai residui delle osservazioni occasionali tutto quello che per avventura si riferisce ai fatti di causa, egli, sotto veste di giudice, compirebbe in realtà funzione di testimone».

<sup>79</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 352.

<sup>80</sup> CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 142, secondo il quale si deve ritenere (e così andrebbe interpretato il pensiero di Cappelletti) che «il giudice si giova della sua scienza privata soltanto per porre il fatto come tema secondario di prova, ma con il proposito di affidarsi poi esclusivamente – eventualmente anche contro la propria intima certezza – al risultato obiettivo della prova stessa». Ciò tuttavia, «presupporrebbe in lui il funzionamento di un sistema di censure e riserve mentali altrettanto incompatibile con la serena imparzialità del giudizio quanto il cumulo delle funzioni di giudice e di testimone (nella cui inammissibilità si è giustamente ravvisata la ratio del divieto di decidere *secundum conscientiam*)».

mente al di fuori del processo e addirittura neppure assunte *ex post* negli atti del processo<sup>81</sup>.

In questo caso non vi è alcuna esigenza di preservare l'oggettività e l'imparzialità del giudice: qui, infatti, *ex professo* non si pone alcun rischio di minore obiettività della decisione. Semmai si ha un'esigenza di tutela del contraddittorio, soprattutto in considerazione del fatto che, nel caso del notorio, le informazioni non vengono materialmente acquisite nel processo. In altri termini, sembra possibile ricondurre la *ratio* del divieto di scienza privata, ossia della oggettiva ed assoluta inammissibilità di informazioni assunte al di fuori del processo, al solo caso in cui il ricorso a tali informazioni possa minare l'obiettività della decisione. Da ciò sembra possibile riaffermare la già prospettata distinzione fra le informazioni acquisite informalmente e la situazione in cui è il giudice stesso (meglio il ricordo del giudice) l'informazione. Per riprendere le parole di Calamandrei, un conto sono le «informazioni stragiudiziali», ben altro sono, invece, le «torbide riserve della memoria»<sup>82</sup>.

Questa differenza è percepita anche da chi, in realtà, sostiene un'interpretazione piuttosto estensiva della nozione di scienza privata: «“scienza privata”, agli effetti del relativo divieto di utilizzazione, deve considerarsi non tanto quella che il giudice abbia acquisito al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni, quando piuttosto quella che egli abbia acquisito da fonti e o secondo modalità sottratte alla verifica e al controllo delle parti del processo in cui quella “scienza” potrebbe venir utilizzata»<sup>83</sup>.

Ricapitolando, quindi, se con scienza privata si intende il caso in cui il giudice stesso (o più propriamente, come detto, il ricordo del giudice frutto di una sua personale percezione dei fatti) sia un mezzo di prova, allora certamente il divieto è assoluto e inderogabile. Se invece con scienza privata si intende il caso di informazioni (e, quindi, di mezzi di prova) di cui il giudice ha avuto conoscenza in modo informale, qui il divieto non può considerarsi assoluto. Tale divieto pone prima di tutto un problema di preclusioni, se sia ancora possibile considerare tali mezzi di prova ai fini della decisione; in secondo luogo, pone un problema di rispetto del contraddittorio. Infine, qualora le informazioni non vengano materialmente acquisite agli atti del processo, pone un problema di controllo della decisione basata su tali informazioni (controllo inteso come successiva verificabilità delle informazioni stesse)<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> In tema, cfr., anche per ulteriori riferimenti, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 299.

<sup>82</sup> CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 284; in realtà, come già detto in precedenza, Calamandrei non rileva alcuna differenza nelle due ipotesi, considerando comunque menomata in entrambi i casi la capacità critica del giudice.

<sup>83</sup> CAVALLONE, «Conscientia deposita aedificat ad Gehennam», *ovvero: un lodevole provvedimento di astensione*, cit., 868.

<sup>84</sup> Proprio parlando del notorio, Calamandrei sottolinea come il brocardo *iudex iudicare debet se-*

Questa distinzione sembra consentire anche una migliore specificazione dell'espressione secondo cui il divieto di scienza privata vieta al giudice di decidere *secundum conscientiam*<sup>85</sup>. Invero, con tale divieto non si deve intendere che al giudice sia impedito, genericamente e oggettivamente, di decidere sulla base di informazioni non acquisite formalmente (e materialmente, per così dire) al processo (ponendosi qui un problema di tutela del contraddittorio); si deve intendere, invece, che al giudice sia impedito, in senso più squisitamente soggettivo, di decidere sulla base di un convincimento che non sia fondato su elementi oggettivi legittimamente utilizzabili e, quindi, non verificabili, a prescindere dalla loro inclusione negli atti del processo<sup>86</sup>.

Proprio queste ultime considerazioni paiono rafforzare ulteriormente la tesi di chi interpreta l'art. 115 c.p.c. non in negativo (come ricognitivo del divieto di scienza privata), ma in positivo (come dovere di decidere sulla base delle prove, di tutte le prove acquisite)<sup>87</sup>.

In definitiva, in considerazione di quanto si è detto in precedenza e nei primi due capitoli, sembra possibile ritenere che l'art. 115 c.p.c. non codifichi né il principio di disponibilità delle prove né il divieto di scienza privata. Stabilire che il giudice deve porre a fondamento della propria decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero non implica di per sé né l'esclusione di altre prove, ossia di prove disposte *ex officio*, né, soprattutto, l'irrelevanza di informazioni non acquisite agli atti del processo e, a maggior ragione, di informazioni acquisite *online*. Semmai questa norma può essere intesa come ricognitiva del divieto di decidere *secundum conscientiam*, ossia come divieto di decidere la causa sulla base di elementi soggettivi o comunque non verificati nel contraddittorio fra le parti e non verificabili *a posteriori*.

Volendo provare a formulare una sintetica conclusione, si può dire che, al di là del caso in cui il giudice sia egli stesso mezzo di prova, la legittimità o meno dell'uso di informazioni acquisite informalmente (anche, o forse soprattutto, attingendo a *Internet*) deve essere valutata in base (non al divieto di scienza privata, quanto piuttosto) all'insieme complessivo della struttura del processo e, in

---

*cundum alligata et probata* sarebbe garanzia di imparzialità non tanto in sé quanto proprio attraverso il meccanismo del contraddittorio; egli afferma, infatti, che tale brocardo costituisce una «garanzia di imparzialità, perché il principio del contraddittorio verrebbe ad essere praticamente annullato se il giudice potesse di sua iniziativa introdurre nel materiale di lite fatti non passati attraverso il controllo delle parti nel dibattimento» (CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 285).

<sup>85</sup> CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondarii e fatti «rilevabili d'ufficio»*, cit., 144.

<sup>86</sup> In questi termini cfr. già MAZZARELLA, *Appunti sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, 71, secondo il quale la *ratio* del divieto della scienza privata non sta nell'incompatibilità psicologica tra giudice e testimone «bensì nello intento di rendere controllabile alle parti le decisioni del giudice e garantire quindi l'imparzialità delle decisioni stesse».

<sup>87</sup> L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 372, il quale, tuttavia, non esclude che la stessa norma possa avere anche un'ulteriore *ratio*, ossia sancire il divieto di scienza privata del giudice.

particolare, al regime delle preclusioni e al più volte menzionato brocardo *quod non est in actis non est in mundo*. Ma su questo occorre svolgere ancora alcune riflessioni.

## 5.2. Ricerca di nuovi confini – Incertezza e contestabilità del notorio

Nel paragrafo precedente si è partiti dalla constatazione della funzione conoscitiva ed epistemica del processo. Si è anche rilevato come la strategia conoscitiva processuale sostanzialmente rispecchi le strategie conoscitive normalmente utilizzate dall'uomo, prima di tutte quella che procede per riduzione e per selezione delle informazioni rilevanti. In proposito, del resto, si è affermato come l'idea di limite appaia intrinsecamente connaturata alla mente umana<sup>88</sup>.

A livello processuale, ciò si traduce nella previsione di meccanismi preclusivi volti a definire progressivamente il *thema decidendum* e il *thema probandum* e nella limitazione della decisione a *quod est in actis*. In altri termini, come detto sempre nel paragrafo precedente, è in questo modo che il meccanismo processuale cerca di mettere ordine nell'incertezza, ossia di trasformare il mondo *large* della realtà, in un mondo *small*, gestibile e controllabile all'interno della controversia.

Ma non solo. Per così dire, il processo presuppone e implica una delimitazione della realtà che sia sostanzialmente preventiva al processo; si dà cioè per scontato che, all'inizio del processo, il mondo sia già per così dire *small*, ossia già delimitato *ab origine* dalle parti e che tale mondo poi possa a sua volta essere ulteriormente delimitato all'interno del processo. Sembra possibile ritenere, quindi, che il sostanziale disinteresse generalmente manifestato dal processo per l'istruzione primaria sia una logica conseguenza di questo approccio conoscitivo. Del resto, l'istruzione primaria è intrinsecamente una ricerca *large* ossia ad ampio spettro, finalizzata a trovare qualcosa di cui ancora non si conosce (e forse non si suppone neppure) l'esistenza.

Come si è accennato nel paragrafo precedente, le nuove tecnologie stanno mettendo in crisi questa strategia. Si è giustamente rilevato che il giudice «non ha più a disposizione un'immagine semplice e ordinata del mondo alla quale far capo come “sfondo” per i suoi ragionamenti»<sup>89</sup>.

In realtà, come si è detto nel secondo capitolo, il problema del rapporto fra istruzione primaria e processo non è nuovo, anche se mai affrontato in modo sistematico ed esteso. Oltre alla dottrina italiana (e, in particolare, al contributo di

<sup>88</sup> GENTILE, *Filosofia del limite*, Soveria Mannelli, 2012, 133, il quale sostiene che «l'essere dell'uomo si configura come un essere nel limite. In qualsiasi forma o grado di realtà, la finalità del limite è di produrre limitazioni: nel riconoscimento soggettivo e nella presa di coscienza immediata di ogni singola e autentica limitazione».

<sup>89</sup> TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 694.

Benvenuti), può essere ricordato anche il dibattito nella dottrina spagnola e latino-americana sullo scopo della prova, se, cioè, essa sia finalizzata a verificare («verificar») oppure a scoprire («averiguar») i fatti<sup>90</sup>.

Al di là dei dibattiti dottrinali, però, il problema dell'istruzione primaria nel processo civile non è mai stato affrontato seriamente dal legislatore, quantomeno negli ordinamenti di *civil law*. Il discorso è certamente differente nel caso degli ordinamenti di *common law* o, più specificamente, nel caso del processo federale statunitense. Come si è visto nel capitolo precedente, la fase di *discovery* pare costituire probabilmente il più esteso e complesso meccanismo di istruzione primaria mai disciplinato in un processo civile; e ciò rappresenta probabilmente una delle caratteristiche distintive del processo federale statunitense e della sua *philosophy*<sup>91</sup>. Si è autorevolmente affermato, in proposito, che «broad discovery is thus not a mere procedural rule. Rather it has become, at least for our era, a procedural institution perhaps of virtually constitutional foundation»<sup>92</sup>.

A prescindere dalle specifiche discipline processuali, sembra possibile affermare che le nuove tecnologie stiano ponendo con sempre maggiore rilievo il problema dell'istruzione primaria. Invero, *Internet* garantisce la disponibilità di una enorme quantità di informazioni, informazioni da cui il giudice «può trarre non solo prove di fatti allegati, ma anche venire a conoscenza di fatti non allegati»<sup>93</sup>.

Si tratta di una consapevolezza ormai largamente diffusa, a prescindere dallo specifico ordinamento di riferimento; anche la dottrina statunitense riconosce che «finding information is not the same as being able to introduce that information in court. Though the Internet is breaking down barriers to counsel's access to information, a wholly separate set of barriers restricts the flow of online information to judges and jurors»<sup>94</sup>.

Sembra possibile, quindi, affermare che il problema dell'istruzione primaria nel processo non sia più evitabile. E ciò soprattutto in considerazione del fatto che la grande accessibilità di dati offre una grande opportunità «to find the documents needed to keep witnesses honest, or put more politely, to help refresh their memo-

---

<sup>90</sup> In argomento, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali, cfr. RÍOS LÓPEZ, *¿Puede el juez, al amparo del art. 429.1, II LEC, proponer una fuese de prueba distinta de la ya propuesta por las partes? ¿Es necesario que la prueba propuesta conste nominatim en los autos, o basta que se desprenda de los mismos?*, in ABEL LLUNCH, PICÓ I JUNOY (a cura di), *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona, 2005, 317.

<sup>91</sup> DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 137.

<sup>92</sup> HAZARD, *From Whom No Secrets are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.*, 1998, 1694 (tradotto anche in italiano da Dondi, con il titolo *Segretezza e ricerca della verità nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 465), il quale aggiunge emblematicamente che «The essence of this procedural institution is that, when litigation eventuates, no secrets shall be hid».

<sup>93</sup> DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., 124.

<sup>94</sup> BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, cit., 1157.

ry. The flood of information can in this way improve the quality of justice»<sup>95</sup>.

Già nel secondo capitolo si è segnalato come l'effettività del diritto di difesa e del diritto di prova richiederebbe anche la previsione di specifici strumenti di istruzione primaria<sup>96</sup>. Al di là di questo (su cui si rimanda a quanto detto in precedenza), sembra comunque di poter dire che le nuove tecnologie rendano ormai sempre meno differibile un serio dibattito sul ruolo dell'istruzione primaria nel processo.

Non è, tuttavia, solo un problema di istruzione primaria. Le nuove tecnologie stanno mettendo in crisi anche principi tradizionali che regolano la c.d. istruzione secondaria. In precedenza è stata più volte rimarcata la funzione conoscitiva del processo, ossia la sua configurazione quale strumento finalizzato all'accertamento della verità dei fatti oggetto di controversia. Finora, invece, non si è posta l'attenzione sulla inevitabile dimensione pragmatica, strettamente connessa a quella epistemica; e ciò in un duplice senso. Prima di tutto, il processo è uno strumento di conoscenza destinato ad operare in uno specifico contesto conoscitivo; in altri termini, come già detto, il processo subisce gli effetti e i condizionamenti delle modificazioni delle ordinarie strategie conoscitive dell'uomo. In secondo luogo, poi, il processo è connotato inevitabilmente anche da una dimensione performativa, essendo cioè finalizzato non solo ad accertare la verità, ma anche a emettere un provvedimento idoneo a regolare la fattispecie giuridica oggetto di controversia<sup>97</sup>.

Ciò posto, occorre chiedersi se, in considerazione di questa duplice dimensione pragmatica, la struttura tradizionale del processo possa essere influenzata dalle modificazioni del contesto in cui opera e, soprattutto, dalle più recenti innovazioni tecnologiche. Il problema concerne essenzialmente la possibilità o meno, per le parti e il giudice, di utilizzare ai fini della decisione informazioni acquisite o acquisibili *online*. Come detto nel paragrafo precedente, in questo caso si pone non tanto un problema di violazione del divieto di scienza privata quanto piuttosto un problema di compatibilità della complessiva struttura epistemica del processo con le nuove strategie conoscitive. Qui, in particolare, sembra necessario chiedersi se, alla luce dei più recenti sviluppi tecnologici, abbia ancora senso un processo imperniato sul principio riassunto nel brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, ossia un processo caratterizzato dalla rigida separazione (e, quindi, esclusione) delle conoscenze acquisite in sede processuale da quelle esterne.

---

<sup>95</sup> LOSEY, *License to Cull: Two-Filter Document Culling Method That Uses Predictive Coding and Other Search Tools*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 295 ss.

<sup>96</sup> In questi termini, ad esempio, HAACK, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, in ID., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, 2014, 45.

<sup>97</sup> FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA, GRIFANTINI, ILLUMINATI, ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, 320, il quale osserva: «la realtà è che il processo non può dirsi un'istituzione interamente orientata al vero, essendo per la sua stessa struttura ed effettività proiettato verso la decisione che va assunta ed eseguita in tempi ragionevoli».

Anzitutto, appare doveroso chiedersi se tale regola sia tuttora vigente. Apparentemente la risposta sembra ovvia. Sarebbe sufficiente chiedere a chiunque, giudice o avvocato, per sentirsi rispondere che certamente il *mundus* del processo è limitato strettamente e rigorosamente agli *acta*. In realtà, la questione non pare così scontata. Già secondo Mortara del resto «va dunque eliminata fino dal principio la credenza che la prova giudiziaria non possa derivare se non dai mezzi legali di accertamento classificati e riconosciuti, come dianzi dicevo, dalla legge»<sup>98</sup>.

Del resto, tale principio non si configura neppure come categorico o inderogabile; ad esempio non trova diretta applicazione nei procedimenti arbitrali, soprattutto se internazionali<sup>99</sup>; ma soprattutto, non vale all'inverso, nel senso che i documenti prodotti non sono definitivamente acquisiti al processo, in considerazione della relatività del principio di acquisizione, quantomeno nel processo cartaceo<sup>100</sup>.

Non si tratta, quindi, di un principio assoluto; e non si tratta neppure di un principio espressamente codificato, così come già si è detto per il divieto di scienza privata. Manca, in particolare, una norma come quella che Carnelutti aveva inserito nel suo «genialissimo» progetto di codice di procedura civile. Il riferimento è, ovviamente, all'art. 296 del progetto, con cui Carnelutti proponeva l'espressa codificazione del seguente principio: «il giudice stabilisce i fatti secondo ciò che risulta dal processo o dalla pubblica notorietà»<sup>101</sup>.

La semplicità e il rigore di tale proposta non sono stati replicati nel codice vigente, in cui, in effetti, manca una simile previsione: forse tale principio è parso troppo ovvio e, per così dire, «pregiuridico» da non richiedere uno specifico riconoscimento normativo. In proposito, è interessante notare come tale princi-

---

<sup>98</sup> MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. III, *La conciliazione – Il compromesso – Il procedimento di dichiarazione in prima istanza*, III ed., Milano, 1906, 540, il quale motiva la propria posizione facendo riferimento all'utilizzazione ai fini della decisione dei fatti notori (all'epoca privi addirittura di specifico riconoscimento normativo).

<sup>99</sup> FABBÌ, *La prova nell'arbitrato internazionale. Limiti all'autonomia della volontà nella disciplina dell'istruzione e modelli di case management della prassi del commercio internazionale*. Torino, 2014, 78.

<sup>100</sup> RUFFINI, *Sulla c.d. reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1090, ID., *Produzione ed esibizione dei documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 440 e L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 106. Diverso è il discorso per il processo telematico, in cui il ritiro del fascicolo di parte, pur ancora teoricamente ammissibile, non è tecnicamente fattibile, nel senso che i documenti informatici rimangono comunque acquisiti al fascicolo telematico. In argomento, sia consentito rinviare a P. COMOGLIO, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 962 s.

<sup>101</sup> CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926 (appendice), 1 s. La qualificazione come «genialissimo» del progetto carneluttiano si deve a CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 273, ove anche per uno specifico commento all'articolo di tale progetto. In generale e di recente, sul progetto Carnelutti, cfr. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile. 1815-1942*, Torino, 2017, 225 ss.

pio sia stato invece espressamente codificato nel codice di procedura penale, in un momento in cui, forse, incominciavano ad avvertirsi i rischi di una sua progressiva erosione da parte degli sviluppi tecnologici. L'art. 526 c.p.p. 1988, infatti, prevede testualmente che «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento»<sup>102</sup>.

Proprio quest'ultima rappresenta forse la più precisa enunciazione del brocardo in questione nella normativa processuale italiana, anche perché coglie un'ulteriore sfumatura trascurata nella proposta di Carnelutti, ossia che il *mundus* del processo non include (e non può includere) quegli *acta* che vi sono entrati illegittimamente.

Esclusa la vigenza di un espresso riconoscimento del principio, ci si può tuttavia chiedere se «l'art. 115, pur avendo quale funzione precipua ed essenziale di porre un'eccezione al principio della verifica formale del fatto, contenga anche implicitamente una deroga al diverso principio che *quod non est in actis non est in mundo*»<sup>103</sup>. E da ciò, conseguentemente, ci si può chiedere se tale norma, proprio perché ricognitiva delle eccezioni a tale principio, ne rappresenti anche il fondamento normativo<sup>104</sup>.

Una simile interpretazione, del resto, è stata recentemente prospettata in dottrina. Come già si è detto nei primi due capitoli, un innovativo approccio interpretativo-sistematico dell'art. 115 c.p.c. ha prospettato di riferire tale norma alla fase di decisione (e non alla fase di ammissione dei mezzi di prova, come tradizionalmente ipotizzato). Rapportata all'art. 112 c.p.c. e al principio costituzionale del diritto alla prova, tale norma andrebbe quindi intesa non come mero divieto della decisione *secundum conscientiam*, ma come dovere positivo di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti e dal pubblico ministero, ossia le sole prove acquisite agli atti di causa. In sostanza, così intesa, tale norma enuncerebbe proprio il principio secondo cui *quod non est in actis non est in mundo*, ovviamente «salvi i casi previsti dalla legge», ossia appunto i casi in cui il giudice può utilizzare prove diverse rispetto a quelle acquisite agli atti del processo<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> In tema, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a SCCELLA, voce «Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)», in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, vol. II, tomo I, 479 ss.

<sup>103</sup> GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1311.

<sup>104</sup> In questo senso, cfr. anche ANDRIOLI, *Dei poteri del giudice*, cit., 315, il quale, tuttavia, arriva a una simile conclusione sostanzialmente equiparando tale principio a quello dispositivo («*judex secundum alligata et probata judicare debet*». Principio che, come è noto, solevano i pratici indicare col dire che «*quod non est in actis, non est in mundo*»). In realtà, come si cercherà di spiegare, i due principi non sono necessariamente sovrapponibili. Il principio dispositivo concerne la disciplina delle iniziative probatorie, mentre il secondo delimita la sfera dell'oggetto di valutazione da parte del giudice (ossia delle informazioni utilizzabili ai fini della decisione).

<sup>105</sup> L.P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c.*, cit., 372. In termini molto simili, cfr. già DENTI, *Ancora sulla*

Tale tesi certamente è molto suggestiva, anche se lascia aperti altri problemi quali il fondamento normativo del principio di disponibilità della prova (su cui si è discusso nel secondo capitolo) e del divieto di scienza privata del giudice (su cui, invece, si è detto nel precedente paragrafo). Al di là di questi dubbi, tale nuova interpretazione appare in effetti pienamente coerente con il dato testuale della norma. Sono evidenti le similitudini fra l'art. 115 c.p.c. e l'art. 526 c.p.p., disciplinanti entrambi ciò che il giudice può o non può «porre a fondamento della decisione» (nel primo caso) o «utilizzare ai fini della deliberazione» (nel secondo caso)<sup>106</sup>.

In ogni caso, a prescindere dalle diverse interpretazioni dell'art. 115 c.p.c. sembra certamente possibile ritenere che il principio espresso nel brocardo *quod non est in actis non est in mundo* sia immanente al processo civile (e si potrebbe dire a ogni processo), proprio in quanto espressione di un principio pregiudiziale derivante dalle più generali modalità conoscitive dell'uomo. Il rigido sistema di preclusioni, la netta chiusura a nuove produzioni e deduzioni, il divieto di *nova* in appello e la generalizzazione della disciplina della rimessione in termini sono tutte previsioni basate implicitamente sull'assunto che il mondo del processo si esaurisce nei (soli) suoi atti e che tale struttura rappresenti la migliore strategia conoscitiva per l'accertamento dei fatti.

Ciò posto, occorre chiedersi se tale principio abbia ancora un senso alla luce delle potenzialità offerte dalle nuove tecnologie, sia nella prospettiva dell'istruzione primaria sia in quella dell'istruzione secondaria. A tal proposito sembra possibile partire proprio dall'analisi dei casi in cui espressamente tale principio

---

*nozione di fatto notorio*, cit., 264 (ove l'autore afferma molto chiaramente che «il giudice debba “porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero” è una limitazione della sua indagine e un divieto di utilizzazione del suo sapere privato; ma la regola non tocca la prova dei fatti allegati, cui il giudice è vincolato») e MONTESANO, *Osservazioni sui “fatti notori”*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 226 (ove sostiene che l'art. 115, primo comma, c.p.c. sancirebbe proprio il principio *quod non est in actis non est in mundo*, e il termine «prove» dovrebbe essere correttamente inteso come «complesso delle allegazioni processuali»). In questi termini, in giurisprudenza, si veda Cass. civ., 6 giugno 1985, n. 3366, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Prova civile in genere*, n. 10 secondo cui, infatti, «la norma dell'art. 115 c.p.c., che fa obbligo al giudice di decidere iuxta alligata et probata, non impone di ammettere prove ritenute dal giudice stesso superflue, ma vieta soltanto di attingere fuori dal processo, a meno che non si tratti di nozioni di comune esperienza, la conoscenza dei fatti da accertare e di prescindere del tutto dalle prove acquisite nel processo medesimo». In senso parzialmente analogo, cfr. anche Cass. civ., 2 febbraio 1983, n. 893, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Prova civile in genere*, n. 17, secondo cui «la norma dell'art. 115 c.p.c., che fa obbligo al giudice di decidere iuxta alligata et probata, non impone di ammettere prove ritenute dal giudice stesso superflue, ma vieta soltanto di attingere fuori dal processo la conoscenza dei fatti da accertare e di prescindere del tutto dalle prove acquisite nel processo medesimo».

<sup>106</sup> In realtà, l'art. 115 c.p.c. formula un dovere («deve porre»), mentre l'art. 526 c.p.p. stabilisce un divieto («non può utilizzare»), per cui, a voler essere rigorosamente letterali, il dovere di porre a fondamento le prove proposte dalle parti non implica automaticamente il divieto di utilizzare prove comunque acquisite o, in genere, informazioni non inserite negli atti del processo. Al di là di questa differenza testuale, sono comunque evidenti le similitudini funzionali fra le due norme.

viene derogato dall'art. 115 c.p.c., con particolare riferimento ai fatti notori. In realtà, ad un primo sguardo, la questione parrebbe mal posta. In effetti, la giurisprudenza afferma ricorrentemente, per la verità in modo assolutamente tralattizio, che il notorio implica «una deroga al principio dispositivo ed al contraddittorio, in quanto introduce nel processo civile prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati né controllati, va inteso in senso rigoroso, e cioè come fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile»<sup>107</sup>.

Una simile affermazione (per quanto tralattizia, come si è detto) non è condivisa dalla dottrina, la quale, invece, ha sempre configurato il fatto notorio come una deroga (non al principio dispositivo, né al brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, ma) al divieto di scienza privata del giudice<sup>108</sup> e, conseguentemente, anche al principio del contraddittorio (essendo concesso al giudice accertare per proprio conto il fatto notorio)<sup>109</sup>. Del resto, come si è già detto nei precedenti capitoli, il principio dispositivo (o di disponibilità delle prove) disciplina la ripartizione delle iniziative probatorie, mentre il notorio prescinde da qualsiasi iniziativa, trattandosi di fatti acquisiti al patrimonio culturale comune<sup>110</sup>.

In realtà, proprio per queste considerazioni, una parte della dottrina ha escluso la sussistenza di deroghe sia al divieto di scienza privata sia al principio del contraddittorio, in quanto i fatti notori rientrerebbero nella vera e propria scienza ufficiale del giudice<sup>111</sup>. Lo stesso Chiovenda, del resto, pur non essendosi mai occupato specificamente del tema, ha affermato che «notorio non è ciò che effettivamente è noto, ma ciò che può esser noto per via di scienza pubblica e comune, quindi prevedibile e controllabile dalle parti» e che, quindi, a tal fine

---

<sup>107</sup> Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2014, n. 6299, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Prova civile in genere*, n. 45, Cass. civ. (ord.), sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 2808, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Prova civile in genere*, n. 39, Cass. civ., sez. trib., 5 ottobre 2012, n. 16959, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Prova civile in genere*, n. 29, Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2010, n. 13234, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Prova civile in genere*, n. 39, Cass. civ., sez. trib., 28 febbraio 2008, n. 5232, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Prova civile in genere*, n. 34, Cass. civ., sez. II, 19 novembre 2007, n. 23978, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Prova civile in genere*, n. 29, Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2007, n. 1956, in *Corr. giur.*, 2008, 1147, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 2004, n. 3980, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Prova civile in genere*, n. 41, Cass. civ., sez. II, 8 agosto 2002, n. 11946, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Prova civile in genere*, n. 36, e Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2000, n. 5680, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Prova civile in genere*, n. 40.

<sup>108</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 266, CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 282, MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 226, MAZZARELLA, *Apunti sul fatto notorio*, cit., 68 s. e TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., 49.

<sup>109</sup> ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 280.

<sup>110</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 301.

<sup>111</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 9, il quale non manca di sottolineare che se si qualificasse il notorio come sapere privato allora il giudice non sarebbe neppure obbligato a considerarlo. Nella dottrina contemporanea, cfr. TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., 49.

«il giudice non può avvalersi della propria scienza personale»<sup>112</sup>.

A queste incertezze definitore corrispondono anche ambiguità nella relativa collocazione sistematica. Invero, nel terzo capitolo si è visto che nell'ambito del diritto canonico il notorio è stato tradizionalmente considerato vero e proprio mezzo di prova, anzi il mezzo di prova gerarchicamente più rilevante, avendo ad oggetto qualcosa che non può essere contestato se non in mala fede<sup>113</sup>.

Secondo la dottrina processualcivilistica moderna, invece, il notorio non costituisce una prova, ma configura un caso di esenzione dal relativo onere<sup>114</sup>. In proposito si è osservato che il notorio potrebbe essere incluso fra le prove solo se con tale significato si intendesse il risultato della prova, ossia se lo si riferisse esclusivamente «al momento della dimostrazione e verifica dei fatti influenti sulla soluzione di un problema di diritto»; se così fosse, però, «ogni fenomeno che abbia la capacità di dimostrare la esistenza di un fatto andrebbe considerato come prova», per cui è preferibile parlare di fatto giuridico diverso ma con effetto uguale alla prova<sup>115</sup>.

Talvolta si è parlato di meccanismo probatorio, sottolineando che «il notorio non abbisogna di prova, perché contiene in sé stesso, nel meccanismo della sua struttura, una prova precostituita al processo e normalmente munita di assai maggiori garanzie esterne di quelle che il processo possa dare»<sup>116</sup>. Secondo Denti, infatti, «la *sedes materiae* dell'istituto del notorio non è la norma relativa all'onere dell'informazione, bensì quella che disciplina l'onere della prova»<sup>117</sup>.

In realtà, al di là delle discussioni circa l'inclusione o meno nella scienza ufficiale del giudice, sembra possibile ritenere come la nozione tradizionale di notorio operi prima di tutto al momento della decisione giudiziale, derogando essenzialmente al principio del libero convincimento del giudice. Come si è detto nel terzo capitolo, secondo l'orientamento tradizionale il notorio presuppone la certezza del fatto conosciuto ed è solo tale certezza che ne consente l'ingresso nel processo. Come più volte rilevato in dottrina «il giudice desume non solo una cognizione, qualunque essa sia, ma una cognizione che ha il valore qualificato della certezza»<sup>118</sup>; e ciò va detto in quanto «la conoscenza "comune" è ciò che

---

<sup>112</sup> CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 734, ove ribadisce che, se il giudice potesse ricorrere alla propria scienza privata, le parti non sarebbero in grado di verificarne l'esattezza e poi il giudice dovrebbe controllare da sé la propria osservazione; ma ciò è psicologicamente incompatibile col suo ufficio di giudice.

<sup>113</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 5, il quale giustamente nota anche che in tale contesto i «notori erano i fatti già accertati, notorietà valeva quanto conoscenza giudiziale di circostanze da parte del giudice».

<sup>114</sup> FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 972.

<sup>115</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 18.

<sup>116</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 58.

<sup>117</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 267.

<sup>118</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 24.

garantisce la verità del fatto e – appunto – ne rende superflua la dimostrazione probatoria»<sup>119</sup>.

Il fatto notorio entra nel processo per così dire alla fine (in senso logico); si parte dal risultato (la certezza del fatto) per ammetterne la rilevanza nel processo. La certezza di tale risultato, proprio perché già acquisita prima (e al di fuori) del processo (mediante la critica della cerchia sociale), vincola il giudice e ne limita ovviamente il libero apprezzamento. Pertanto, la deroga agli altri principi (della scienza privata del giudice, della disponibilità delle prove e della corrispondenza fra chiesto e pronunciato) appare configurarsi come mera conseguenza di questa limitazione. Del resto ciò discende dalla *ratio* fondante la stessa concezione tradizionale del notorio: non essendo possibile escludere dal processo fatti palesemente veri, allora la verità di tali fatti deve essere utilizzata, anche in deroga a tutti gli altri principi. Non a caso, si afferma ricorrentemente che il giudice *deve* considerare il fatto notorio, non potendo né ammettere prova contraria al fatto notorio né dichiararne l'inesistenza perché non provato o contraddetto da un'altra prova<sup>120</sup>.

Sembra indiscutibile, quindi, la deroga al principio della libera valutazione del giudice. Forse è proprio per questo che è sempre risultato difficile inquadrare processualmente il notorio; in fondo le teorie proposte costituiscono una sorta di giustificazione *a posteriori* della limitazione al principio di libera valutazione del giudice e delle conseguenze di tale limitazione sugli altri principi. In effetti, come già ricordato, soprattutto la dottrina pone (e presuppone) a base del concetto tradizionale di notorietà la certezza del fatto<sup>121</sup>. Un fatto certo, proprio perché incontestabile, diventa notorio e conseguentemente, per essere diventato notorio, non richiede più la prova della sua verità. In questo senso è emblematica la definizione di fatto notorio come «abbreviata dimostrazione del fatto stesso»<sup>122</sup>. In effetti, proprio questo assunto costituiva il fondamento anche del pensiero di Chioventa in tema di notorio: «si considerano anzitutto come notorii i fatti che dalla cognizione umana generale sono considerati come certi ed indiscutibili»<sup>123</sup>.

Tuttavia, come si è detto nel terzo capitolo, la nozione tradizionale di fatto

<sup>119</sup> TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., 50.

<sup>120</sup> In questi termini, molto chiaramente, GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1312. Nel medesimo senso, comunque, cfr. anche già MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 101. Un cenno particolare, però, va fatto al pensiero di SATTI, *Diritto processuale civile*, cit., 109 e ID., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 461. Più recentemente, ma con una posizione decisamente più aperta alla possibilità di prova del fatto notorio, cfr. TARUFFO, *Art. 115*, cit., 500.

<sup>121</sup> In realtà, come segnalato in precedenza, la giurisprudenza non è mai stata eccessivamente rigorosa nell'applicazione del notorio. Alcune isolate pronunce, infatti, trovandosi di fronte a situazioni particolari, hanno comunque ammesso prove finalizzate a precisare (Cass. civ., 14 giugno 1990, n. 5792, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Prova civile in genere*, n. 17) o addirittura a provare il fatto notorio (Cass. civ., sez. II, 26 ottobre 1996, n. 9357, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Prova civile in genere*, n. 11).

<sup>122</sup> MICHELI, *Sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, 286.

<sup>123</sup> CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 733.

notorio non sembra più accettabile, in quanto fatto (meglio esistenza del fatto) e notorietà (convinzione dell'esistenza del fatto) sono concetti fra loro incomensurabili. La notorietà non è una caratteristica del fatto, ma è una proprietà della conoscenza (o, meglio, della percezione di conoscenza) che le persone hanno di quel fatto. Come già si era osservato, il notorio consiste di due elementi ben distinti: «un fatto e la sua notorietà»<sup>124</sup>.

Il notorio si estrinseca essenzialmente nella seconda. Vi può tranquillamente essere notorietà senza fatto. Probabilmente, a generare un po' di confusione è l'uso dell'espressione «fatto notorio», espressione che presuppone semanticamente un diretto rapporto con il fatto. Forse sarebbe più appropriato parlare di «notorietà di un fatto», così da segnalare che è notoria (ossia diffusa genericamente fra un numero indeterminato di persone) la convinzione dell'esistenza del fatto e non direttamente la sua esistenza.

Come si è detto sempre nel capitolo terzo, le nuove tecnologie e, in particolare, la diffusione delle conoscenze sulla rete hanno reso evidente l'intrinseca incertezza del fondamento epistemico della concezione tradizionale di notorietà. Se neppure *Wikipedia* (pur comunicando a tutti l'esistenza di un fatto e sottoponendola alla verifica potenziale di chiunque) è in grado di assicurare la verità dei fatti tramite questo meccanismo, allora a maggior ragione neppure gli altri casi di notorietà sono in grado di assicurare la verità del fatto. Come si è acutamente osservato, *Internet* «sta distruggendo la vecchia e ottimistica fiducia che potessimo tutti concordare sui fatti e, di conseguenza, sulle loro conclusioni»<sup>125</sup>.

In altri termini, il fatto che la convinzione circa la verità di un fatto sia diffusa fra un numero indeterminato di persone e che nessuna di queste lo abbia messo in discussione non può considerarsi sufficiente per ritenere realmente esistente quel medesimo fatto. Potrebbe anche essere, ma di per sé la notorietà non sembra sufficiente per ritenere giustificata la credenza circa la verità del fatto notorio. Occorre, quindi, ripensarne il fondamento e la collocazione sistematica.

Senza dubbio, lo si è appena detto, la notorietà di un fatto non può e non deve vincolare, di per sé, il libero convincimento del giudice. Quest'ultimo potrà anche fare riferimento a un fatto notorio, ma ciò non potrà mai automaticamente vincolare il suo prudente apprezzamento. Da qui un inevitabile corollario: il ricorso al fatto notorio non può mai derogare al principio del contraddittorio. Se la mera notorietà non è garanzia sufficiente di esistenza del fatto, allora il fatto notorio e la sua utilizzazione nel singolo processo devono essere necessariamente sottoposti al contraddittorio delle parti<sup>126</sup>. Del resto, se il rilievo da parte del giudice di questioni

<sup>124</sup> MAZZARELLA, *Appunti sul fatto notorio*, cit., 66.

<sup>125</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 56, il quale rileva chiaramente che se «insistete molto su un fatto [...] troverete qualcuno pronto a contraddirlo».

<sup>126</sup> CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 734, ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 9, TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., 49.

rilevabili d'ufficio (ossia l'ingresso della scienza ufficiale per eccellenza, ossia le cognizioni giuridiche) richiede ormai la preventiva provocazione del contraddittorio fra le parti, allora a maggior ragione lo stesso deve dirsi in questo caso<sup>127</sup>.

La notorietà, inoltre, non pare derogare neppure al principio di disponibilità delle prove. Come è stato riconosciuto da quasi tutta la dottrina, il notorio esclude la prova, ma non modifica la ripartizione delle iniziative probatorie. Ma il notorio non deroga neppure al divieto di scienza privata del giudice; già in precedenza parte della dottrina sottolineava giustamente che il notorio, proprio perché frutto di una conoscenza collettiva, non può considerarsi scienza privata del giudice<sup>128</sup>.

A maggior ragione deve dirsi nel caso in cui il notorio non sia più accompagnato da alcuna presunzione di certezza o di verità. Come si è visto alla fine del paragrafo precedente, la scienza privata del giudice va individuata, restrittivamente, nell'insieme delle informazioni che il giudice ritiene provate per il tramite di una propria conoscenza personale (ossia, essenzialmente, nel solo caso in cui il giudice abbia una conoscenza personale e diretta dei fatti di causa).

Piuttosto, il notorio sembra derogare al principio definito dal brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, ossia al principio (sostanzialmente omologo e complementare al principio di acquisizione), secondo cui il giudice può fondare la propria decisione solo sulle prove acquisite nel processo, prove da intendersi come informazioni circa la verità o meno dei fatti allegati ricavate dai mezzi di prova assunti nel corso del processo<sup>129</sup>.

Ed è proprio partendo da questa prospettiva che sembra possibile fornire un nuovo inquadramento sistematico del concetto di notorietà, valorizzandone la specifica funzione. Si è detto più volte che, al di là dei suoi effettivi scopi, il processo non può comunque portare a soluzioni che collidano con il semplice buon senso. Sarebbe inutile e paradossale richiedere nel processo la prova di fatti del tutto ovvi e pacifici. Proprio questa sembra essere l'effettiva *ratio* alla base della disciplina del notorio, *ratio* fondata su evidenti ragioni di economia processuale<sup>130</sup>.

Ma non si tratta solo di economia processuale. Al riconoscimento del fatto notorio è intrinsecamente connessa anche un'esigenza di legittimazione dell'intero meccanismo processuale; sarebbe certamente percepito come paradossale (prima ancora che inutile) l'onere di dover provare un fatto del tutto noto e ov-

<sup>127</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 46 ss.

<sup>128</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 9 e TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., 49.

<sup>129</sup> In questo senso, ad esempio, FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., 28, nota 24.

<sup>130</sup> FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 970. Cfr. quanto specificamente rilevato al riguardo nel capitolo terzo, nonché quanto più specificamente considerato per l'ordinamento statunitense nell'ultimo paragrafo del terzo capitolo.

vio. Ed è in questo senso che pare poter essere letta la tesi di chi assimila il fondamento del notorio a quello delle consuetudini, individuandolo quindi nell'interesse della collettività affinché venga rispettata la *fides publica* con riferimento alla «*opinio veritatis* formatasi intorno ad accadimenti noti alla collettività»<sup>131</sup>.

In altri termini, si può affermare che la funzione del concetto di notorietà sia non tanto epistemica, quanto essenzialmente pragmatica, ossia finalizzata ad adattare il meccanismo processuale allo specifico contesto in cui deve operare. Questo assunto, tuttavia, necessita alcune precisazioni. Affermare la funzione pragmatica del concetto di notorietà – va specificato con chiarezza – non implica alcun abbandono della concezione corrispondentista della verità. In ambito epistemologico è stata chiaramente messa in luce l'importanza della cosiddetta dipendenza epistemica, non solo nell'ambito delle conoscenze comuni, ma anche nell'ambito scientifico e specialistico<sup>132</sup>.

Riconoscere la presenza di situazioni di dipendenza epistemica, tuttavia, non implica l'accettazione di alcun tipo di relativismo o di irrazionalismo, in quanto la fiducia «non è mossa solo da valutazioni soggettive e talora irrazionali [...], bensì anche da considerazioni oggettive e razionali»<sup>133</sup>. Il punto è che in determinate circostanze non è possibile fare a meno di conoscenze tramandate da altri. Il problema, piuttosto, è capire a quali condizioni una simile dipendenza epistemica sia giustificata. In proposito, sono state prospettate due differenti strategie, la cui elaborazione si fa risalire a David Hume e a Thomas Reid. In un primo senso (più forte e rigoroso), l'affidamento epistemico è giustificato quando vi sono ragioni sufficienti per credere a quanto tramandato; in un secondo senso (più debole), invece, l'affidamento è giustificato quando non vi sono elementi per ritenere infondata la conoscenza tramandata<sup>134</sup>.

In ambito epistemologico si discute se entrambe le strategie siano legittime e, in tal caso, quale sia quella migliore. Al netto di questi problemi, sembra possibile affermare che in alcuni casi sia comunque sensato ammettere un affidamento epistemico fondato su una giustificazione debole<sup>135</sup>. Spesso il fatto notorio

---

<sup>131</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 264. In questo senso, cfr. anche lo stesso FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 970, il quale sottolinea che il notorio risponde «ad elementari esigenze di logica e di connessione tra l'ambiente della vita vissuta e quel prodotto di tale ambiente che è la materia delle liti giudiziarie».

<sup>132</sup> AMORETTI, VASSALLO, *Piccolo trattato di epistemologia*, Torino, 2010, 99 ss., spec. 103, ove si rileva che «nelle nostre esperienze quotidiane e nelle nostre pratiche scientifiche, siamo epistemicamente dipendenti».

<sup>133</sup> AMORETTI, VASSALLO, *Piccolo trattato di epistemologia*, cit., 118.

<sup>134</sup> VASSALLO, *Era digitale. Indicazioni su conoscenza, reati, epistemologia della testimonianza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 82 s., nonché ID., *David Hume e Thomas Reid sulla testimonianza*, in *Filosofia*, XLX, 1999, 361 ss. e AMORETTI, VASSALLO, *Piccolo trattato di epistemologia*, cit., 103 ss.

<sup>135</sup> In questi termini, appunto, VASSALLO, *Era digitale. Indicazioni su conoscenza, reati, epistemologia della testimonianza*, cit., 83.

sembra costituire uno di questi casi. In effetti, molte volte non vi sono effettive ragioni (positive) per credere al fatto notorio, ma, più semplicemente, non ci sono ragioni (negative) che inducono a non farvi affidamento.

Conseguentemente, se la funzione del notorio è intrinsecamente pragmatica, allora sembra possibile ipotizzarne un nuovo, e più appropriato, inquadramento sistematico. In questa prospettiva e contrariamente a quanto generalmente sostenuto, la soluzione preferibile sembra essere quella di collocare il notorio sul versante delle allegazioni, come già prospettato da una isolata, ma molto autorevole dottrina<sup>136</sup>. Notorietà, quindi, non come prova raggiunta dell'esistenza del fatto o come esenzione dall'onere della prova, ma come affermazione diffusa della verità del fatto.

In questo senso, del resto, si può cogliere qualche spunto dalla dottrina processualpenalistica, che pure spesso si richiama alle elaborazioni di Calamandrei. A questo riguardo, è stato rilevato che «i fatti notori, invece, riguardano l'affermazione (o la negazione di un evento inquadrabile tra le conoscenze comuni), utilizzabile in una prospettiva decisionale senza il ricorso ad attività probatorie: la relativa fondatezza del fatto notorio è accertata (più facilmente rispetto agli altri asserti) mediante la sua enunciazione durante il processo – in modo da garantire l'eventuale sviluppo in contraddittorio – e in assenza di contestazioni delle parti»<sup>137</sup>.

Questo nuovo inquadramento ha significative ripercussioni anche sulla relativa disciplina processuale. Anche in questa accezione l'allegazione del fatto notorio non sarebbe comunque soggetta all'onere di parte, come del resto già colto in precedenza dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Infatti, «trattandosi di conoscenze che il giudice condivide, almeno virtualmente, con tutti i membri della collettività nel cui nome dovrà essere pronunciata la sentenza, esse appartengono già anche al processo, senza bisogno di esservi introdotte formalmente»<sup>138</sup>; l'unica eccezione, ovviamente, riguarderebbe l'ipotesi (peraltro sostanzialmente di scuola) di fatti notori principali, ossia quando sia notorio un fatto costitutivo della domanda oppure un fatto estintivo, modificativo e impeditivo a fondamento di un'eccezione non rilevabile *ex officio*<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 263.

<sup>137</sup> SCALFATI, SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in SPANGHER (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. 2, *Prove e misure cautelari*, Tomo I, SCALFATI (a cura di), *Le prove*, Torino, 2009, 66, UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 89 ss.

<sup>138</sup> CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., 233. In senso analogo, cfr. DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 16, il quale parla del notorio come di un «fatto giuridico di struttura diversa ma con risultato eguale» all'allegazione. Cfr. anche FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 968, il quale osserva che «la notorietà è qualcosa di obiettivo, indipendente dalla eventuale conoscenza individuale».

<sup>139</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 14, MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 226, DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 64 e MAZZARELLA, *Appunti sul fatto*

Qualche significativa differenza, invece, si potrebbe avere a livello di prova. Inquadrandolo il notorio fra le allegazioni ed escludendo qualsiasi deroga al principio del libero convincimento del giudice si dovrebbe ritenere che anche i fatti notori, al pari di qualsiasi altra allegazione, debbano essere provati nel processo. In altri termini essi (in quanto non necessariamente veri, come detto in precedenza) sarebbero sottratti all'onere dell'allegazione, ma non all'onere della prova.

Questa conclusione tuttavia si scontra con evidenti ragioni di buon senso e in qualche modo smentisce la prospettiva pragmatica presa come riferimento. In realtà, sembra possibile evitare questi esiti così paradossali recuperando e attualizzando il concetto canonistico di notorietà, essenzialmente fondato (non tanto sulla diffusione della conoscenza del fatto, quanto piuttosto) sulla non contestabilità, se non in mala fede, del fatto<sup>140</sup>.

In proposito, è stata recentemente prospettata un'interessante equiparazione fra fatto notorio e non contestazione. In particolare, si è sostenuto che il fatto non contestato potrebbe essere definibile come «notorio *inter partes*»<sup>141</sup>. Si tratta di un'intuizione interessante che, tuttavia, deve essere ribaltata. Proprio perché, come si è detto, il notorio opera a livello delle allegazioni, è quest'ultimo che deve essere equiparato alla non contestazione e non viceversa. In altri termini, non è il fatto non contestato a potersi considerare notorio fra le parti, ma è il fatto notorio che si configura come fatto non contestato o, meglio, non contestabile, secondo quella condizione debole che in precedenza si è visto poter fondare la dipendenza epistemica. In questi termini può essere letta anche l'interpretazione data al concetto di notorietà nella più recente ed accorta manualistica spagnola<sup>142</sup>.

---

*notorio*, cit., 73. In senso contrario, invece, si era espresso DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 264.

<sup>140</sup> ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, cit., 6, il quale sottolinea come, partendo da questa regola (secondo cui un fatto non può essere notorio se non è accompagnato da un aspetto soggettivo, ossia l'impossibilità di negarlo se non in mala fede), il notorio abbia subito una decisa involuzione, visto che progressivamente dalla mala fede è stata ricavata la notorietà (quando invece era la notorietà a dover rappresentare il presupposto per riconoscere la mala fede della contestazione). In proposito, si è parlato di effetti antiprocessuali del notorio (GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 437); anzi, proprio questa «ipertrofica onnipotenza antiprocessuale del notorio per diritto comune» ha progressivamente determinato la crisi del notorio, sino alla sua rifondazione avvenuta nell'Ottocento (FERRARA, *Relatività del notorio*, cit., 965).

<sup>141</sup> BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, cit., 344; secondo l'autrice fatti notori e fatti non contestati sono tutti «fatti giuridici alla cui integrazione si verificano, in via automatica, determinati effetti rilevanti esclusivamente sul piano processuale – ossia l'esenzione, a favore della parte che a ciò sarebbe tenuta, dall'onere di provare l'esistenza dei fatti in questione».

<sup>142</sup> NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal*, II, *Proceso civil*, Madrid, 2015, 179, il quale sostanzialmente sembra equiparare il fatto notorio al fatto non contestato («porque si es realmente notorio, ninguno de los litigantes lo discutirá. La categoría del hecho notorio solamente tendría algún sentido si una de las partes se atreviera a negarlo, lo que es muy improbable si auténticamente es

Su questa linea sembra ragionevole ritenere che il giudice possa porre a fondamento della propria decisione un fatto notorio non perché certo (a livello epistemico) della sua verità, ma perché (a livello pragmatico) non vi sono ragioni che ne mettono in dubbio la veridicità. Fatto notorio, quindi, come affermazione diffusa e non seriamente contestabile della verità di un fatto.

Questa soluzione appare in grado di superare alcuni problemi messi in luce dalla concezione tradizionale di notorietà. In primo luogo, non implica alcuna deroga al libero apprezzamento del giudice. In secondo luogo, non richiede la predeterminazione qualitativa di una cerchia sociale a cui riferire la notorietà. In terzo luogo, la qualificazione del fatto notorio come affermazione non contestabile (o, meglio, non seriamente contestabile) può rientrare nel più ampio concetto di non contestazione, intesa anche come inclusiva dei casi di contestazione meramente generica (e come tale irrilevante ai fini dell'art. 115 c.p.c.). Infine, il riferimento alla non contestabilità del fatto ben può adattarsi anche alle controversie su diritti indisponibili e a quelle in cui una parte è contumace: la non contestabilità astratta del fatto rende irrilevante il comportamento dell'altra parte e, pertanto, legittima l'utilizzazione del notorio anche in caso di contumacia (ipotizzando l'astratta non contestabilità del fatto stesso)<sup>143</sup>.

Certo questa ipotesi ricostruttiva non è totalmente risolutiva. Il difetto principale sembra essere quello di non proporre alcun criterio distintivo del fatto notorio, rimettendo inevitabilmente alla discrezionalità del giudice la valutazione circa la non contestabilità del fatto stesso. Si è consapevoli del fatto che questa soluzione possa apparire in qualche misura insoddisfacente. D'altro canto, però, come si è visto soprattutto nel terzo capitolo, nessuna delle precedenti ricostruzioni, essenzialmente fondate sul concetto di cultura, è riuscita a individuare precisi criteri che consentano di distinguere i fatti notori da quelli che non lo sono. A maggior ragione esse paiono meno utili oggi, visto che, come autorevolmente è stato rilevato, «i miti delle società omogenee e stabili, e delle culture semplici, chiare e comuni a tutti, se mai hanno avuto un senso o una rispondenza alla realtà, sono stati comunque travolti dalle trasformazioni politiche, economiche, sociali e culturali dell'epoca moderna, e specialmente dell'epoca che ormai si usa chiamare post-moderna»<sup>144</sup>.

Per questo, quindi, sembra preferibile rimettere l'utilizzazione del notorio al prudente apprezzamento del giudice, apprezzamento non limitato da specifici

---

notorio»). Sempre nella dottrina spagnola, nello stesso senso, anche se in modo meno esplicito, cfr. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., 28, nota 24.

<sup>143</sup> Già in passato era stata evidenziata la natura sostanzialmente indisponibile dei fatti notori; e ciò in quanto i fatti che non possono essere smentiti non rientrano nella sfera giuridica privata delle parti, ma «sono, per così dire, indisponibili per volontà del soggetto che potrebbe avvalersene, anche attraverso lo strumento della testimonianza: fatti di carattere, *lato sensu*, pubblicistico» (DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 263).

<sup>144</sup> TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., 693.

parametri di riferimento (come quello della cultura media) e quindi in grado di consentire la considerazione di molti più fattori (la rilevanza del fatto, la possibilità effettiva di ricostruzioni alternative, l'esistenza di opinioni discordanti ...). Inoltre, la natura intrinsecamente discrezionale di tale valutazione impone al giudice di motivare la propria decisione e di spiegare le ragioni per cui ritiene non contestabile un fatto notorio<sup>145</sup>.

Da ciò si può far discendere anche un duplice, ma non meno importante corollario; da sempre la dottrina e la giurisprudenza si chiedono se il giudice abbia o non il dovere di porre il fatto notorio a fondamento della decisione e se, conseguentemente, la decisione assunta in violazione di tale dovere sia sindacabile in sede di legittimità. Secondo l'opinione prevalente in dottrina «la conoscenza del notorio produce nell'organo giurisdizionale un dovere vero e proprio di addivenire alla relativa pronuncia»<sup>146</sup>. La parte minoritaria, ma non meno autorevole della dottrina, ritiene invece che il giudice abbia il potere, ma non il dovere di utilizzare i fatti notori<sup>147</sup>.

Tali incertezze si ripercuotono inevitabilmente sul regime di impugnabilità della decisione fondata sul fatto notorio. Un diffuso orientamento giurisprudenziale ritiene, ad esempio, che «il ricorso alle nozioni di comune esperienza attiene all'esercizio del potere discrezionale riservato al giudice di merito, il cui giudizio, a meno che non sia stata posta a base della decisione un'inesatta nozione del notorio, è sottratto al sindacato di legittimità»<sup>148</sup>. Nella sostanza, il giudice

---

<sup>145</sup> È bene precisare come il ragionamento svolto nel testo prescinda dal problema della tempestività delle allegazioni. Si è detto in precedenza che il fatto notorio non necessita di una specifica allegazione e, pertanto, potrebbe anche essere rilevato in un secondo tempo. Ovviamente, qualora un fatto notorio venisse rilevato (anche dalle parti) dopo il maturarsi delle preclusioni istruttorie, la decisione del giudice di ritenerlo contestabile potrebbe però di fatto escludere la possibilità di provarlo (essendo appunto maturati i termini per le deduzioni istruttorie). Ovviamente, per non complicare eccessivamente il discorso si è preferito omettere nel testo ogni ulteriore specificazione al riguardo, ben consapevoli, però, che ogni ragionamento fatto sul notorio va comunque adattato al sistema di preclusioni del processo. In tal caso, però, sarebbe forse possibile ipotizzare un'applicazione estensiva (o forse analogica) dell'art. 183, comma 8, c.p.c., equiparando la contestazione del notorio successiva al maturarsi delle preclusioni all'ammissione di prove disposte d'ufficio.

<sup>146</sup> Cfr. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1313. In senso analogo, già CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 639 e DE STEFANO, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, cit., 1011.

<sup>147</sup> MONTESANO, *Osservazioni sui "fatti notori"*, cit., 227. In senso analogo già BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 319.

<sup>148</sup> Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2001, n. 5826, in *Danno e resp.*, 2001, 690. Si tratta di un orientamento ricorrente e diffuso nella giurisprudenza di legittimità; cfr. Cass. civ., sez. I, 10 settembre 2015, n. 17906, in *CED Cassazione*, 2015, Cass. civ., sez. lav., 20 maggio 2009, n. 11729, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Prova civile in genere*, n. 34, Cass. civ., sez. lav., 12 marzo 2009, n. 6023, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Prova civile in genere*, n. 58, Cass. civ., sez. trib., 21 febbraio 2007, n. 4051, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Prova civile in genere*, n. 26, Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2006, n.

di legittimità potrebbe esclusivamente verificare la corretta qualificazione del fatto come notorio, se posto effettivamente a fondamento della decisione (e non invece in caso contrario), «ripercorrendo il medesimo processo cognitivo dello stato di conoscenza collettiva operato dal giudice del merito»<sup>149</sup>.

Decisamente minoritario è, invece, l'orientamento secondo il quale «Il mancato ricorso, da parte del giudice del merito, alle nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza, di cui all'art. 115 c.p.c., deve essere specificamente spiegato ed è suscettibile di essere apprezzato dal giudice di legittimità sotto il profilo del vizio di insufficiente motivazione»<sup>150</sup>.

La configurazione del notorio come affermazione diffusa non seriamente contestabile sembra fornire un rinnovato supporto a favore dell'orientamento minoritario. In effetti, essa consente la configurazione in capo al giudice di un vero e proprio dovere di valutare l'utilizzabilità del fatto notorio e di sottoporlo al contraddittorio delle parti. E da ciò sembra anche possibile dedurre la ricorribilità in cassazione della relativa decisione, anche quando il notorio non sia stato ammesso, al pari di quanto generalmente avviene per la violazione del principio di non contestazione<sup>151</sup>.

Ma non è tutto. Il nuovo inquadramento del fatto notorio qui proposto sembra anche porre nuovi problemi interpretativi dell'art. 115 c.p.c., problemi fortemente accentuati dalla grande accessibilità di informazioni *online*. Proprio in considerazione di quanto appena detto, sembra possibile condividere la tesi, già autorevolmente espressa da Denti, secondo cui l'espressione «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza» non faccia riferimento al notorio come tradizionalmente inteso<sup>152</sup>. A questo punto, però, occorre chiedersi se anche a tale espressione sia possibile dare una nuova e differente interpretazione.

---

11739, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Prova civile in genere*, n. 27, Cass. civ., sez. lav., 25 novembre 2004, n. 22271, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 74, con nota di MANNACIO, e Cass. civ., sez. lav., 4 ottobre 2004, n. 19834, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Prova civile in genere*, n. 39.

<sup>149</sup> Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2011, n. 25218, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Prova civile in genere*, n. 27, Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15715, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Prova civile in genere*, n. 29, Cass. civ., sez. lav., 9 settembre 2008, n. 22880, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Cassazione civile*, n. 95. In dottrina, in questo senso, GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1314.

<sup>150</sup> Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2012, n. 5644, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Prova civile in genere*, n. 38.

<sup>151</sup> Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. III, 13 ottobre 2016, n. 20637, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Cassazione civile*, n. 111. In argomento, cfr. diffusamente, Cea, *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010, 85 ss., spec. 169 ss.

<sup>152</sup> DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, cit., 264.

### 5.3. *Accessibilità e notorietà della prova – Una proposta di reinterpretazione dell'art. 115 c.p.c.*

Nel paragrafo precedente si è tentato di inquadrare il tema della notorietà a livello delle allegazioni, definendo fatto notorio l'affermazione diffusa e non seriamente contestabile della verità di un fatto. Nel capitolo terzo si è anche rilevato come le massime d'esperienza (e la loro molteplice funzione euristica, epistemica e giustificativa) debbano essere più propriamente collocate nella fase decisoria del processo e, quindi, disciplinate dall'art. 116 c.p.c. Del resto, lo stesso concetto di massima di esperienza è piuttosto ambiguo e non è comune a tutte le culture giuridiche<sup>153</sup>.

Sulla base di queste premesse, sembra possibile tentare una nuova interpretazione dell'espressione «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza». A questo proposito, come si cercherà di illustrare fra breve, qui si propone di intendere tale espressione come riferita (non più ai fatti notori e alle massime di esperienza, ma) a tutte le informazioni notorie o, più precisamente, a tutte le fonti di prova di cui è nota l'esistenza, a prescindere dalla effettiva attendibilità dell'informazione trasmessa. Ma cerchiamo di spiegarci meglio, anche perché tale proposta contrasta con l'opinione espressa nella scarsa giurisprudenza che *ex professo* ha affrontato il problema<sup>154</sup>.

Nei precedenti paragrafi si è segnalato come l'art. 115 c.p.c. non enunci tanto il principio di disponibilità delle prove quanto piuttosto la regola in base alla quale il giudice può fondare la propria decisione solo sulle prove assunte nel processo, ossia la regola espressa tradizionalmente nel brocardo *quod non est in actis non est in mundo*. Non si tratta, però, di una regola assoluta e inderogabile. L'art. 115 c.p.c., infatti, fa salvi anche i casi in cui il giudice può fondare la propria decisione su informazioni relative alla verità di un fatto non acquisite all'interno del processo-fascicolo. Pure in questo caso si potrebbe parlare di prove, ma allora occorrerebbe intendere il termine prova come riferito generi-

---

<sup>153</sup> In proposito, anche per la tripartizione di funzioni espressa nel testo, si rimanda a TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 551 ss., nonché ID., *sub art. 115 c.p.c.*, in CARRATTA, TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Art. 112-120*, Bologna, 2011, 501, il quale, comunque, mantiene ferma la collocazione tradizionale delle massime d'esperienza nell'alveo dell'art. 115 c.p.c.

<sup>154</sup> Cfr., ad esempio, Trib. Mantova, 18 maggio 2006, in *Dir. Internet*, 2007, 30, con nota di MAZZOTTA, e in *Giur. mer.*, 2007, 2569, con nota di NERI, in cui si afferma chiaramente che «I fatti acquisiti tramite Internet non possono definirsi nozioni di comune esperienza ai sensi dell'art. 115 c.p.c.». Nel medesimo senso, in dottrina, cfr. PASSANANTE, *Prova e privacy nell'era di Internet e dei social network*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, in corso di stampa (testo consultato grazie alla cortesia dell'Autore). Cfr., però, alcuni spunti interessanti emergenti in senso contrario da Cass. civ., sez. lav., 28 agosto 2014, n. 18418, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce "Prova civile in genere", n. 55 e Cass. civ., sez. lav., 2 dicembre 2011, n. 25813, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce "Cassazione civile", n. 196.

camente alla circostanza che «ogni fenomeno che abbia la capacità di dimostrare la esistenza di un fatto andrebbe considerato come prova»<sup>155</sup>.

Proprio per evitare confusioni, sembra preferibile una preliminare chiarificazione terminologica. Con riferimento all'art. 115 c.p.c. è possibile parlare di prove esclusivamente con riferimento alle informazioni circa la verità di allegazioni di fatto ottenute attraverso gli ordinari mezzi di prova acquisiti nel processo-fascicolo. Si potrebbe parlare, invece, più genericamente di conoscenze ottenute al di fuori del fascicolo-processo per riferirsi, in generale, a ogni informazione sulla verità di fatti allegati non ottenute attraverso una prova giudiziale in senso tecnico.

Anche alla luce di quanto si è detto in precedenza, sembra possibile ricomprendere in modo unitario tutte queste espressioni nella definizione di «informazioni» sulla verità delle allegazioni di fatto poste a fondamento del *thema decidendum*; definizione, quindi, da intendersi in senso generico come riferita a qualsiasi informazione che, a prescindere dal suo materiale inserimento nel fascicolo, possa essere utilizzata da giudice per fondare il proprio convincimento sulla verità dei fatti secondo il suo prudente apprezzamento.

Ebbene, l'art. 115 c.p.c. prevede espressamente che il giudice possa porre a fondamento della propria decisione, oltre alle «prove» proposte dalle parti e dal pubblico ministero, anche i «fatti non specificatamente contestati» e «le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza».

Come si è detto in precedenza, qui si propone di considerare quali fatti specificamente non contestati non solo le allegazioni di fatto su cui l'altra parte non abbia preso specifica posizione ma anche i fatti notori, ossia le allegazioni diffuse circa l'esistenza di un fatto, che proprio per la loro notorietà, non siano seriamente contestabili.

Su questa base, appare possibile azzardare una differente interpretazione dell'espressione «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza» un'interpretazione più coerente con le recenti evoluzioni nelle tecniche di comunicazione e di documentazione. Nel terzo capitolo si è parlato di un sostanziale indebolimento del concetto di documento, specialmente di fronte alle recenti evoluzioni tecniche-tecnologiche<sup>156</sup>.

In effetti, come si è più volte segnalato, le nuove tecnologie stanno determinando un aumento esponenziale dei dati disponibili. A questa maggiore disponibilità, tuttavia, non corrisponde un analogo aumento né della loro affidabilità né della loro rilevanza. Se prima i documenti erano scarsi ma (proprio perché scarsi) generalmente affidabili, ora invece i documenti (o, forse più correttamente, i dati) sono tanti ma (proprio perché tanti e quindi non selezionati), tendenzialmente meno affidabili e spesso irrilevanti. Per così dire, alla maggiore consa-

---

<sup>155</sup> DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, cit., 18.

<sup>156</sup> MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1.

pevolezza della grande facilità di accesso ai dati corrisponde la minor fiducia nell'attendibilità degli stessi. Si è osservato, in proposito, che «il web rappresenta l'esempio più eclatante di aumento di conoscenze che genera problemi di controllo, e quindi incertezza»<sup>157</sup>.

Per riprendere l'approccio pragmatico menzionato nel paragrafo precedente, sembra possibile evidenziare come le nuove tecnologie stiano significativamente cambiando il contesto conoscitivo in cui il processo deve operare. Al cambiamento di contesto, però, non corrisponde un mutamento delle esigenze, pragmatiche appunto, da sempre immanenti alla disciplina processuale, ossia le esigenze di accertamento veritiero dei fatti, di economia processuale e di legittimazione sociale del processo. Proprio queste esigenze, se applicate al mutato contesto, paiono in grado di giustificare l'ipotesi prospettata all'inizio di questo paragrafo, ossia quella di riferire l'art. 115 c.p.c. a ogni informazione pubblicamente accessibile.

La sempre più estesa ed economicamente non gravosa accessibilità di informazioni, soprattutto attraverso Internet e le reti informatiche, rende sempre meno giustificabile, in termini sia di economia processuale sia di legittimazione sociale, la regola che impedisce al giudice di considerare informazioni pubblicamente accessibili e facilmente reperibili per il solo fatto di non essere state acquisite al fascicolo-processo. Probabilmente i tempi non sono ancora del tutto maturi; sembra possibile pensare, però, che nel momento in cui il processo sarà gestito da «nativi digitali» una simile limitazione non parrà più né logica (ossia conforme al principio di economia processuale) né accettabile<sup>158</sup>.

Proprio in ragione di ciò pare possibile reinterpretare l'espressione «nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza» riferendola a tutte le informazioni notorie o, più correttamente, a tutte le fonti di informazione di cui è nota l'esistenza, a prescindere dall'attendibilità dell'informazione trasmessa. In fondo l'interpretazione che qui viene proposta risponde alla stessa esigenza (ovviamente aggiornata ai moderni sviluppi della tecnologia) che ha progressivamente portato ad attribuire al giudice il potere di disporre *ex officio* l'ispezione. Come nel diciannovesimo secolo non si poteva accettare che un giudice affermasse che il colore di un palazzo pubblicamente visibile fosse diverso da quello reale, anche adesso diventa sempre più difficile accettare una decisione che non tenga conto di informazioni che possono facilmente ed economicamente essere acquisite mediante le nuove tecnologie informatiche. Ma non è solo una questione di legittimazione sociale: la possibilità di utilizzare le risorse disponibili *online* pare rispondere anche a esigenze di economia processuale e di effettività della giusti-

---

<sup>157</sup> VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, cit., 140.

<sup>158</sup> In questo senso, con riferimento al modello *adversarial* statunitense e alla c.d. *standing doctrine*, cfr. GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., 69 s.

zia; «the flood of information can in this way improve the quality of justice»<sup>159</sup>.

Questo, però, non basta. L'interpretazione qui proposta appare ancora troppo vaga e indefinita. Per cercare di pervenire a una più precisa delimitazione, appare necessario interrogarsi sul fondamento del principio *quod non est in actis non est in mundo* e delle sue deroghe. All'inizio di questo capitolo si è affermato che tale regola ha prima di tutto una funzione conoscitiva: delimitando le conoscenze utilizzabili e quindi riducendo la situazione di incertezza facilita la decisione. Si è anche rilevato come tale strategia conoscitiva sia messa in crisi proprio dall'aumento esponenziale di dati, aumento che, di fatto, rende sempre più difficile una strategia basata, per così dire, su forme di selezione all'ingrosso<sup>160</sup>.

Più che sul fondamento di tale regola, quindi, appare interessante concentrarsi sul fondamento delle relative eccezioni. In effetti, sembra possibile rinvenire un minimo comune denominatore alla base di tutti i casi in cui è consentito al giudice utilizzare, ai fini della decisione, conoscenze non acquisite all'interno del processo-fascicolo. Ebbene, tale minimo comune denominatore pare rappresentato dalla possibilità di verifica e di controllo di tali informazioni, a prescindere appunto dalla loro materiale inclusione negli atti del processo.

E ciò in un duplice senso. L'esigenza di verificabilità e di controllabilità consiste sia nella possibilità di assicurare alle parti, durante il processo, il contraddittorio su tali informazioni sia soprattutto nella possibilità, successiva alla decisione, di verificare nuovamente tali informazioni per controllare la correttezza della decisione del giudice<sup>161</sup>.

Proprio rivalutando questa esigenza di verificabilità sembra possibile arrivare a una definizione più precisa dell'espressione «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza». In altri termini, parrebbe possibile riferire tale espressione alle fonti di informazione che, oltre ad essere diffusamente e facilmente accessibili, sono anche verificabili, durante e dopo il processo.

In effetti, pare essere proprio questo il problema principale delle informazioni reperibili *online* e, in generale, dei dati pubblicamente accessibili. Tali dati sono facilmente accessibili, ma allo stesso tempo sono, altrettanto facilmente, modificabili ed eliminabili. La proposta interpretativa qui suggerita pone evi-

---

<sup>159</sup> LOSEY, *License to Cull: Two-Filter Document Culling Method That Uses Predictive Coding and Other Search Tools*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 295 ss.

<sup>160</sup> BURKE, *Dall'Encyclopédie a Wikipedia*, cit., 9, MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, cit., 11 ss., BOYD, CRAWFORD, *Critical Questions for Big Data*, in *Information, Communication & Society*, 2012, 665.

<sup>161</sup> La possibilità per le parti di controllare il procedimento decisionale del giudice rappresenta una delle condizioni essenziali del processo arbitrale; nonostante questo, soprattutto nel caso di arbitrati internazionali, gli arbitri non sono strettamente vincolati al principio *quod non est in actis non est in mundo* (FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale. Limiti all'autonomia della volontà nella disciplina dell'istruzione e modelli di case management della prassi del commercio internazionale*, cit., 78).

dentemente il problema dell'individuazione di un criterio per stabilire quali fonti di informazione possano essere considerate verificabili e, conseguentemente, utilizzabili a prescindere da un loro specifica produzione o acquisizione nel fascicolo del processo. In proposito, sembra possibile fare riferimento alla distinzione, risalente ancora alla dottrina medievale, fra fatto notorio permanente e fatto notorio transeunte. In particolare, il primo è costituito dal fatto che non solo è conosciuto da tutti ma che continua ad esistere<sup>162</sup>.

Si può riadattare questa distinzione anche al caso di specie; in particolare, si potrebbe considerare fonte di informazione notoria qualsiasi fonte "permanente", ossia qualsiasi fonte controllabile non solo durante il processo ma anche successivamente alla sua conclusione<sup>163</sup>. Qualche esempio forse consente di chiarire meglio. Confrontiamo una banca dati pubblica (come ad esempio il registro delle imprese, ormai tenuto in via telematica), *Google Earth*, *Wikipedia* e un sito liberamente accessibile, ma gestito privatamente. Prendiamo come riferimento la distinzione prospettata in precedenza, immaginando di poter considerare fonti di informazione notorie solo quelle che consentano una perdurante verificabilità delle informazioni contenute.

In questa prospettiva sembra possibile considerare notorie le informazioni del registro delle imprese (il cui scopo è proprio quello di conservare e rendere accessibile al pubblico, anche in un secondo momento, i dati e le informazioni conservate). Anzi, in questo caso, come si è già accennato nel secondo capitolo, si potrebbe addirittura considerare tali informazioni automaticamente inserite nel fascicolo processuale (quantomeno quelle riferite alle parti stesse)<sup>164</sup>.

Del resto, si potrebbe immaginare che, all'atto dell'iscrizione della causa a ruolo, un programma renda automaticamente disponibili nel fascicolo telematico (per il tramite dei codici fiscali delle parti) le informazioni sulle parti reperibili su banche dati pubbliche (Agenzia delle entrate, Agenzia del territorio, Registro delle imprese ...). Al di là di questa futuribile prospettiva, sembra comunque possibile considerare tutte le informazioni reperibili su banche dati pubbliche, ossia gestite dallo Stato, da Enti locali o, in genere, da Pubbliche

---

<sup>162</sup> In argomento, cfr. ampiamente GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 424.

<sup>163</sup> Sull'esigenza di verificabilità delle risorse *online*, cfr. GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 248.

<sup>164</sup> Qualche (ancora isolato) spunto in questo senso può trarsi da alcune isolate pronunce giurisprudenziali; cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 28 agosto 2014, n. 18418, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Prova civile in genere*, n. 55 (secondo cui «i dati conservati negli archivi telematici dell'Inps sono accessibili anche dagli assicurati, sicché essi, ove non comportino l'apertura di un nuovo fronte d'indagine, limitandosi a rafforzare le prove raccolte, appartengono già, in base al principio di acquisizione probatoria, al processo e non possono essere considerati documenti nuovi in senso tecnico, tanto più che, in rispondenza al principio del giusto processo, di cui all'art. 111 cost., va riconosciuto al giudice il potere di ricavare d'ufficio elementi utili di giudizio, attraverso fonti di conoscenza di carattere ufficiale, quali i siti internet istituzionali degli enti pubblici») e Cass. civ., sez. lav., 2 dicembre 2011, n. 25813, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Cassazione civile*, n. 196.

Amministrazioni come fonti di informazioni notorie (in quanto accessibili pubblicamente e verificabili in un secondo tempo) <sup>165</sup>.

Lo stesso, però, potrebbe dirsi anche per siti gestiti da privati; in questo caso, la condizione essenziale è che tali fonti consentano, in un secondo tempo, di verificare le informazioni riportate sul medesimo sito nel momento in cui sono state consultate dal giudice e dalle parti. Così ragionando, sembra possibile considerare fonti notorie anche quelle reperibili su siti come *Wikipedia*, *Google Maps* o *Google Earth*, trattandosi di siti che prevedono la possibilità di vedere la cronologia delle modifiche e di consultare le varie versioni del sito succedutesi nel tempo <sup>166</sup>. Ovviamente, lo si ripete, affermare che *Google Earth* è una fonte di informazione notoria non implica affatto che le fotografie ivi contenute siano indiscutibilmente rappresentative dei luoghi <sup>167</sup>. Del resto, le fotografie riportate su tale sito non sono aggiornate in tempo reale. Con questo si vuole semplicemente sostenere che il giudice possa utilizzare ai fini della decisione tali fotografie, anche in assenza di una loro formale acquisizione nel fascicolo-processo, ovviamente valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, unitamente a tutte le altre prove a sua disposizione e previo rispetto del principio del contraddittorio (su quest'ultimo punto si tornerà fra breve).

Ad una soluzione simile mi pare arrivi anche la brillante (e finora isolata) proposta dottrinale di disciplinare (e facilitare) l'acquisizione al processo delle informazioni oggi diffusamente accessibili grazie alle nuove tecnologie <sup>168</sup>. Ma, se le premesse sono assolutamente condivisibili, lo è meno la soluzione effettivamente proposta. Il punto di partenza, come detto, è sostanzialmente analogo a quello qui accolto, ossia la convinzione che non si possano più ignorare la facile accessibilità alle informazioni offerta dalla rete e la conseguente equiparazione di tale esigenza a quella che un tempo aveva spinto all'attribuzione al giudice del potere di disporre l'ispezione <sup>169</sup>. Tuttavia, la soluzione a queste esigenze viene

---

<sup>165</sup> In questa direzione è ormai orientata la dottrina statunitense; cfr. GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, in 46 *Cumb. L. Rev.*, 2015, 233 ss. Si vedano, inoltre, le pronunce di legittimità citate nella nota precedente. In questo senso, seppur con qualche dubbio, PASSANANTE, *Prova e privacy nell'era di Internet e dei social network*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, in corso di stampa (testo consultato grazie alla cortesia dell'Autore).

<sup>166</sup> In senso contrario, cfr., invece, PASSANANTE, *Prova e privacy nell'era di Internet e dei social network*, cit., il quale, al di là dei siti gestiti da enti pubblici, ritiene che possa essere considerato notorio esclusivamente il fatto dell'avvenuta pubblicazione (anche solo temporaneamente) in rete di una determinata notizia.

<sup>167</sup> GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 239 e BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, cit., 1159 ss.

<sup>168</sup> F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, cit., 87. Sul problema dell'accettazione sociale del processo nell'era di *Internet* si veda in particolare pagina 112.

<sup>169</sup> F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, cit., 98 ss.

rinvenuta nell'estensione dell'ambito di applicazione dell'ispezione, ossia consentendo al giudice di ispezionare anche le informazioni reperibili sulla rete<sup>170</sup>.

Simile soluzione, però, solleva alcune perplessità di ordine sia giuridico sia pratico. Anzitutto, da un punto di vista strettamente giuridico, l'ispezione riguarda cose, mentre le informazioni reperibili su *Internet* certamente non lo sono (o comunque sarebbe molto difficile qualificarle così). In secondo luogo, il riferimento all'ispezione presuppone inevitabilmente l'applicazione del requisito dell'indispensabilità di cui all'art. 118 c.p.c., il che appare decisamente contraddittorio con la facilità con cui ormai si ricorre a *Internet* per le ricerche più banali<sup>171</sup>.

Ma la soluzione non sembra convincere anche da un punto di vista pratico. L'ispezione richiede il rispetto di ben precise formalità (artt. 258 e seguenti c.p.c.) che certamente non appaiono compatibili con una semplice ricerca su *Internet*. Di sicuro sono incompatibili le previsioni di cui all'art. 262 c.p.c., non essendo ipotizzabile che il giudice possa sentire testimoni durante una ricerca su *Internet*. Inoltre, il generico riferimento all'ispezione non fornisce un criterio per la scelta delle informazioni (o meglio delle fonti informatiche delle informazioni). Paradossalmente, infatti, la proposta di estendere l'esibizione è allo stesso tempo troppo restrittiva (perché implica il richiamo al requisito dell'indispensabilità) e troppo estensiva (perché sostanzialmente consente la possibilità per il giudice di ispezionare qualsiasi risorsa informatica).

Proprio per questa ragione si ritiene preferibile la soluzione prospettata in precedenza. Da un lato, essa non presuppone il requisito dell'indispensabilità (palesamente contrario all'utilizzazione ormai diffusa delle tecnologie informatiche proprio come prima risorsa, di base per così dire, per la ricerca di informazioni). Dall'altro permette di selezionare le informazioni utilizzabili sulla base di un criterio oggettivo riferibile (non all'attendibilità della fonte, rimessa alla valutazione del giudice, ma) alla conservazione nel tempo delle informazioni, alla loro «tracciabilità», volendo usare un termine ora molto in voga.

Proprio questa necessaria verificabilità delle fonti pubblicamente accessibili ovvierebbe anche il problema dell'applicazione dell'art. 87 disp. att. c.p.c., in base al quale i documenti vanno prodotti in cancelleria mediante elenco da comunicare alle altre parti; in questo caso, infatti, la perdurante accessibilità delle risorse consente anche alle altre parti di prendere conoscenza delle informazioni, così eliminando in radice l'esigenza di tutela posta a fondamento della predetta norma<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, cit., 104.

<sup>171</sup> La stessa autrice del resto afferma che rinunciare alle conoscenze di *Internet* «sarebbe miope e significherebbe negare ciò che tutti noi facciamo quando abbiamo un dubbio» (F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete Internet: un rapporto difficile*, cit., 107).

<sup>172</sup> Con riferimento all'art. 87 disp. att. c.p.c., si veda RUFFINI, *Produzione ed esibizione dei do-*

Sembra possibile rinvenire una prima (anche se settoriale e limitata) conferma di questa interpretazione e di quella che, forse, sarà la futura tendenza in tema di acquisizione probatoria nella recente attuazione della dir. n. 104/2014, sulle azioni risarcitorie in materia di danno *antitrust*<sup>173</sup>. Invero, l'art. 13, d.lgs. n. 3/2017, attuativo di quella direttiva prevede specificamente che, in caso di azioni aventi oggetto la traslazione del sovrapprezzo derivante da violazioni delle norme *antitrust*, il giudice «può, altresì, tenere conto delle informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza riguardanti il caso specifico» per verificare se sia stato assolto l'onere di dimostrare la traslazione del sovrapprezzo<sup>174</sup>.

Per quanto isolata e settoriale, e al di là dello specifico riferimento alla prova della traslazione del sovrapprezzo in materia di violazioni *antitrust*, tale norma sostanzialmente riconosce l'ammissibilità di quelle che qui conclusivamente potremmo definire come «prove notorie», ossia di informazioni che non provano in modo certo la verità di un fatto, ma che incontestabilmente esistono e che, proprio per questo, possono essere utilizzate per fondare il convincimento del giudice nel processo.

Nella medesima direzione possono essere anche interpretate le più recenti evoluzioni della *judicial notice* nell'esperienza nordamericana. In effetti, come si è illustrato alla fine del terzo capitolo, l'evoluzione dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale statunitense pare poter essere letta in questo senso<sup>175</sup>.

A tal proposito è certamente significativa la segnalata bipartizione, contenuta nella *Rule 201 FRE*, fra fatti generalmente noti e fatti verificabili. Proprio l'interpretazione di quest'ultima categoria ha determinato uno spostamento dell'at-

---

*cumenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 436, il quale sottolinea come tale norma consenta alle parti di prendere visione dei documenti, di estrarne copia e di discuterne il contenuto e, al giudice, di trarre elementi di convincimento per la decisione.

<sup>173</sup> Nei primi giorni di gennaio del 2017 il Governo italiano ha adempiuto agli obblighi europei e, in conformità alla delega contenuta nella l. 9 luglio 2015, n. 114 (c.d. legge di delegazione europea 2014), ha emanato il d.lgs. n. 3/2017 in attuazione della dir. n. 104/2014 in materia di azioni risarcitorie per violazione di norme *antitrust*. In argomento, per un primo commento sul testo del decreto attuativo, sia consentito il rinvio a P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 991.

<sup>174</sup> Sulla traslazione del danno si rinvia, anche per gli opportuni ulteriori riferimenti, a AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Conc. e merc. reg.*, 2008, 510 e CARPAGNANO, *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 299 s.

<sup>175</sup> Proprio in questo senso, del resto, paiono essere orientate anche le più recenti posizioni della dottrina italiana in tema di notorio. Si veda UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 91, il quale rileva che «indipendentemente, quindi, dall'importanza che possa aver assunto in ordinamenti giuridici passati, attualmente la nozione di "fatto notorio" concerne l'affermazione (o la negazione) di un evento, la cui fondatezza può essere riconosciuta con maggiore facilità o più brevemente che per le altre asserzioni giudizialmente rilevanti».

tenzione dall'informazione alla fonte dell'informazione, portando la giurisprudenza a fare un uso molto esteso della *judicial notice*. In numerose pronunce la giurisprudenza statunitense ha ammesso in modo estensivo la possibilità di considerare informazioni accessibili tramite risorse informatiche o comunque pubblicamente accessibili, fra cui, ad esempio, dati provenienti dai sistemi GPS, mappe reperite su *Google Earth* e persino informazioni tratte da *Wikipedia*<sup>176</sup>. La stessa dottrina ha prospettato correttivi e interpretazioni evolutive della *judicial notice*, proprio per consentire il ricorso e l'utilizzazione delle ormai sempre più diffuse risorse *online*<sup>177</sup>.

Sembra possibile individuare le ragioni di queste spinte evolutive proprio nel differente approccio riservato alla disciplina del notorio, imperniata non tanto sull'acquisizione sociale del fatto stesso quanto sull'attendibilità della fonte da cui il fatto è tratto. Certo, il dibattito statunitense non può essere acriticamente importato in Italia, anche perché, come si è detto, vi sono significative differenze di disciplina (come illustrato nell'ultimo paragrafo del terzo capitolo). Tuttavia, nell'evoluzione di tale dibattito sembra rinvenibile una tendenza ricorrente e diffusa nella società contemporanea, in conseguenza della sempre più radicale incidenza delle tecnologie informatiche. E ciò malgrado i fatti da conoscere siano sempre gli stessi<sup>178</sup>.

In effetti, si può dire che ad essere cambiati non siano i fatti da accertare, ma i dati a nostra disposizione. Anche per questa ragione, quindi, sembra sostenibile l'appena prospettata reinterpretazione dell'art. 115 c.p.c. Non appare superfluo segnalare come tale proposta venga incontro a diverse esigenze, emergenti non solo in ambito strettamente processuale. Anzitutto, essa sembra in grado di rispondere all'esigenza di verità dell'accertamento giudiziale dei fatti (obiettivo che appare difficilmente raggiungibile ignorando tutte le risorse pubblicamente accessibili *online*). Allo stesso modo pare in grado di contribuire a una maggiore accuratezza dell'esito del procedimento, rimettendo al prudente apprezzamento del giudice la valutazione dell'attendibilità delle informazioni acquisite *online* (senza più vincolarle al rigido schema della notorietà-certezza). Essa risponde, infine, all'esigenza di legittimazione sociale del processo (visto che la mancata utilizzazione delle risorse informatiche viene sempre meno accettata dalla maggioranza delle persone, ormai del tutto abituate ad usarle). Ovviamente, non si

---

<sup>176</sup> Per una specifica illustrazione dei casi più recenti cfr. SALTZBURG, MARTIN, CAPRA, *Rule 201, in Federal Rules of Evidence Manual*, cit., 201-33, nonché, BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, cit., 1159 ss.

<sup>177</sup> Cfr., in particolare, BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, cit., 1164 ss. e GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, cit., 239.

<sup>178</sup> In questo senso, con specifico riferimento ai fatti oggetto dell'accertamento giudiziale, BELLIN, FERGUSON, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, cit., 1155, ma il discorso potrebbe certamente essere esteso al di fuori del processo.

deve cadere nell'illusione di pensare «a Internet come a un gigantesco deposito di informazioni»; tuttavia, pur con questa consapevolezza, sembra ormai difficile pensare a un processo che faccia ancora finta di reputare che quanto è in rete non esista<sup>179</sup>.

#### 5.4. *Problemi di acquisizione probatoria – Algoritmi, contraddittorio e «allontanamento» dalla prova*

La grande mole di dati pubblicamente accessibili, soprattutto *online*, apre ulteriori prospettive, potenzialmente più radicali e dirimpenti della mera reinterpretazione dell'art. 115 c.p.c. Si può pensare, infatti, non solo di consentire diffusamente l'utilizzabilità delle informazioni accessibili *online*, ma anche di affidare tale ricerca a software o programmi informatici. Come si è già accennato in precedenza e come si cercherà di spiegare fra poco, è sempre più diffuso il ricorso ad algoritmi per effettuare compiti finora svolti da uomini. E ciò non perché i programmi attuali sono più adattabili alla realtà, quanto piuttosto perché è la realtà stessa, sempre più digitalizzata, ad essersi via via conformata alle esigenze dei computer<sup>180</sup>. Del resto, come è stato acutamente osservato, «in this digital ocean, robots are the real natives: we scuba dive, they are like fish»<sup>181</sup>.

Con specifico riferimento al processo, si può immaginare che la ricerca di informazioni *online* sia effettuata non dal giudice o dalle parti, ma da un programma informatico che ricerchi e selezioni automaticamente i dati potenzialmente rilevanti per la controversia. Non è un'ipotesi così avveniristica o futuribile. Simili programmi già esistono. Lo si è visto con riferimento al processo statunitense, in cui è ormai diffuso l'uso di algoritmi predittivi per l'attività di *review* dei documenti oggetto di *discovery*<sup>182</sup>.

Ma questo vale anche nel nostro ordinamento: nell'ambito delle indagini penali sono ormai largamente utilizzati i c.d. captatori informatici, ossia program-

<sup>179</sup> La citazione è di VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, cit., 23. Nella dottrina statunitense, circa la sostanziale impossibilità di ignorare le risorse *online*, cfr. GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., 78 s.

<sup>180</sup> FLORIDI, *The 4<sup>th</sup> revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, 143. Cfr. anche CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, Milano, 2015, trad. it. di *The Glass Cage. Automation and Us*, New York, 2014, 240 ss., il quale rileva come, attraverso la diffusa digitalizzazione e la continua "etichettatura" dei contenuti digitali (ossia con il continuo inserimento di "tag", ovvero di metadati indicativi dei contenuti "taggati") «di fatto si stanno esteriorizzando le conoscenze implicite». In questo senso, nella dottrina giuridica, cfr. ITALIANO, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, Torino, 2018, 211 s.

<sup>181</sup> FLORIDI, *Robots, Jobs, Taxes, and Responsibilities*, in *Philos. Technol.*, 2017, 1.

<sup>182</sup> Si veda, in particolare, quanto detto nel quarto paragrafo del terzo capitolo.

mi in grado di ricercare e copiare documenti informatici. In realtà, nel processo penale l'uso di tali strumenti è molto discusso, essendone incerte la legittimità (visto che, *ex professo*, essi nascono con l'intento di carpire informazioni non pubblicamente accessibili e spesso carpite di nascosto) e le concrete modalità di utilizzo (dato che tali programmi sono anche in grado di trasformare in ulteriori strumenti di investigazione i computer, i cellulari o, in genere, i *device* su cui vengono occultamente installati)<sup>183</sup>.

Tralasciando gli specifici problemi che si pongono nel processo penale, non sembra azzardato ipotizzare l'utilizzazione di un captatore informatico che, sulla base dei dati identificativi delle parti e dell'oggetto di una controversia civile, ricerchi, mediante uno specifico algoritmo e senza violare alcun sistema informatico, tutte le informazioni pubblicamente accessibili *online* rilevanti ai fini della controversia. Ma si potrebbe anche pensare che la ricerca di tale programma sia estesa a tutte le banche dati pubbliche. Del resto, come è stato osservato, «la miglior strategia digitale consiste nel gettare tutto quanto in un solo, enorme mucchio disordinato, e lasciare che siano le macchine a trovare quello che ci occorre»<sup>184</sup>.

Sembra difficile negare che, in tal caso, il *risultato* dell'attività svolta dal programma informatico sia sostanzialmente identico a quello ottenibile mediante una simile ricerca svolta dalle parti o dal giudice. Anzi, si può ragionevolmente pensare che la ricerca effettuata dal programma informatico sia più efficiente di quella umana. Radicalmente differente, però, è il *procedimento* utilizzato per arrivare al risultato. Ed è proprio in relazione a questo che sorgono i dubbi e le perplessità maggiori. Ovviamente, con specifico riferimento al processo civile, si tratta di un'ipotesi ancora lontana dal realizzarsi; tuttavia, come si è acutamente osservato, «è necessario che il giurista si attrezzi per trovare soluzioni a problemi che, a dispetto del loro aspetto futuristico, possono concretizzarsi in un'aula di tribunale in modo improvviso»<sup>185</sup>.

Prima di tutto, si pone un problema di collocazione sistematica. Nei primi due capitoli si è diffusamente parlato dei poteri istruttori del giudice e della

---

<sup>183</sup> Il tema è abbastanza recente, ma i contributi dottrinali sono già numerosi. A livello monografico, si segnala TORRE, *Il captatore informatico – Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017. Fra gli articoli, si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, a CARIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. bras. dir. proc. penal*, 2017, 483, BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 379, ABBAGNALE, *In tema di captatore informatico*, in *Arch. pen.*, 2016, 458, IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, 336 e LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, reperibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>184</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 123.

<sup>185</sup> SANTOSUOSSO, BOSCARATO, CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 494 ss.

sempre incerta ripartizione delle iniziative istruttorie fra parti e giudice, nella tradizionale oscillazione fra disponibilità e inquisitorialità<sup>186</sup>. Ebbene, l'utilizzo di captatori informatici o di algoritmi di ricerca (per utilizzare un'espressione meno connotata negativamente) di fatto sembra stravolgere tale tradizionale bipartizione, visto che non sarebbero né le parti né il giudice ad effettuare la ricerca.

Immaginiamo, ad esempio, che in un procedimento di separazione personale fra coniugi un algoritmo si attivi automaticamente al momento dell'iscrizione a ruolo telematica del fascicolo e acquisisca, altrettanto automaticamente, tutte le informazioni relative alla situazione reddituale dei coniugi dall'anagrafe tributaria. Ben difficilmente si potrebbe parlare ancora di poteri istruttori in senso tradizionale. Ma si può anche andare oltre. Immaginiamo che il predetto algoritmo, oltre a ricercare le predette informazioni, le selezioni e, in qualche misura, le elabori e le sintetizzi alle parti e al giudice. In questo caso l'attività svolta dal programma va ben oltre la mera acquisizione probatoria, estendendosi anche alla selezione e alla valutazione dei dati acquisiti. Sarebbe difficile collocare tali attività secondo la tradizionale distinzione fra metodo dispositivo o metodo inquisitorio<sup>187</sup>.

Ma i problemi di natura sistematica e ricostruttiva, per così dire, sono forse i meno gravi. L'utilizzazione di tali programmi pone altri interrogativi. Prima di tutto, si porrebbe un problema di ammissibilità, visto che nessuna norma espressamente consente l'utilizzazione di simili programmi. Ma forse non è neppure questo il problema principale, anche perché si dovrebbe pensare che, qualora un simile programma venisse automaticamente implementato nel processo telematico, il legislatore si premurerebbe di prevederlo espressamente. In realtà, le maggiori perplessità concernono l'affidabilità del programma e i suoi possibili riflessi sul diritto di difesa delle parti e sul contraddittorio.

Anzitutto, occorre chiedersi se tali programmi siano davvero affidabili. In effetti, di primo acchito si potrebbe tranquillamente dare risposta positiva. Del resto, è sempre più frequente e comune il ricorso a programmi di ricerca e, in particolare, ad algoritmi predittivi<sup>188</sup>. Anzi, si può dire che proprio il termine

---

<sup>186</sup> Si tratta, del resto, di un dibattito che non riguarda solo il processo italiano: la scelta di attribuire al giudice poteri istruttori (più precisamente, di ricerca delle prove) e la loro concreta configurazione è ricorrentemente inquadrata proprio nel dualismo fra modelli inquisitori e accusatori; in questi termini, in chiave comparatistica, cfr. JOLOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in 52 ICLQ, 2003, 281 ss.

<sup>187</sup> Su questa distinzione, cfr. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, *passim*, spec. 187 ss.

<sup>188</sup> ZARSKY, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, in *Science, Technology, & Human Values*, 2016, 118, MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, in *Big Data & Society*, 2016, 1. Nella dottrina giuridica italiana, si vedano i vari contributi dedicati al tema dell'Intelligenza Artificiale e degli algoritmi in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, Torino, 2018.

«algoritmo» stia progressivamente avendo una larga diffusione anche al di fuori del contesto matematico e scientifico in cui è nato<sup>189</sup>. Come è stato recentemente osservato, «The word algorithm has recently undergone a shift in public presentation, going from an obscure technical term used almost exclusively among computer scientists, to one attached to a polarized discourse»<sup>190</sup>. Si parla di «algorithmic authority»<sup>191</sup>; anzi, di vera e propria «algorithmic culture»<sup>192</sup>, se non addirittura di «algorithmic paranoia»<sup>193</sup>.

In sostanza, contestualmente alla progressiva estensione delle sue applicazioni pratiche, si sta diffondendo un uso per così dire popolare o comune del termine algoritmo. In proposito, si è rilevato che il «lay usage of ‘algorithm’ also includes implementation of the mathematical construct into a technology, and an application of the technology configured for a particular task»<sup>194</sup>.

Proprio questa continua estensione applicativa rende sempre più difficile rinvenire una definizione accettabile di algoritmo, anche perché tale espressione può essere riferita anche a procedimenti le cui istruzioni sono «ill-defined»<sup>195</sup>. In questo senso, la nozione di algoritmo diventa estesissima, tale da ricomprendere potenzialmente qualsiasi procedimento strutturato o metodo per raggiungere un determinato risultato, a prescindere dalla chiarezza e dall'univocità delle

---

<sup>189</sup> HILL, *What an Algorithm Is*, in *Philos. Technol.*, 2016, 35, MAZZOTTI, *Per una sociologia degli algoritmi*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, cit., 470, FERRAGINA, LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, 8, WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, Torino, 2012, XV, cit., 15 ss. In particolare, sull'origine etimologica dell'espressione algoritmo, cfr., in particolare, STRIPHAS, *Algorithmic culture*, in *European Journal of Cultural Studies*, 2015, 403 s. Per una illustrazione divulgativa e scherzosa del tema cfr. MALVALDI, LEPORINI, *Capra e Calcoli. L'eterna lotta tra gli algoritmi e il caos*, Bari, 2014, *passim*. Nella dottrina giuridica, cfr., in particolare, BASSINI, LIGUORI, POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, cit., 333 ss., spec. 335. Sulle incertezze definitorie e, quindi, terminologiche, cfr. SANTOSUOSSO, BOSCARATO, CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, cit., 494 ss.

<sup>190</sup> BURRELL, *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 2.

<sup>191</sup> Cfr. LUSTIG, PINE, NARDI, IRANI, LEE, NAFUS, SANDVIG, *Algorithmic Authority: The Ethics, Politics, and Economics of Algorithms that Interpret, Decide, and Manage*, in CHI EA 2016: #chi4good – Extended Abstracts, 34th Annual CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, vol. 07, 12 May 2016, 1057.

<sup>192</sup> STRIPHAS, *Algorithmic culture*, cit., 395. Cfr. già GALLOWAY, *Gaming: Essays on Algorithmic Culture*, Minneapolis, 2006.

<sup>193</sup> MCQUILLAN, *Algorithmic paranoia and the convivial alternative*, in *Big Data & Society*, 2016, 1.

<sup>194</sup> MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 2.

<sup>195</sup> HILL, *What an Algorithm Is*, cit., 36, MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 2.

istruzioni previste per raggiungerlo. Inteso in questi termini, può essere definito algoritmo qualsiasi procedimento umano basato sul rispetto di istruzioni o regole, dalla ricetta di cucina al ... processo<sup>196</sup>.

In realtà, appare più corretto utilizzare una nozione più ristretta di algoritmo, riferita cioè esclusivamente a quei procedimenti, predisposti essenzialmente per essere svolti da elaboratori, che sono strutturati secondo istruzioni, univoche, precise e finite<sup>197</sup>. Pur così delimitata, tale nozione di algoritmo è ancora eccessivamente generica. In un senso più ristretto, si può ritenere che «un algoritmo sia un insieme di istruzioni determinanti una procedura che soddisfa sei condizioni: finitezza, generalità, conclusività, effettività, definitezza e determinismo delle sue istruzioni»<sup>198</sup>.

Ma anche questa definizione è troppo ampia ai fini di questo lavoro e anche sostanzialmente di scarso interesse; come giustamente si osservato, si potrebbe obiettare che, in fondo, l'algoritmo «is just a set of instructions»<sup>199</sup>. Oltre tutto, gli algoritmi sono spesso utilizzati per svolgere operazioni molto semplici (come, ad esempio, l'incartamento di un prodotto); in questi casi, evidentemente, non si pongono particolari perplessità<sup>200</sup>. I problemi più delicati, invece, si verificano con riferimento agli algoritmi più complessi. «In other words, we are interested in algorithms whose actions are difficult for humans to predict or whose decision-making logic is difficult to explain after the fact. Algorithms that automate mundane tasks, for instance in manufacturing, are not our concern»<sup>201</sup>.

Del resto, è proprio quest'ultima tipologia di algoritmi che, nell'ultimo decennio, ha avuto uno sviluppo a dir poco straordinario. Si tratta, in particolare, degli algoritmi basati su meccanismi di *machine learning*, ossia in grado di imparare dall'esperienza e di riprogrammarsi da soli a mano a mano che vengono elaborati i dati. In altri termini, il *machine learning* è una metodologia che usa

<sup>196</sup> CANTÙ, TESTA, *Algoritmi e argomenti. La sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in *Sistemi intelligenti*, 2012, 395 (i quali distinguono appunto una nozione ampia e una nozione ristretta di algoritmo), MAZZOTTI, *Per una sociologia degli algoritmi*, cit., 470.

<sup>197</sup> Cfr. FERRAGINA, LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, 21, i quali esemplificano la netta differenza a questo riguardo fra la ricerca umana (basata su metodi propri dell'approssimazione) e la ricerca informatica (basata sull'applicazione di innumerevoli calcoli sequenziali) facendo riferimento alle modalità con cui una parola viene ricercata sul dizionario.

<sup>198</sup> CANTÙ, TESTA, *Algoritmi e argomenti. La sfida dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 404; la definizione è sostanzialmente ripresa da HILL, *What an Algorithm Is*, cit., 47.

<sup>199</sup> In questi termini, HILL, *What an Algorithm Is*, cit., 44.

<sup>200</sup> Cfr. SANTOSUOSSO, BOSCARATO, CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 494 ss., i quali, partendo dalla generale (e forse generica) definizione di robot come macchina che svolge un lavoro al posto dell'uomo, giustamente distinguono fra robot tele-operati, robot autonomi e robot cognitivi.

<sup>201</sup> CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 82, MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 3.

l'analisi ricorsiva dei dati per elaborare nuovi modelli predittivi di eventi; ciò conferisce inevitabilmente un grado di autonomia all'algoritmo, il quale è in grado di definire progressivamente le proprie regole decisionali per elaborare i nuovi dati<sup>202</sup>.

L'utilizzazione di queste tipologie di algoritmi, unita alla sempre maggiore presenza di dati digitalizzati, consente il raggiungimento di livelli di efficienza finora ritenuti irrealistici. In effetti, proprio in considerazione dei sempre migliori risultati raggiunti, sembra possibile riscontrare un costante aumento di fiducia negli algoritmi e nella loro efficienza tecnica<sup>203</sup>.

Si è osservato al riguardo come spesso la fiducia nei confronti di computer e programmi non sia completamente razionale o, più correttamente, sia frutto del c.d. *automation bias*, ossia della tendenza a fare acritico affidamento sulla tecnologia in quanto ritenuta, per il suo carattere matematico, precisa e affidabile<sup>204</sup>. Del resto, come acutamente si è detto, «il potere dei numeri è quello di apparire neutrali»<sup>205</sup>.

In effetti, come si dirà meglio anche in seguito, non è poi così scontato che gli algoritmi siano davvero efficienti. In effetti, si è osservato che «since learning is done by trial and error, we find that errors are unavoidable features of any reinforcement learning system. This is quite contrary to the common, traditional understanding that technology, done correctly, must operate free of errors»<sup>206</sup>.

Tuttavia, il problema principale è forse un altro: non ha molto senso chiedersi se gli algoritmi siano più efficienti dell'uomo; molto probabilmente lo sono. Del resto, sarebbe come domandarsi se corra più veloce l'uomo o l'automobile. Piuttosto, il vero problema è che gli algoritmi non sono neutrali, ossia che i risultati dati dall'algoritmo sono fortemente influenzati sia dalle scelte di programmazione sia, soprattutto, dal concreto contesto in cui operano. Proprio quest'ultimo profilo merita una particolare attenzione<sup>207</sup>.

<sup>202</sup> MCQUILLAN, *Algorithmic paranoia and the convivial alternative*, in *Big Data & Society*, 2016, 7; MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 3.

<sup>203</sup> ZARSKY, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, cit., 118; MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 7.

<sup>204</sup> KEATS CITRON, *Technological Due Process*, 85 *Wash. U. L. Rev.*, 2008, 1306, KEATS CITRON, PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in 89 *Wash. L. Rev.*, 2014, 33 e ZARSKY, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, in *Science, Technology, & Human Values*, 2016, 121.

<sup>205</sup> MAZZOTTI, *Per una sociologia degli algoritmi*, cit., 469.

<sup>206</sup> MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, in *Ethics and Information Technology*, 2004, 178. Cfr. anche BOYD, CRAWFORD, *Critical Questions for Big Data*, cit., 668.

<sup>207</sup> Il tema della (mancanza di) neutralità degli algoritmi è emerso soprattutto a partire dalla fine del primo decennio del nuovo millennio, quando i più importanti siti di condivisione e i prin-

Prima di tutto, come si è detto, gli algoritmi rispecchiano le impostazioni (non neutrali) del programmatore. Soprattutto, però, essi rispecchiano fedelmente i dati che processano e, quindi, anche non intenzionalmente, replicano le discriminazioni latenti nei medesimi dati<sup>208</sup>. Di più, di fronte al sempre maggiore ricorso ad algoritmi predittivi (ossia basati su meccanismi di *machine learning*) anche gli ordinari meccanismi di protezione della *privacy* non sono sufficienti, in quanto i programmi appaiono comunque in grado di individuare e distinguere determinati gruppi sociali o categorie di persone anche senza conoscere le identità personali<sup>209</sup>; come giustamente si è sottolineato, «it is very easy for AI systems to reconstruct sensitive terms from high-dimensional inputs»<sup>210</sup>.

Ma si pongono anche altri significativi interrogativi. In particolare, possono individuarsi tre distinte tipologie di problemi collegate all'utilizzazione di programmi di *machine learning*<sup>211</sup>.

Prima di tutto si pone un problema di titolarità dei programmi. Lo sviluppo di algoritmi predittivi, come si è già visto parlando di *e-discovery*, richiede tempi e costi, per cui l'azienda che lo realizza ha interesse a proteggere il proprio programma e a non rivelarne il contenuto. In secondo luogo, l'elaborazione del codice presuppone il possesso di competenze altamente specifiche, non solo informatiche. Anche

cipali *social* hanno progressivamente adottato dei meccanismi di personalizzazione dei propri motori di ricerca, di fatto alterando significativamente la propria neutralità rispetto ai contenuti caricati. Sul tema, si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti a PARISER, *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012, trad. it. di *The Filter Bubble*, 2011, CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 99, VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, cit., 22. Cfr. anche, diffusamente, HILL, *What an Algorithm Is*, cit., 56 s. e MAZZOTTI, *Per una sociologia degli algoritmi*, cit., 469 e BLAAUW, MILLER, RECORD, *Justified Belief in a Digital Age: on The Epistemic Implications of Secret Internet Technologies*, in 10 *Episteme*, suppl. *Privacy, Secrecy, and Epistemology*, 2013, 120 ss. In chiave divulgativa, cfr. MALVALDI, LEPORINI, *Capra e Calcoli. L'eterna lotta tra gli algoritmi e il caos*, 100 s.

<sup>208</sup> MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, in *Philos. Technol.*, 2017, 463, MCQUILLAN, *Algorithmic paranoia and the convivial alternative*, cit., 4, KEATS CITRON, PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, cit., 32 ss.; cfr. anche GOODMAN, FLAXMAN, *European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, cit., 1, *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, cit., 160 e CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 139.

<sup>209</sup> MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 7 ss., spec. 10.

<sup>210</sup> DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, in arXiv:1711.01134v2, 21 Nov 2017, 9. Cfr. anche MCQUILLAN, *Algorithmic paranoia and the convivial alternative*, in *Big Data & Society*, 2016, 2 secondo il quale «Big data seems to deliver a datafied X-ray vision that does not distinguish between public and private realms and is thus perceived as an amplified threat to privacy».

<sup>211</sup> Per questa tripartizione (meglio descritta nel testo), cfr. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2 s. Nella dottrina italiana, MAZZOTTI, *Per una sociologia degli algoritmi*, cit., 472.

queste perplessità, però, non parrebbero decisive qualora si ipotizzasse di utilizzare un algoritmo predisposto direttamente dal ministero della giustizia.

Il problema più rilevante concerne invece l'intrinseca opacità che caratterizza gli algoritmi predittivi. Come si è già detto, tali algoritmi sono in grado di riprogrammarsi da soli in base all'esperienza (ed è proprio questa la caratteristica che li rende particolarmente efficienti e versatili); ciò, tuttavia, non consente di comprendere davvero il loro meccanismo di funzionamento e rischia di ledere il diritto alla difesa delle parti<sup>212</sup>. Si tratta, del resto, di un fenomeno che sta caratterizzando la più recente evoluzione tecnologica, con conseguenze potenzialmente molto significative<sup>213</sup>.

Si fa ricorrente riferimento, in proposito, all'espressione *black box*. Più specificamente, «mettere una tecnologia nella scatola nera significa renderla talmente ovvia da sottrarla allo scrutinio degli utilizzatori, a volte anche degli analisti, che quindi cessano di vederla come contingente e modificabile e la accettano invece come naturale»<sup>214</sup>.

Anzitutto, questo vero e proprio «gap between the design and operation of algorithms and our understanding of their ethical implications» configura come cruciale il problema dei criteri utilizzati nella programmazione dell'algoritmo, con tutte le incertezze, soprattutto di natura etica, che ne conseguono<sup>215</sup>; anche perché non esiste un algoritmo morale perfetto, «non essendoci modo di ridurre l'etica a un insieme di regole su cui tutti sono d'accordo»<sup>216</sup>.

Ma anche questo non risolve il problema. Non si tratta, infatti, solo di infor-

<sup>212</sup> BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, cit., 1, il quale rileva che gli algoritmi sono opachi «in the sense that if one is a recipient of the output of the algorithm (the classification decision), rarely does one have any concrete sense of how or why a particular classification has been arrived at from inputs. Additionally, the inputs themselves may be entirely unknown or known only partially». Si vedano anche HILL, *What an Algorithm Is*, cit., 57 e ZARSKY, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, cit., 118 ss., CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 231.

<sup>213</sup> CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 81 ss. A questo riguardo, è stato acutamente sottolineato il radicale mutamento di rapporto fra l'uomo e la tecnologia: se prima l'uomo non era estraneo alla tecnologia e interagiva con la stessa, ora invece la tecnologia spesso dialoga con se stessa e l'uomo si limita esclusivamente ad accendere la macchina, a "interfacciarsi" con essa, senza avere un contatto diretto con il concreto operare della tecnologia. In questo senso, cfr. FLORIDI, *The 4<sup>th</sup> revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, 226 ss., il quale paragona la situazione dell'uomo a quella dei nobili del Cinquecento, i quali non erano minimamente consapevoli di quello che facevano i loro servitori.

<sup>214</sup> MAZZOTTI, *Per una sociologia degli algoritmi*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, cit., 465. CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 232.

<sup>215</sup> MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, cit., 466 e MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 2. CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 33.

<sup>216</sup> CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 208.

mazioni nascoste. In realtà il meccanismo decisionale degli algoritmi è qualitativamente differente rispetto al tradizionale procedimento decisionale umano, basato su ragionamenti di tipo ipotetico e deduttivo; l'algoritmo predittivo, infatti, non è semplicemente una regola matematica complicata e, come tale, difficile da comprendere<sup>217</sup>.

I processi decisionali utilizzati nel *machine learning* sono qualitativamente differenti, essendo basati su regole che non solo sono in continua modificazione, ma che quasi mai rispecchiano l'ordinario modello decisionario umano imperniato sulle relazioni di causalità. In definitiva, si può affermare che l'opacità degli algoritmi sia dovuta essenzialmente alla *high-dimensionality* dei dati, alla complessità dell'algoritmo e alla continua variabilità dei criteri di classificazione e di decisione utilizzati dallo stesso algoritmo<sup>218</sup>.

L'opacità dei programmi di *machine learning* pone inevitabilmente un problema di responsabilità. Il fatto stesso che gli algoritmi si riprogrammino da soli rende molto meno efficiente la tradizionale teoria in base alla quale il responsabile dei danni causati dalla macchina è il programmatore<sup>219</sup>. Come giustamente rilevato, questo schema tradizionale di responsabilità non è più adeguato agli algoritmi predittivi perché «nobody has enough control over the machine's actions to be able to assume the responsibility for them»<sup>220</sup>.

Ma non si tratta solo di responsabilità; e non è neppure, come già si è detto, un problema di efficienza. La difficoltà nel comprendere i meccanismi decisori degli algoritmi pone evidentemente un problema di legittimazione (e, quindi, di ammissibilità) degli stessi. In effetti, «the rationale of an algorithm can in contrast be incomprehensible to humans, rendering the legitimacy of decisions difficult to challenge»<sup>221</sup>. Il problema principale probabilmente non consiste tanto

<sup>217</sup> ZARSKY, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, cit., 127 ss.

<sup>218</sup> BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, cit., 5 (il quale rileva che la vera criticità sta «not just of reading and comprehending code, but being able to understand the algorithm in action, operating on data») e MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 4 (i quali osservano che «The rationale of the algorithm is obscured, lending to the portrayal of machine learning algorithms as 'black boxes'»). In prospettiva filosofica, cfr. MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, cit., 463.

<sup>219</sup> In questi termini, cfr. SANTOSUOSSO, BOSCARATO, CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 494 ss. e BASSINI, LIGUORI, POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, cit., 351 ss.

<sup>220</sup> MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, cit., 177, nonché 182, ove rileva che «the programmer role changes from coder to creator of software organisms».

<sup>221</sup> MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 7, i quali rilevano chiaramente che «algorithmic processing contrasts with traditional decision-making, where human decision-makers can in principle articulate their rationale when

nel capire «come funzionano», quanto piuttosto nel verificare «come vengono resi credibili, e come viene legittimato il loro uso»<sup>222</sup>.

Una prima risposta a questi interrogativi potrebbe essere quella di ritenere che il ricorso ad algoritmi predittivi e, in generale, a procedimenti decisori automatizzati debba essere escluso qualora gli stessi non siano neutrali. In altri termini la decisione automatizzata dovrebbe essere esclusa quando gli algoritmi utilizzati determinino in concreto, e a prescindere dalla volontà del programmatore o, più correttamente, del *trainer*, effetti discriminatori, intendendosi genericamente con tale espressione qualsiasi decisione o risultato che tratti differenzialmente situazioni uguali. A questo punto, il problema diventa quello di comprendere come procedere a questa verifica. Si tratta di quello che ormai viene comunemente definito problema della spiegazione degli algoritmi<sup>223</sup>. Problema che a sua volta si distingue in spiegazione locale (se riguarda il funzionamento dell'algoritmo con riferimento a un caso specifico) e in spiegazione generale (se, invece, riguarda, il complessivo funzionamento dell'algoritmo)<sup>224</sup>.

Le questioni coinvolte appaiono significativamente complesse; prima di tutto, considerando la mole di dati analizzata dall'algoritmo, non è quasi mai possibile procedere a una controprova e ad un'analisi complessiva dei dati utilizzati per verificare se in essi si annidi qualche discriminazione. In secondo luogo, al di là di ogni questione relativa a eventuali diritti di proprietà intellettuale sugli algoritmi, anche la conoscenza del codice iniziale non pare risolutiva. In proposito, si osserva correttamente che «quando gli algoritmi si fanno troppo complicati perché il nostro povero cervello di esseri umani possa capirli, quando le interazioni tra le varie componenti dell'algoritmo diventano troppe e troppo involute, al loro interno si insinuano errori che non riusciamo a trovare e a correggere, e l'algoritmo non fa ciò che vorremmo»<sup>225</sup>.

Come si diceva, gli algoritmi si riprogrammano in continuazione e in modo

queried, limited only by their desire and capacity to give an explanation, and the questioner's capacity to understand it». Nello stesso senso BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, cit., 10.

<sup>222</sup> MAZZOTTI, *Per una sociologia degli algoritmi*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, cit., 471.

<sup>223</sup> MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, cit., 461, DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, cit., 2.

<sup>224</sup> In argomento, cfr. DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, cit., 7 s. e WACHTER, MITTELSTADT, FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *Int. Data Privacy Law*, 2017, 5.

<sup>225</sup> DOMINGOS, *L'Algoritmo Definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino, 2016 (da cui è tratta la citazione), trad. it di *The Master Algorithm. How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, Londra, 2015, 27. In questo senso, cfr. anche MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, cit., 463 e MCQUILAN, *Algorithmic paranoia and the convivial alternative*, cit., 6.

automatico, per cui, pur conoscendo le impostazioni iniziali, ma ignorando la composizione dei dati analizzati, non è possibile comprendere i criteri decisori concretamente utilizzati. Si sostiene addirittura che non sia tecnicamente possibile arrivare ad una spiegazione del concreto meccanismo di funzionamento di algoritmi predittivi<sup>226</sup>. Si è parlato, in proposito, di meccanismo quasi paranoico<sup>227</sup>.

Anche prescindendo dalla concreta possibilità di spiegarne il funzionamento, la soluzione che sembra prevalere in questo momento è nel senso di concentrarsi sui risultati degli algoritmi, applicando delle verifiche controfattuali. Se non è possibile sapere come funzionano, è comunque possibile verificare i risultati applicando gli algoritmi a casi simili, controllando in concreto se gli effetti siano discriminatori oppure no, se cioè in concreto si riscontrino risultati diversi per situazioni sostanzialmente identiche<sup>228</sup>.

Si è giustamente detto che «con la nuova scienza fondata sulle banche dati spesso non c'è un momento in cui ciò che è complesso diventa sufficientemente semplice perché noi possiamo capirlo. Il modello conduce a un'equazione che ci permette di sbarazzarcene; occorre fare una simulazione per vedere cosa emerge»<sup>229</sup>.

Ovviamente non è possibile qui scendere nel dettaglio tecnico di simili procedimenti di verifica. In ogni caso, a prescindere dalla fattibilità tecnica delle possibili spiegazioni, è difficile e complicato, oltre che costoso, cercare di fornire una spiegazione, anche solo controfattuale, di un algoritmo predittivo. Questo impone ben precise scelte di campo, preliminari alla stessa adozione degli algoritmi in specifici campi; come si è sottolineato, «society cannot demand an explanation for every decision, because explanations are not free»<sup>230</sup>.

Queste difficoltà evidentemente rendono tutt'altro che scontata la questione dell'utilizzabilità nel processo di strumenti di *machine learning*. Si tratta di una questione molto più attuale di quanto possa pensarsi, anche perché il ricorso ad

<sup>226</sup> Cfr., ad esempio, DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, cit., 6 (secondo i quali «it is technically feasible to extract the kinds of explanations that are currently required of humans from AI systems»).

<sup>227</sup> MCQUILLAN, *Algorithmic paranoia and the convivial alternative*, cit., 6.

<sup>228</sup> DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, cit., 7. Sull'importanza, spesso trascurata o sottovalutata, dei ragionamenti controfattuali anche nelle decisioni giudiziarie, cfr. CATELLANI, *Fatti e controfatti nel ragionamento giudiziario*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 209 ss., nonché, nella dottrina statunitense, KNIGHT BUMS, *Counterfactual Contradictions: Interpretive Error in the Analysis of Aedpa*, in *65 Stan. L. Rev.*, 2013, 203 ss., WACHTER, MITTELSTADT, RUSSELL, *Counterfactual explanations without opening the black box: automated decisions and the gdpr*, in *Int. Data Privacy Law*, 2017, 1 e STRASSFELD, *If ...: Counterfactuals in the Law*, in *60 Geo. Wash. L. Rev.*, 1992, 339 ss.

<sup>229</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 169.

<sup>230</sup> DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, cit., 3.

algoritmi predittivi è ormai molto più frequente di quanto non si creda.

L'attualità del problema è dimostrata anche dall'attenzione dedicata a questo tema nel Regolamento europeo n. 679/2012 sulla protezione dei dati che entrerà in vigore il 25 maggio 2018, spesso indicato con l'acronimo GDPR<sup>231</sup>. In particolare, l'art. 23 di tale regolamento espressamente riconosce l'uso di procedimenti decisionali automatizzati, ossia di procedimenti fondati esclusivamente sull'applicazione di algoritmi e senza l'intervento di un uomo<sup>232</sup>. Prima di tutto – e appare fondamentale sottolinearlo – il Regolamento, disciplinandone l'utilizzazione, implicitamente ammette il ricorso a procedimenti automatizzati e ne riconosce la legittimità. In secondo luogo, il regolamento non sancisce alcun diritto di ottenere una decisione umana al posto di quella automatizzata, ma fissa esclusivamente alcune garanzie per così dire procedurali per il destinatario della decisione. Si discute, però, se tali garanzie consistano nel vero e proprio diritto ad ottenere una spiegazione sul funzionamento dell'algoritmo oppure se, invece, esse consistano in tutele per così dire meramente procedurali (volte a garantire un mero controllo sui dati processati dalla macchina)<sup>233</sup>.

Al di là delle specifiche soluzioni tecniche adottate, il regolamento europeo in tema di protezione dei dati personali è probabilmente la prima norma giuridica che disciplina decisioni automatizzate fondate su algoritmi predittivi. Proprio la prossima entrata in vigore di tale normativa fornisce l'occasione per formulare qualche considerazione sulla possibile applicazione degli algoritmi predittivi anche al processo. Ovviamente, si tratta di considerazioni al momento puramente teoriche; al netto del fenomeno dell'*e-discovery* statunitense, oggi non pare certo imminente il ricorso ad algoritmi predittivi nel processo, quantomeno nel processo civile. Tuttavia, come vedremo fra breve, anche solo il possibile utilizzo di tali programmi induce a scorgere una tendenza evolutiva che

---

<sup>231</sup> In generale, sul GDPR si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, passim, ID., *La protezione dei dati e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in ID. (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, cit., 5 ss., RESTA, ZENO ZENCOVICH, *La protezione transnazionale dei dati personali dai «safe harbour principles» al «privacy shield»*, Roma, 2016, passim e G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 1.

<sup>232</sup> In proposito, cfr. PIZZETTI, *La protezione dei dati e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 34 s.

<sup>233</sup> In argomento, cfr. DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, cit., 2 (i quali ritengono che il Regolamento preveda solo in limitati casi il diritto ad ottenere una spiegazione del funzionamento degli algoritmi) e WACHTER, MITTELSTADT, FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, cit., 4 ss. (i quali, invece, ritengono che il Regolamento non preveda alcun diritto di ottenere la spiegazione del funzionamento delle decisioni automatizzate). In tema cfr. anche PIZZETTI, *La protezione dei dati e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 35, PAGALLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 620 e GOODMAN, FLAXMAN, *European Union regulations on algorithmic decision-making and a «right to explanation»*, in arXiv:1606.08813v3, 31 Aug 2016, 1 ss.

caratterizza tutta la fase di acquisizione probatoria del processo.

Prima di tutto, occorre chiedersi se, con specifico riferimento all'ambito processuale e in considerazione delle peculiari esigenze di tutela e di legittimità che lo contraddistinguono, sia tecnicamente ammissibile il ricorso ad algoritmi predittivi. Ovviamente, qui occorrerebbe distinguere fra algoritmi in grado di arrivare direttamente alla decisione della controversia, senza l'intervento del giudice, e algoritmi che semplicemente supportano o sostituiscono parzialmente l'attività del giudice a cui comunque è sempre riservata la decisione.

Nel primo caso, si pone il problema della configurabilità di un vero e proprio diritto ad avere una decisione giudiziaria emessa da un essere umano. Al momento si tratta di un'ipotesi solo futuribile; non pare azzardato, però, incominciare ad interrogarsi sulla effettiva sussistenza di un simile diritto e sulla sua eventuale copertura costituzionale (nell'ambito dei principi del giusto processo), diritto finora mai prospettato, ma semplicemente perché non è mai stata concretamente ipotizzabile l'alternativa alla decisione umana (ossia la decisione devoluta a una macchina)<sup>234</sup>.

Del resto, come si è visto a proposito del regolamento europeo in tema di protezione dei dati, il diritto ad ottenere una decisione presa da un essere umano non può considerarsi in sé assoluto e inderogabile. Su questi problemi, comunque, si tornerà ancora nel prossimo paragrafo.

Diverso è il discorso per gli algoritmi utilizzati a supporto dell'attività decisoria umana o in parziale sostituzione della stessa. Si pensi, appunto, ai *predictive coding* sempre più diffusi nel *discovery* statunitense. Ebbene, in questo caso le perplessità riguardano soprattutto il procedimento con cui si arriva alla decisione. Detto in termini più processuali, si pone il problema dell'effettività del contraddittorio e della sua concreta configurazione nel meccanismo processuale.

In effetti, soprattutto la dottrina processualpenalistica ha posto in luce la doppia natura del principio del contraddittorio, da un lato inteso come diritto alla partecipazione dialettica nel processo e dall'altro come strumento epistemico nell'accertamento dei fatti. Anzi, sotto questo secondo profilo, sarebbe più corretto «parlare di metodo anziché di principio, proprio per sottolineare la forza epistemica del contraddittorio, la sua natura di strumento utile alla ricostruzione dei fatti, pur nella fallibilità di ogni criterio»<sup>235</sup>. E ciò in quanto, il contraddittorio sa-

---

<sup>234</sup> In realtà questo problema è stato parzialmente prospettato negli anni Sessanta da PERSICO, *Ancora sui calcolatori elettronici, la "giurimetria" e l'uniformità della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1472, il quale, interrogandosi sulla eventuale possibilità (allora solo ipotetica) di realizzazione di un massimario automatico che selezionasse i precedenti attinenti alla fattispecie, sottolineava che «nel nostro sistema processuale, le parti "hanno diritto", se così si può dire, che il giudice si occupi, nel momento di emanare per loro una sentenza, soltanto della loro causa».

<sup>235</sup> FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 46, nonché già ID., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in BESSONE, GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, 337 ss. In questi termini, cfr. anche MAZZA, voce *"Contraddittorio (princi-*

rebbe «anzitutto una tecnica di accertamento, idonea a confermare come a falsificare ogni ipotesi enunciata nel processo»<sup>236</sup>. Da qui la distinzione fra «contraddittorio soggettivo», inteso come garanzia, e «contraddittorio oggettivo», inteso come metodo epistemico<sup>237</sup>.

Quest'ultima accezione di contraddittorio (definito appunto probatorio) si è rafforzata, in ambito processualpenalistico, a seguito dell'esplicita costituzionalizzazione del metodo dialettico nella formazione della prova contenuta nel quarto comma dell'art. 111 Cost.<sup>238</sup>. La possibile funzione epistemica del contraddittorio, invece, pare essere stata spesso trascurata dalla dottrina processualcivilistica, concentrata soprattutto sulla funzione dialettica e garantistica del principio; e ciò si può dire anche in considerazione della evoluzione storica del principio<sup>239</sup>. Solo recentemente sono state messe in luce le potenzialità espansive di tale principio anche nel processo civile, principio da intendersi appunto (non solo, ma anche) come «metodo razionale e strumento di conoscenza di cui il giudice si serve per costruire nel modo più corretto e giusto i presupposti della sua decisione»<sup>240</sup>.

Richiamando anche la relazione al Re di accompagnamento al codice di rito, si è recentemente ipotizzato, quindi, di attribuire al contraddittorio anche la ne-

---

pio del) (*diritto processuale penale*)», in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2014, vol. VII, 247 ss. In generale, anche per una specifica illustrazione dei principi enunciati dalle Corti internazionali a questo riguardo, cfr. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 60 ss.

<sup>236</sup> FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA, GRIFANTINI, ILLUMINATI, ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, 320. Seppure nella differente prospettiva retorica, anche nel processo medioevale il contraddittorio rappresentava «più propriamente una metodologia di ricerca della verità» (PICARDI, «*Audiatur et altera pars*». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 9).

<sup>237</sup> UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 64.

<sup>238</sup> Con specifico riferimento alla dottrina processualpenalistica, oltre ai riferimenti contenuti nelle note precedenti, cfr. soprattutto CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 197 ss. Nella dottrina processualcivilistica, cfr. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241 ss., CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. ed il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1010 ss., L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 1 ss., e ID., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929, TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in CIVININI, VERARDI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2000, 36-54; infine, TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1.

<sup>239</sup> PICARDI, «*Audiatur et altera pars*». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, cit., 16 ss., il quale rileva che, a partire dall'Ottocento, «abbandonata la metodologia dialettica della ricerca, il contraddittorio tendeva ormai a risolversi in una meccanica contrapposizione di tesi ed, in ultima analisi, in una prova di forza».

<sup>240</sup> GAMBA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2016, vol. IX, 139, nonché 162 ss. In realtà, come autorevolmente rilevato, i primi segnali di questa inversione di tendenza possono essere rinvenuti già nella prima metà del Novecento (PICARDI, «*Audiatur et altera pars*». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, cit., 20).

cessaria funzione «contrastiva» all'interno del ragionamento abduttivo, configurandolo, quindi, come «strumento processuale che permette lo sviluppo di forme di ragionamento che, in chiave epistemica, sono alla base della realizzazione delle attività conoscitive»<sup>241</sup>.

È nota anche la distinzione, elaborata sempre dalla dottrina processualpenalistica, all'interno della più generale accezione di metodo epistemico nell'accertamento dei fatti oggetto di controversia, fra contraddittorio forte e debole, a seconda che il metodo dialettico si attui nel momento di formazione della prova oppure successivamente al suo formarsi<sup>242</sup>. Talvolta si è anche parlato di contraddittorio differito, per intendere l'applicazione del metodo dialettico esclusivamente al momento della valutazione della prova, senza alcuna possibilità di rinnovazione del procedimento formativo della prova<sup>243</sup>.

Non è questa la sede per esprimersi fondatamente sull'effettiva funzione epistemica di questo metodo dialettico. Come si è accennato, sono molti i sostenitori della sua funzione epistemica; anzi secondo alcuni il metodo dialettico rappresenterebbe una condizione necessaria, se non indispensabile, per raggiungere un accertamento veritiero dei fatti, come dimostrerebbe anche la sua espressa inclusione fra i principi del giusto processo<sup>244</sup>. Naturalmente non mancano opinioni contrarie, volte a sminuirne l'importanza nell'accertamento dei fatti, talvolta addirittura considerandolo un vero e proprio ostacolo a tal fine<sup>245</sup>.

Al di là di queste posizioni, sembra comunque possibile affermare che le più

<sup>241</sup> GAMBA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, cit., 173. Specificamente, sul rapporto fra contraddittorio e abduzione, cfr. TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 38 ss.

<sup>242</sup> FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 74. In tema, cfr. anche TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 37.

<sup>243</sup> MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, cit., 247 ss.

<sup>244</sup> FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., 337, ID., *Il "giusto processo"*, cit., 71 ss., TUZET, *Le prove dell'abduzione*, cit., 38, il quale sottolinea come il contraddittorio avrebbe due scopi, ossia evitare l'arbitrio del giudice e facilitare la ricerca della verità tramite il confronto e le falsificazioni nella dialettica fra le parti. In questo senso GAMBA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, cit., 179 ss. Nella dottrina statunitense, cfr., ad esempio, SKLANSKY, *Anti-Inquisitorialism*, in 122 *Harv. L. Rev.*, 2009, 1634. Del resto, è nota la definizione del contraddittorio (*rectius*, della *cross-examination*) come «greatest legal engine ever invented for the discovery of truth» (WIGMORE, *A Treatise on The Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, III ed., 1940, § 1367).

<sup>245</sup> TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 111 ss., JOLOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in 52 *Int. Comp. L.Q.*, 2003, 281, LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in 52 *U. Chi. L. Rev.*, 1985, 823 e ID., *The Origins of Adversarial Criminal Trial*, Oxford-New York, 2003, 332. In argomento, cfr. diffusamente, anche per una disamina delle diverse ipotesi prospettate al riguardo, specialmente nella prospettiva del modello *adversary* nord americano, HAACK, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, in ID., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, 2014, 27 ss., spec., 35 ss. Sulla possibile funzione epistemica del contraddittorio, in una prospettiva di teoria generale, cfr. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, 229 ss.

recenti evoluzioni tecnologiche stiano mettendo sempre più a rischio la funzione conoscitiva del contraddittorio, soprattutto nell'accezione forte di cui si è detto in precedenza. Certamente non può mettersi in dubbio la necessità di un diritto alla spiegazione sul funzionamento degli algoritmi<sup>246</sup>. Tuttavia, anche ottenendo tale spiegazione, gli algoritmi predittivi di fatto rendono pressoché impraticabile qualsiasi forma di contraddittorio forte, consentendo unicamente un contraddittorio debole o solo differito<sup>247</sup>.

Ovviamente l'intrinseca opacità degli algoritmi pone come cruciale il problema di effettività del contraddittorio debole, ossia di quelle forme di contraddittorio precedenti o successive alla formazione della prova. In particolare, con specifico riferimento agli algoritmi predittivi sarà fondamentale assicurare il fattivo coinvolgimento delle parti sia nella fase di elaborazione e di *training* dell'algoritmo sia nella fase di discussione dei risultati<sup>248</sup>.

Anche così facendo, però, appare evidente non solo la diminuzione di importanza della funzione conoscitiva del contraddittorio, ma la sua sostanziale modificazione, a favore di una sua nuova (ri)configurazione in chiave esclusivamente garantistica, anche in fase di assunzione probatoria. Contraddittorio inteso non più (anche) come strumento di suggerimento di nuove e differenti ipotesi, quanto piuttosto (solo) come strumento di controllo della neutralità di funzionamento degli algoritmi e di riequilibrio della inevitabile perdita di controllo derivante dalla utilizzazione di tali programmi<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> Se, come detto in precedenza, non è configurabile un generale ed astratto diritto a tale spiegazione, di certo tale diritto sussiste con specifico riferimento al processo. Ad esempio, secondo DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, cit., 5, la spiegazione del funzionamento di un algoritmo è giustificata quando la decisione presa ha effetti su una persona diversa rispetto a quella che decide e quando la spiegazione stessa può avere un valore sociale per il contesto in cui viene presa la decisione e tali condizioni ricorrono senza dubbio per le decisioni in ambito giuridico.

<sup>247</sup> Questi problemi e il loro incisivo impatto sugli «adversarial values» sono già emersi nel processo statunitense con specifico riferimento all'applicazione della T.A.R. (REMUS, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, cit., 2014, 124 ss., il quale sottolinea la necessità di nuove «forme» e nuovi «gradi» di cooperazione). In generale, da questo punto di vista, si è osservato come gli algoritmi consentano un controllo effettivo ma necessariamente differito, in quanto, a differenza del caso delle decisioni umane, gli algoritmi, se adeguatamente programmati, possono tenere traccia accurata di tutti i passaggi effettuati; DOSHI-VELEZ, KORTZ, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, cit., 10.

<sup>248</sup> PAGALLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, cit., 630, secondo il quale «la soluzione giuridica passa attraverso un accorgimento informatico che appronti meta-norme di regolarità procedurali, al fine di determinare se e in che misura un processo decisionale sia equo, adeguato o corretto».

<sup>249</sup> Parla di vera e propria perdita di controllo nei confronti dei più sofisticati algoritmi, PARISSER, *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, cit., 170 ss., spec. 172, il quale osserva che se gli algoritmi offrono maggiori garanzie di controllo sulla realtà, «garantiscono questa libertà e questo controllo togliendoceli».

Non si tratta di un fenomeno limitato all'utilizzazione di algoritmi. La tendenziale deformalizzazione dell'assunzione probatoria e la conseguente perdita di importanza del contraddittorio probatorio sembrano rappresentare un corollario dell'attuale evoluzione tecnologica e della relativa incidenza sulla fase di assunzione probatoria. Come si è detto soprattutto nel quarto capitolo, la più recente evoluzione tecnologica ha determinato un drastico indebolimento della nozione di documento: le moderne tecniche di documentazione (non solo la rete *Internet*, ma anche le tecnologie analogiche come la macchina da scrivere e il fotocopiatore) hanno causato un aumento esponenziale del numero di prove documentali e correlativamente (e per certi versi paradossalmente) una drastica diminuzione della relativa capacità rappresentativa.

Tutto questo sta spostando il baricentro della fase istruttoria fuori del processo, aumentando radicalmente l'importanza delle prove in senso lato precostituite, delle prove «lontane», secondo l'acuta definizione di Cavallone, con conseguente perdita di importanza del contraddittorio probatorio. Di fatto, quindi, i nuovi sviluppi tecnologici sembrano rafforzare ulteriormente il processo di progressivo «allontanamento» del giudice dalle fonti di prova già iniziato nei primi decenni del Novecento<sup>250</sup>.

Del resto, si può dire che la deformalizzazione rappresenti una tendenza evolutiva caratteristica di tutte le prove o, in generale, di tutte le informazioni formatesi al di fuori del processo. Così avveniva e avviene, ad esempio, per il fatto notorio, caso emblematico di semplificazione processuale. Come rilevava acutamente già Mattiolo, i fatti notori «perché a tutti sono noti, o quanto meno si presumono tali, non sono soggetti, anche se invocati nei giudiziali dibattiti, alla necessità della prova nelle forme rigorose preordinate dal rito processuale»<sup>251</sup>.

Analoga tendenza sembra riscontrabile nell'evoluzione della *judicial notice* di *common law*. In particolare, la dottrina è concorde nel ritenere che la caratteristica distintiva dei fatti basati su fonti che *cannot reasonably be questioned* è rappresentata proprio dalla sostanziale deformalizzazione del procedimento di assunzione probatoria di tali fatti<sup>252</sup>.

In definitiva, al di là dei possibili ulteriori sviluppi delle tecnologie digitali e del ricorso ad algoritmi predittivi, sembra possibile affermare che le evoluzioni delle tecniche di documentazione avvenute a partire dall'inizio del Novecento stiano determinando una tendenza alla progressiva deformalizzazione dei pro-

---

<sup>250</sup> CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 421 s., ove anche la definizione di prove «lontane». In senso sostanzialmente analogo, nella prospettiva statunitense, GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., 71 ss.

<sup>251</sup> MATTIOLLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, V ed., Torino, vol. III, 1903, 393. Nel medesimo senso, in prospettiva storica, GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, cit., 447 ss.

<sup>252</sup> GODWIN, *Judicial Notice and the Internet: Defining a Source Whose Accuracy Cannot Reasonably Be Questioned*, in 46 *Cumb. L. Rev.*, 2015, 234.

cedimenti di assunzione probatoria, con conseguente (e per certi versi inevitabile) diminuzione di importanza della funzione probatoria del contraddittorio a favore della accezione tradizionale, dialettica e garantistica, del medesimo principio. E ciò con evidenti rischi sia in termini di qualità della decisione (stante il diverso approccio che spesso i giudici hanno nei confronti delle prove tecnologiche) sia di accentuazione della disparità fra le parti (a seconda della diversa disponibilità di accedere alle nuove risorse tecnologiche)<sup>253</sup>.

### 5.5. *Correlazioni vs. causalità: nuove strategie cognitive e decisione giudiziale*

L'impatto delle nuove tecnologie non sembra comunque limitato alla sola fase di assunzione probatoria. Anche la fase di decisione, infatti, sembra poter subire significative ripercussioni. Nel corso dell'ultimo paragrafo si è ricorrentemente parlato di algoritmi predittivi e di decisioni automatizzate. E a questo proposito appare inevitabile chiedersi se proprio gli algoritmi predittivi, potendo sfruttare la sempre maggiore potenza di calcolo dei computer e l'altrettanto crescente disponibilità di dati, saranno in grado, in un prossimo futuro, di sostituirsi ai giudici, prendendo decisioni al loro posto. Del resto, come icasticamente osservato, «il rimedio all'automazione imperfetta è l'automazione totale»<sup>254</sup>.

Il tema non è nuovo e, inevitabilmente, segue lo stesso andamento dei dibattiti in materia di Intelligenza Artificiale. Non pare casuale, infatti, che proprio negli anni Sessanta del secolo scorso, contemporaneamente ai primi progressi dell'Intelligenza Artificiale e della robotica, la dottrina giuridica abbia segnalato la necessità di «esaminare, in termini generali, la questione dell'applicabilità dei moderni ritrovati della tecnica elettronica al processo giudiziario»<sup>255</sup>.

Del resto, come i dibattiti in tema di Intelligenza Artificiale sostanzialmente ripropongono la stessa questione originata dal notissimo lavoro *Computing Machinery and Intelligence* di Alan Turing del 1950, allo stesso modo anche i dibattiti in tema di Intelligenza Artificiale applicata al diritto trovano la propria origine nella stessa questione: può una macchina pensare? E se può pensare può anche decidere?<sup>256</sup>.

<sup>253</sup> MNOOKIN, *Repeat Play Evidence: Jack Weinstein, "Pedagogical Devices," Technology, and Evidence*, in 64 *DePaul L. Rev.*, 2015, 571, spec. 598 s. In generale, sull'uso di fotografie nelle argomentazioni difensive nel processo federale e statale statunitense e sul tendenziale affidabilità riposta dai giudici in tali prove cfr. FEIGENSON, SPIESEL, *Law on Display*, New York, 2009, 6.

<sup>254</sup> CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 174.

<sup>255</sup> PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo*, cit., 1727.

<sup>256</sup> Sulla riconducibilità dei principali temi dell'Intelligenza Artificiale al lavoro di Turing, cfr., anche per gli ulteriori riferimenti, DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 559 e

Nonostante fosse chiara la consapevolezza di essere lontani dal progettare «macchine pensanti», negli anni Sessanta sembrava ugualmente fattibile nel breve-medio periodo la realizzazione di un massimario automatico della giurisprudenza (peraltro bollato come idea «irrealizzabile e pericolosa») e ci si poneva il problema se fosse legittimo determinare automaticamente una soluzione giuridica<sup>257</sup>.

Anche la dottrina giuridica, in fondo, subiva il fascino degli entusiasmi propri dei primi anni di ricerca nel campo dell'Intelligenza Artificiale. In effetti, i primi studi si fondavano sulla convinzione, quasi deterministica, che, con una sufficiente potenza di calcolo, un programma informatico (impostato secondo una precisa e predeterminata sequenza di istruzioni) sarebbe riuscito a emulare il ragionamento umano<sup>258</sup>. In particolare, secondo la concezione diffusa negli anni Cinquanta e Sessanta, «l'intelligenza può essere ridotta integralmente alla manipolazione di simboli del tutto simile a quella con cui i matematici risolvono le equazioni sostituendo espressioni ad altre espressioni»<sup>259</sup>.

Anche nei primi contributi dedicati ai rapporti fra diritto, processo e cibernetica emergeva la convinzione che le limitazioni funzionali di quell'epoca dipendessero esclusivamente dalla (allora ancora) insufficiente capacità di calcolo e di elaborazione dei dati; «teoricamente parlando, è possibile classificare con apparati elettronici un numero di informazioni altissimo, limitato solo dalla capacità operativa dell'apparato»<sup>260</sup>. E all'idea che lo stesso ragionamento umano

TAMBURRINI, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'Intelligenza Artificiale*, in *Riv. fil.*, 2017, 263. In tema, in prospettiva filosofica, MARCONI, *Perché ai filosofi non interessa più (molto) l'Intelligenza Artificiale*, in *Sistemi intelligenti*, 2007, 479. Più specificamente, sui rapporti fra Intelligenza Artificiale e diritto, NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, in *32 AI & Soc.*, 2017, 441 ss. In chiave divulgativa, cfr. MALVALDI, LEPORINI, *Capra e Calcoli. L'eterna lotta tra gli algoritmi e il caos*, cit., 95 s. Nella più recente dottrina giuridica, ITALIANO, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, cit., 208 s.

<sup>257</sup> DI FEDERICO, *L'uso di strumenti elettronici nell'amministrazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 624 e PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo*, cit., 1752 ss. In argomento, cfr. anche CHIARLONI, *Giurisprudenza e dottrina nell'era della rivoluzione informatica (note sui sistemi di documentazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 590 ss.

<sup>258</sup> NUMERICO, FIORMONTE, TOMASI, *L'umanista digitale*, Bologna, 2010, 16, i quali segnalano la allora diffusa condivisione della «idea che una macchina avrebbe potuto risolvere non soltanto equazioni, fornire un risultato semplice e univoco a ogni problema di rappresentazione, organizzazione o accrescimento della conoscenza». Cfr. anche ITALIANO, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, cit., 211 s.

<sup>259</sup> DOMINGOS, *L'Algoritmo Definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, cit., 78. Nella dottrina italiana, CANTÙ, TESTA, *Algoritmi e argomenti. La sfida dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 397 e CASELLI, *Dagli artifici dell'intelligenza all'Intelligenza Artificiale*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, cit., 191 s.

<sup>260</sup> PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo*, cit., 1757. Cfr. anche DI FEDERICO, *L'uso di strumenti elettronici nell'amministrazione della giustizia*, cit., 625, secondo il quale, con i miglioramenti nella potenza di calcolo, «il problema di sostituire, per qualsiasi lavoro di concetto o creativo, delle macchine elettroniche all'uomo sarà non più un problema tecnico ma solo economico;

fosse essenzialmente computazionale corrispondeva, in ambito giuridico, la ricorrente metafora del diritto come macchina e del giudice come bocca della legge<sup>261</sup>.

Progressivamente, però, gli studiosi di Intelligenza Artificiale si sono accorti dell'insufficienza della prospettiva cosiddetta simbolista (ossia imperniata sugli schemi della logica formale), ovvero della sua inidoneità a creare dei programmi pensanti, a prescindere dalla maggiore o minore capacità di calcolo disponibile<sup>262</sup>. In particolare, i programmi di traduzione automatica misero in evidenza la sostanziale incapacità di programmi così impostati a riconoscere e a comprendere le sfumature, le allusioni, gli errori e, in generale, tutto ciò che non viene sottinteso o presupposto nel linguaggio (e quindi nel pensiero) umano<sup>263</sup>. In definitiva, si è via via diffusa la consapevolezza della differenza fra problemi intrattabili (in cui il limite è rappresentato solo dalla capacità fisica della macchina che li elabora) e problemi indecibili (ossia problemi che, proprio per la loro intrinseca natura, non sono risolvibili solo sulla base di una serie di calcoli)<sup>264</sup>.

Ma si è anche verificato un sostanziale cambio di prospettiva, in quanto l'obiettivo perseguito degli studiosi si è progressivamente spostato dal tentativo di replicare l'intelletto umano alla semplice ricerca di soluzioni più efficienti per il raggiungimento dei compiti affidati alla macchina<sup>265</sup>.

Con lo sfiorire delle entusiastiche prospettive iniziali, anche la dottrina giuridica si è progressivamente disinteressata del problema dell'Intelligenza Artificia-

vale a dire: non ci sarà più il quesito se per un qualsiasi lavoro l'uomo può essere sostituito, ma solo il quesito, caso per caso, se sia economicamente (o anche socialmente) più conveniente far eseguire il lavoro da una macchina o da un uomo». Nella dottrina giuridica, si rinvia all'attenta analisi di ITALIANO, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, cit., 212 ss.

<sup>261</sup> Su queste metafore e sul loro frequente fraintendimento, TUZET, *Il diritto non è una macchina*, in ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 159.

<sup>262</sup> In tema, cfr. MARCONI, *Perché ai filosofi non interessa più (molto) l'Intelligenza Artificiale*, cit., 479, il quale sottolinea anche il progressivo disinteresse dei filosofi al tema, proprio in considerazione del fatto che «l'IA non sembrava più un modo di parlare della mente». Sull'evoluzione degli approcci dei ricercatori di Intelligenza Artificiale, cfr. MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, cit., 178 ss.

<sup>263</sup> KAPLAN, *Intelligenza Artificiale. Guida al futuro prossimo*, Roma, 2017 (da cui è tratta la citazione), trad. it. di *Artificial Intelligence. What Everyone Needs to Know*, New York, 2016, 37. In questo senso, cfr. anche WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 220 ss., il quale rileva che «i computer lavorano esclusivamente con ciò che è stato loro detto, non ciò che è stato lasciato inespreso».

<sup>264</sup> Cfr., in proposito, NUMERICO, FIORMONTE, TOMASI, *L'umanista digitale*, cit., 22 s., i quali sottolineano appunto che «l'idea di ridurre tutte le operazioni a operazioni elementari, l'idea di avere una lista precisa di istruzioni che l'agente del calcolo esegue in modo pedissequo, l'idea che alla fine tutto quello che si può calcolare si ottiene dal lavoro di una singola macchina, alla quale siano state solo mutate le istruzioni, rappresentano delle risposte estremamente elementari, potenti e convincenti dal punto di vista dell'unificazione e della semplificazione dei processi».

<sup>265</sup> In questo senso, cfr. MARCONI, *Perché ai filosofi non interessa più (molto) l'Intelligenza Artificiale*, cit., 482 e DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 561.

le, almeno fino all'esplosione degli algoritmi predittivi. In effetti, si può dire che il ricorso a tali algoritmi abbia aperto nuovi scenari e prospettive di sviluppo ai sistemi di Intelligenza Artificiale. Rispetto ai primi sistemi, infatti, il *machine learning* è una metodologia che usa l'analisi ricorsiva dei dati per elaborare nuovi modelli predittivi di eventi così da arrivare a risultati molto simili a quelli dell'ordinario ragionamento deduttivo e deterministico umano<sup>266</sup>. In sostanza, «the final result may look like human cognition, but under the hood it's just statistical correlations or linear algebra»<sup>267</sup>.

Il fattore determinante che ha permesso (e sta tuttora permettendo) a questi programmi di arrivare a livelli di emulazione del ragionamento umano mai raggiunti in precedenza è da rinvenirsi, oltre alle migliorate capacità di calcolo dei computer, soprattutto nell'enorme mole di dati disponibili<sup>268</sup>. Più dati ci sono, più gli algoritmi possono fare confronti, cercare correlazioni e, quindi, simulare il ragionamento umano, comprese anche le conoscenze implicite o inesprese. Ma non solo; gli algoritmi predittivi – ed è questa la caratteristica che probabilmente li differenzia più nettamente rispetto ai primi programmi di Intelligenza Artificiale – sono in grado di imparare dall'esperienza<sup>269</sup>.

Il recente e dirimpente sviluppo degli algoritmi predittivi rende di nuovo attuale il problema dell'applicazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale al processo e, in particolare, alla decisione giudiziaria. Del resto, come già rilevato anche in precedenza, gli algoritmi sono sempre più diffusi e utilizzati in processi decisionali complessi, tipicamente umani<sup>270</sup>.

Ad onor del vero, si potrebbe pensare che un simile problema sia in fondo ozioso e degno più che altro di essere affrontato in romanzi o film. Tuttavia, si tratta di un problema ben più attuale di quanto possa sembrare, soprattutto considerando che, principalmente negli Stati Uniti, sono state avviate diverse ricerche per valutare l'utilizzabilità e l'efficienza di sistemi predittivi di ausilio alle decisioni giudiziarie<sup>271</sup>.

Proprio per questo, sembra possibile formulare qualche minima riflessione,

<sup>266</sup> MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 3.

<sup>267</sup> HUME, *Preparing for the Near Future: Deep Learning and Law*, in BARON, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 559.

<sup>268</sup> PAGALLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, cit., 615.

<sup>269</sup> GAGLIARDI, *La categorizzazione tra psicologia cognitiva e machine learning: perché è necessario un approccio interdisciplinare*, in *Sistemi intelligenti*, 2009, 494, KAPLAN, *Intelligenza Artificiale. Guida al futuro prossimo*, cit., 50 ss.

<sup>270</sup> MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 3.

<sup>271</sup> Si rimanda, in proposito, all'ultimo paragrafo del quarto capitolo.

nella consapevolezza della complessità di un tema che è solo all'inizio della sua elaborazione e che, soprattutto, coinvolge problemi sostanzialmente filosofici, i quali di fatto esulano dalle riflessioni tipicamente giuridiche. Del resto, si è giustamente osservato che per parlare di Intelligenza Artificiale occorrerebbe prima definire cosa si intenda per intelligenza umana, ossia definire le caratteristiche distintive del pensiero umano<sup>272</sup>.

Proprio sotto questo profilo i più recenti sviluppi nelle scienze cognitive e neuroscientifiche hanno portato ulteriori elementi di complicazione. In effetti, a partire dall'inizio del Novecento, soprattutto con lo sviluppo scientifico della psicologia, è emerso in modo evidente come il ragionamento umano non possa in alcun modo essere ridotto a una mera computazione, essendo soggetto a plurimi condizionamenti, spesso inconsapevoli e irrazionali<sup>273</sup>.

Ma non solo. È stato messo in luce, a partire dagli anni Sessanta, grazie soprattutto all'opera di Herbert Simon, poi premiato con il Nobel proprio per queste ricerche, che l'uomo, pur agendo razionalmente, segue una razionalità *bounded*, limitata, ossia diversa e meno performante rispetto all'ideale olimpico di razionalità basata sulla completa considerazione di tutti i fattori<sup>274</sup>.

Tale linea evolutiva è stata per così dire completata dalle ricerche molto note di Twersky e Kahnemann, le quali hanno messo in luce la ricorrente utilizzazione di euristiche, ossia di scorciatoie cognitive in grado di semplificare e velociz-

---

<sup>272</sup> In tema, cfr. GAGLIARDI, *La categorizzazione tra psicologia cognitiva e machine learning: perché è necessario un approccio interdisciplinare*, cit., 489, ove si rileva giustamente che «la comprensione dei processi di categorizzazione della mente umana è una delle più importanti e dibattute sfide intellettuali della scienza cognitiva e dell'Intelligenza Artificiale. Infatti la categorizzazione è un processo fondamentale tanto per l'intelligenza umana quanto per quella artificiale». A questo riguardo, imprescindibile è il riferimento a DENNETT, *Artificial Intelligence as Philosophy and as Psychology*, in RINGLE (a cura di), *Philosophical Perspectives on Artificial Intelligence*, Atlantic Highlands, 1978, 7 ss.; cfr. anche CASELLI, *Dagli artifici dell'intelligenza all'Intelligenza Artificiale*, cit., 191 s.

<sup>273</sup> Si è giustamente osservato che Freud ha eliminato l'illusione di una completa razionalità e Darwin ha escluso la specialità dell'uomo; cfr. FLORIDI, *The 4<sup>th</sup> revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 89. Sugli influssi dello psicologismo nell'analisi del ragionamento umano, cfr. VIOLA, *Neuroscienze e diritto naturale*, in *Riv. fil. dir.*, 2014, 135 e, ancora recentemente, CELANO, *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, 315.

<sup>274</sup> In argomento, cfr. TERNA, *Complessità, modelli e comportamenti ottimizzanti o satisficing, in Sistemi intelligenti*, 2016, 140, RUMIATI, LEGRENZI, *Euristiche: da Simon a Simon*, in *Sistemi intelligenti*, 2016, 169 e VIALE, *La decisione nel regno dell'incertezza*, cit., 233, il quale definisce il Novecento come il secolo del rischio, contrapponendolo all'Ottocento, definito in contrapposizione come secolo della certezza. Si veda anche, per una ricostruzione dell'evoluzione delle idee di Herbert Simon e dello sviluppo della *behavioral economic*, SPADA, *La razionalità in Herbert Simon e le ambiguità tra behavioral economics ed economia cognitiva*, in [http://www.cesme.unibo.it/WP/2010/6\\_WP\\_Cesme.pdf](http://www.cesme.unibo.it/WP/2010/6_WP_Cesme.pdf), 1 ss. In generale, sugli sviluppi e sulla concezione di razionalità in ambito economico, cfr. MONTESANO, *La nozione di razionalità in economia*, in *Rivista italiana degli economisti*, 2005, 23 ss.

zare i processi decisionali, a scapito, tuttavia, della attendibilità della decisione (spesso inficiata da *bias*)<sup>275</sup>. Non a caso si parla di euristiche come «soluzioni computazionali trattabili», ovviamente trattabili dalla mente umana<sup>276</sup>. Si è comunque preso atto che, in generale, il processo comunicativo umano risulta fortemente influenzato dal contesto in cui opera e dalle intenzioni delle persone coinvolte<sup>277</sup>.

Si può dire che, in ambito giuridico, questi risultati fossero già stati anticipati dal movimento del Realismo americano, i cui principali esponenti hanno messo chiaramente in luce i plurimi fattori, spesso istintivi e irrazionali, che influiscono sulla decisione giudiziaria<sup>278</sup>.

Ancora oggi, nonostante il superamento degli approcci più radicali di impostazione pragmatista della prima metà del Novecento<sup>279</sup>, sembra comunque possibile dare per acquisiti il carattere complesso della decisione giudiziaria e la sua irriducibilità entro gli schemi classici del sillogismo giudiziale e, più in generale,

<sup>275</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, cit., 91, CATERINA, *La dimensione prescrittiva della conoscenza tacita*, in *Sistemi intelligenti*, 2015, 221, GAGLIARDI, *La naturalizzazione dei concetti: aspetti computazionali e cognitivi*, in *Sistemi intelligenti*, 2014, 283, SPADA, *La razionalità in Herbert Simon e le ambiguità tra behavioral economics ed economia cognitiva*, cit., 6 ss., RUMIATI, LEGRENZI, *Euristiche: da Simon a Simon*, cit., 172 ss.

<sup>276</sup> GAGLIARDI, *La naturalizzazione dei concetti: aspetti computazionali e cognitivi*, in *Sistemi intelligenti*, 2014, 294.

<sup>277</sup> In tema, anche per gli opportuni riferimenti, CHIERA, *Inferenze comunicative e architetture cognitive*, in *Sistemi intelligenti*, 2014, 269 ss., RUMIATI, LEGRENZI, *Euristiche: da Simon a Simon*, cit., 176 ss. e, con specifico riferimento all'economia cognitiva, SPADA, *La razionalità in Herbert Simon e le ambiguità tra behavioral economics ed economia cognitiva*, cit., 10 ss. (la quale sottolinea che «Il soggetto che emerge dall'analisi cognitiva è calato in un contesto e i suoi comportamenti possono essere compresi solo se analizzati all'interno di quel contesto. Le scelte e, più in generale i comportamenti del soggetto sono legati alla sua soggettività, ma anche al mondo al quale la soggettività appartiene, e che la influenza»). Con riferimento alla prospettiva neuroscientifica, di cui si dirà fra breve nel testo, cfr. EMILIANI, MAZZARA, *Dalla naturalizzazione delle scienze umane alla naturalità dell'ovvio. Le ragioni sociali per le quali la mente non è il cervello*, cit., 42 s.

<sup>278</sup> TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, *passim*, GIULIANI, *Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico*, in F. ROSSI-LANDI (a cura di) *Il pensiero americano contemporaneo*, Roma, 1958, 119 ss. e GUASTINI, *Realismo e antirealismo nell'interpretazione del diritto*, in *Dir. priv.*, 2002, 35 ss. Sul Realismo americano e sui suoi rapporti con il behaviorismo economico, cfr. proprio recentemente MARZOCCO, *Una giurisprudenza naturalistica? Il contributo del behaviorismo al realismo giuridico americano*, in *Ragion pratica*, 2017, 553 ss., spec. 556, ove si rileva appunto che «il movimento è stato molto spesso inteso come un laboratorio capace di anticipare, in ragione dei principali fuochi su cui la sua indagine si è particolarmente concentrata – la considerazione della non neutralità delle concezioni del diritto e la sua proiezione verso la società, entrambi rivelati attraverso l'analisi degli scopi di *policy* nell'attività di giudici e funzionari – molte delle teorie critiche del Novecento».

<sup>279</sup> In tema, anche per ulteriori riferimenti, TUZET, *Logica ed usi del pragmatismo*, in *Pragmatismo concettuale e proceduralismo giuridico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2007, 2 ss.

della logica formale<sup>280</sup>. Del resto, come sottolineava già Cappelletti, spesso la motivazione reale della sentenza si trova nello «animo del giudice. Il sentimento del giudice: la simpatia, l'antipatia per una parte o per un testimone; l'interesse, il disinteresse per una questione o argomentazione giuridica; l'apertura ad un tipo evolutivo, storico, sociologico d'interpretazione delle leggi, anziché ad una interpretazione rigidamente formale»<sup>281</sup>.

In questo quadro tutto sommato assestato si sono inserite, in modo quasi prepotente, le indagini neuroscientifiche, le quali stanno mettendo a rischio acquisizioni così faticosamente ottenute<sup>282</sup>. In effetti, le neuroscienze studiano il pensiero umano a livello organico e funzionale<sup>283</sup>. Di fatto le indagini neuro-

---

<sup>280</sup> Per una specifica ricostruzione delle teorie sul ragionamento giuridico nel Novecento, in una prospettiva tuttavia dichiaratamente psicologista, cfr. CELANO, *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologista*, cit., 315 ss. Cfr. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 667, il quale sottolinea che il ragionamento del giudice è inevitabilmente «immerso» nel senso comune e che sarebbe un'evidente errore di prospettiva astrarre il ragionamento da tale contesto e «vederlo come un semplice schema logico collocato nel vuoto».

<sup>281</sup> CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 4. In argomento, cfr. anche GIROTTI, PIGHIN, *Vincoli esterni e interni e scelte individuali*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2015, 137 s., i quali riportano un interessante studio statunitense da cui risulta una significativa modificazione degli esiti delle decisioni a seconda dell'ora del giorno in cui vengono prese e della maggiore o minore vicinanza rispetto agli orari dei pasti.

<sup>282</sup> Sulla nascita e sullo sviluppo delle neuroscienze, cfr., senza pretese di completezza e anche per ulteriori riferimenti, PARETI, *È possibile una storia delle neuroscienze?*, in *Riv. fil.*, 2007, 417 ss., OLIVERIO, *Neuroscienze ed etica*, in *Iride*, 2008, 163 ss. Per una specifica illustrazione dell'evoluzione delle neuroscienze in ambito giuridico CORDA, *La prova neuroscientifica. Possibilità e limiti di utilizzo in materia penale*, in *Ragion pratica*, 2016, 357 ss. In ogni caso, l'espressione neuroscienze cognitive risale a GAZZANIGA, *Advances in Cognitive Neurosciences: The Problem of Information Storage in the Human Brain*, in LYNCH, MCGAUGH, WEINBERGER (a cura di), *Neurobiology of Learning and Memory*, New York, 1984, 78 ss. e ID., *The Cognitive Neurosciences*, IV ed., Cambridge, 2010, *passim*.

<sup>283</sup> La letteratura in materia è ormai molto ampia. Senza pretese di completezza, con specifico riferimento ai possibili impatti delle neuroscienze sul diritto, cfr. SANTOSUOSSO, BOTTALICO, *Neuroscienze, connessioni e confini dell'individuo*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 313 ss., GERBINO, COSULICH, *Sul dialogo tra scienza e diritto*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2017, 495, VIOLA, *Neuroscienze e diritto naturale*, cit., 131, IACOVIELLO, *Le neuroscienze forensi: Un progresso pericoloso*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016, 749. In generale, sulle neuroscienze, si rimanda, anche per ulteriori riferimenti ai contributi dedicati a questo tema sul quarto numero del 2015 del *Giornale Italiano di Psicologia*, fra cui, in particolare, EMILIANI, MAZZARA, *Dalla naturalizzazione delle scienze umane alla naturalità dell'ovvio. Le ragioni sociali per le quali la mente non è il cervello*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2015, 31, AURELI, *Cbi ha paura delle neuroscienze?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2015, 63, BODEI, *Nec tecum, nec sine te. Neuroscienze, psicologia e senso comune*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2015, 85, BOSIO, *Le ragioni sociali per le quali la mente non è il cervello: una questione di natura?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2015, 89, DELLANTONIO, JOB, *La natura della spiegazione scientifica. Alcune riesessioni su neurocentrismo, meccanicismo, riduzionismo e determinismo*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2015, 117 e GIROTTI, PIGHIN, *Vincoli esterni e interni e scelte individuali*, cit., 135.

scientifiche possono condurre a una nuova forma di riduzionismo ossia nella «identificazione ontologica ed epistemologica del mentale con il cerebrale»<sup>284</sup>. Da ciò deriverebbe un nuovo determinismo, con conseguente sostanziale negazione dello stesso libero arbitrio<sup>285</sup>. Ovviamente, se davvero così fosse, allora il problema dell'Intelligenza Artificiale non avrebbe ragione d'essere, in quanto l'uomo stesso sarebbe sostanzialmente una macchina<sup>286</sup>.

Tralasciamo questa ulteriore ipotesi, sia perché al momento non paiono esservi ancora riscontri scientifici sufficienti per arrivare a queste nuove forme di riduzionismo sia perché, soprattutto, si spera che non sia davvero così. Sarebbe davvero spiacevole pensare che, giunti quasi al termine di questo lavoro, quanto scritto sia frutto di un predeterminato disegno di incontrollabili impulsi elettrici nel cervello. «C'è, infatti, una soglia superata la quale si dissolve l'essere umano come tale e con esso anche l'idea stessa della morale. E questo segnerà forse un progresso della scienza, ma non un progresso della civiltà»<sup>287</sup>.

Al momento non è possibile prospettare i futuri sviluppi delle neuroscienze e i conseguenti influssi sulla cultura, prima ancora che sul diritto<sup>288</sup>. Ovviamente la questione è cruciale e può essere affrontata in diversi modi. Per il momento e, ai fini di questo lavoro, ipotizziamo un approccio per così dire «diplomatico», ossia considerando il resoconto neuroscientifico «solo quando il dato non ri-

---

<sup>284</sup> VIOLA, *Neuroscienze e diritto naturale*, cit., 137. In proposito, si rimanda anche a EMILIANI, MAZZARA, *Dalla naturalizzazione delle scienze umane alla naturalità dell'ovvio. Le ragioni sociali per le quali la mente non è il cervello*, cit., 34 ss.

<sup>285</sup> In generale, cfr. SANTOSUOSSO, BOTTALICO, *Neuroscienze, connessioni e confini dell'individuo*, cit., 316, EMILIANI, MAZZARA, *Dalla naturalizzazione delle scienze umane alla naturalità dell'ovvio. Le ragioni sociali per le quali la mente non è il cervello*, cit., 37, GIROTTI, PIGHIN, *Vincoli esterni e interni e scelte individuali*, cit., 135, INTRIERI, *Neuroscienze e diritto: una nuova teoria giuridica sulla mente*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 255 ss., PAGLIERI, *La struttura temporale dell'azione intenzionale: illusione della volontà o illusione delle neuroscienze?*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 347 ss. e CARUANA, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in Giurisprudenza*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 337. Sulle possibili conseguenze di tali eventuali sbocchi delle ricerche neuroscientifiche sulla decisione giudiziale, cfr. TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, cit., 1247 ss., TARUFFO, NIEVA FENOLL (a cura di), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid, 2013, *passim*, RUMIATI, *Decisioni giudiziarie e neuroscienze seduttive*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2016, 777 ss.

<sup>286</sup> In tema, senza alcuna pretesa di completezza, si rimanda a CANTÙ, TESTA, *Algoritmi e argomenti. La sfida dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 400 e HASSABIS, KUMARAN, SUMMERFIELD, BOTVINICK, *Neuroscience-Inspired Artificial Intelligence*, in *Neuron* 95, 2017, 245. In prospettiva storica, anche con riferimento alla metafora, di origine settecentesca, dell'uomo come macchina, cfr. EMILIANI, MAZZARA, *Dalla naturalizzazione delle scienze umane alla naturalità dell'ovvio. Le ragioni sociali per le quali la mente non è il cervello*, cit., 37 s.

<sup>287</sup> VIOLA, *Neuroscienze e diritto naturale*, cit., 142.

<sup>288</sup> SANTOSUOSSO, BOTTALICO, *Neuroscienze, connessioni e confini dell'individuo*, cit., 318 e CARUANA, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in Giurisprudenza*, cit., 341 ss.

guardi la natura di tutti gli individui»<sup>289</sup>; e ciò anche in considerazione del fatto che «fino a convincenti prove contrarie, l'individuo non si riduce a corpo, cervello, rete neuronale, pur non potendone prescindere»<sup>290</sup>.

Resistiamo al «fascino potente della naturalizzazione»<sup>291</sup>; e ipotizziamo, quindi, che il pensiero umano sia libero e, soprattutto, complesso, ossia influenzato da una grande varietà di fattori, di cui molti non considerabili razionali secondo i principi della logica formale<sup>292</sup>. Del resto, come giustamente osservato, si può «distinguere tra la consapevolezza delle azioni che compiamo e l'ignoranza delle cause che ci spingono a compierle: noi siamo bensì liberi di fare ciò che vogliamo, ma non possiamo volere ciò che vogliamo»<sup>293</sup>. Ebbene, se questa è la base di partenza, allora il problema dell'Intelligenza Artificiale consiste nel cercare di replicare il funzionamento del ragionamento umano; più correttamente, «l'IA può intendersi come la scienza della produzione di macchine e sistemi volti all'esecuzione di compiti che, qualora realizzati da essere umani, richiederebbero l'uso dell'intelligenza per risolvere problemi di apprendimento e conoscenza, di ragionamento e pianificazione»<sup>294</sup>.

In realtà, visto l'insuccesso dei primi approcci, le successive linee di sviluppo sono state condotte secondo due approcci differenti, riassunti rispettivamente nelle nozioni di Intelligenza Artificiale “forte” e Intelligenza Artificiale “debole”<sup>295</sup>. Come è stato efficacemente sintetizzato, «l'IA forte postula che le macchine hanno una mente, o finiranno per averla, mentre l'IA debole asserisce che si tratta di

---

<sup>289</sup> In questi termini, CARUANA, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in Giurisprudenza*, cit., 345, il quale contrappone appunto l'approccio diplomatico (di cui nel testo) a quello anarchico (implicante un'accettazione integrale e radicale delle neuroscienze) e a quello pragmatico (implicante, invece, un rifiuto complessivo delle neuroscienze). In definitiva, l'approccio diplomatico ipotizza che le neuroscienze possano essere utilizzate come spiegazioni per i casi concreti, senza, tuttavia, modificare (ovviamente per il momento) la concezione complessiva della mente umana.

<sup>290</sup> BODEI, *Nec tecum, nec sine te. Neuroscienze, psicologia e senso comune*, cit., 84.

<sup>291</sup> EMILIANI, MAZZARA, *Dalla naturalizzazione delle scienze umane alla naturalità dell'ovvio. Le ragioni sociali per le quali la mente non è il cervello*, cit., 33.

<sup>292</sup> In questo senso, sull'importanza anche dei fattori emotivi nelle decisioni in situazioni di incertezza, cfr., recentemente, PAOLETTI, DE PETRILLO, BELLAGAMBA, ADDESSI, *Gli aspetti emotivi delle scelte in condizioni di rischio in una prospettiva comparata*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 249 ss. Con riferimento, più in particolare, al ragionamento giuridico, cfr. GIORDANO, *Le teorie del ragionamento giuridico. Divaricazioni, ambivalenze, dilemmi*, in *Ars interpretandi*, 2012, 103 e TRUJILLO, *Pensare e ragionare da giuristi: interpretazione e ragionamento giuridico*, in *Ragion pratica*, 2010, 59.

<sup>293</sup> BODEI, *Nec tecum, nec sine te. Neuroscienze, psicologia e senso comune*, cit., 85.

<sup>294</sup> PAGALLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, cit., 615.

<sup>295</sup> In tema, nella dottrina giuridica, SANTOSUOSSO, BOSCARATO, CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, cit., 494 ss.

una semplice simulazione, e non di una duplicazione, dell'intelligenza reale»<sup>296</sup>.

Facendo un esempio non del tutto appropriato, l'automobile è una macchina che non riproduce il modo con cui l'uomo si muove (ossia il camminare), ma che certamente ottiene lo stesso risultato (e anzi lo migliora). In effetti, proprio la distinzione fra IA forte e debole segnala anche la sostanziale (e tuttora perdurante) ambivalenza di tale campo di ricerca; come giustamente rilevato, «The goals of AI are twofold. From an engineering perspective, AI is the “science of making machines do things that would require intelligence if done by” persons. By contrast, the cognitive perspective envisions AI as designing systems that work the way the human mind does»<sup>297</sup>.

Proprio l'approccio “debole” è quello che caratterizza gli algoritmi predittivi e che sta dando i migliori risultati, come chiaramente esemplificato dai programmi di *predictive coding* utilizzati per la *review* documentale nel *discovery* statunitense. Del resto, «l'obiettivo non è più quello di replicare il processo del pensiero umano [...], ma piuttosto di replicarne i risultati»<sup>298</sup>. Tali algoritmi non riproducono esattamente (anzi non riproducono affatto) le modalità con cui gli avvocati tradizionalmente procedono ad analizzare i documenti oggetto di *discovery*, ma, mediante regole di classificazione e di decisione del tutto differenti, sostanzialmente arrivano ad analoghi (se non migliori) risultati<sup>299</sup>.

In effetti, sembra possibile affermare che, allo stato attuale, sia ancora molto lontana l'ipotesi di una concreta realizzazione di un sistema di Intelligenza Artificiale forte<sup>300</sup>. Come è stato osservato, l'Intelligenza Artificiale attualmente sviluppata «does not merely underperform with respect to human intelligence; it has not joined the competition yet. Current machines have the intelligence of a toaster and we really do not have much of a clue about how to move from there»<sup>301</sup>.

E in fondo, non sembra neppure quella l'esigenza principale dell'Intelligenza Artificiale. In questo senso può essere intesa l'affermazione, volutamente para-

<sup>296</sup> KAPLAN, *Intelligenza Artificiale. Guida al futuro prossimo*, cit., 99. Cfr., anche, DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 562.

<sup>297</sup> KEATS CITRON, PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, cit., 6. In questo senso, cfr. anche FLORIDI, *The 4<sup>th</sup> revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 140.

<sup>298</sup> CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 136.

<sup>299</sup> NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, cit., 445.

<sup>300</sup> In ogni caso, non mancano già oggi i primi studi in materia. Cfr., ad esempio, CHOPRA, WHITE, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, Detroit, 2011, *passim*. Con particolare riferimento alla professione legale, cfr. MARCUS, *The Electronic Lawyer*, in 58 *DePaul L. Rev.*, 2009, 273 ss. e ID., *The Impact of Computers on the Legal Profession: Evolution or Revolution?*, in 102 *Nw. U. L. Rev.*, 2008, 1827.

<sup>301</sup> FLORIDI, *The 4<sup>th</sup> revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 140. In tema, cfr. anche DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 563 ss.

dossale, di chi sottolinea «che il motivo per cui l'Intelligenza Artificiale (IA) non è mai stata all'altezza delle sue promesse è che, qualora ci fosse riuscita, essa non sembrerebbe più una forma di IA»<sup>302</sup>. Lo stesso può dirsi anche per quanto riguarda il diritto e il processo. Sarebbe assai poco utile un robot che replicasse perfettamente il pensiero di un giudice, compresi anche *bias* ed errori.

Le prospettive più interessanti, quindi, riguardano gli sviluppi dell'Intelligenza Artificiale debole. In effetti, come si è visto anche parlando del fenomeno dell'*e-discovery*, sembra che siano proprio gli algoritmi predittivi così elaborati ad offrire le migliori prospettive per un'applicazione processuale, non tanto in sostituzione della decisione umano quanto piuttosto a supporto della stessa<sup>303</sup>. Come già accennato in precedenza, negli Stati Uniti sono in corso diverse ricerche finalizzate a verificare l'affidabilità di algoritmi predittivi applicati a decisioni di rilascio di detenuti sulla parola<sup>304</sup>. E nell'ambito delle procedure alternative alla risoluzione della controversia già si ipotizza la possibilità di decisioni automatiche in molti casi<sup>305</sup>.

Proprio in questa prospettiva, ovviamente riferita in generale al possibile ruolo dei sistemi di Intelligenza Artificiale debole, è stato giustamente sottolineato che «quella che chiamiamo Intelligenza Artificiale, avendo sempre o il problema di specificare che cosa intendiamo con Intelligenza, oppure quello di evitare di associare ad essa un senso preciso, potrebbe, con maggiore precisione, essere chiamata *Razionalità Artificiale*»<sup>306</sup>; in particolare, «Predictive algorithms can serve as a behavioral diagnostic, helping to understand the nature of human error»<sup>307</sup>.

Questo tipo di approccio sembra poter essere quello più promettente, anche in chiave processuale. In effetti, è possibile ritenere che la miglior prospettiva di utilizzo delle tecniche di *machine learning* sia proprio quella di affiancarle al ragionamento umano, «augmenting human decision-making with algorithms»<sup>308</sup>; e in tal

<sup>302</sup> WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, cit., 280.

<sup>303</sup> CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 133.

<sup>304</sup> KLEINBERG, LAKKARAJU, LESKOVEC, LUDWIG, MULLAINATHAN, *Human Decisions And Machine Predictions*, <https://cs.stanford.edu/~jure/pubs/bail-qje17.pdf>, 1 ss., spec. 3 (ove affermano che «machine learning could also be used to diagnose why judges mispredict. As a behavioral diagnostic, we build another algorithm that predicts judges' release decisions») e BARRY-JESTER, CASSELMAN, GOLDSTEIN, *The New Science of Sentencing. Should prison sentences be based on crimes that haven't been committed yet?*, in <https://www.themarshallproject.org/2015/08/04/the-new-science-of-sentencing>.

<sup>305</sup> RAYMOND, SHACKELFORD, *Technology, Ethics, and Access to Justice: Should an Alogrithm be Deciding Your Case?*, in 35 *Mich. J. Int'l L.*, 2014, 485.

<sup>306</sup> DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 575.

<sup>307</sup> KLEINBERG, LAKKARAJU, LESKOVEC, LUDWIG, MULLAINATHAN, *Human Decisions And Machine Predictions*, cit., 34.

<sup>308</sup> MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER, FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, cit., 11, CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 187e DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 570.

modo eliminando errori o incoerenze che spesso caratterizzano le decisioni giudiziali. Del resto, come è stato efficacemente sottolineato, «the best chess player is neither a human nor a computer, but a human using a computer»<sup>309</sup>.

In termini di efficienza, dunque, non paiono esservi particolari controindicazioni all'utilizzazione di algoritmi predittivi a supporto del giudice. In questo senso, non avrebbe molto significato un atteggiamento di acritica chiusura nei confronti di questi nuovi strumenti<sup>310</sup>; anche perché sarebbe, per usare una felice espressione, «like trying to hold back the tide»<sup>311</sup>. Del resto, come acutamente sottolineato, «la glorificazione del vecchio mezzo assomiglia spesso alla sublimazione dell'imbarazzo dovuto all'improvvisa messa a nudo delle sue debolezze»<sup>312</sup>.

Allo stesso modo, però, non si deve assumere un atteggiamento di acritico favore; al di là dell'efficienza, infatti, il ricorso agli algoritmi predittivi ha delle gravi implicazioni etiche, presupponendo ben precise scelte sugli obiettivi da raggiungere e sulle regole decisionali da seguire<sup>313</sup>. Anche questo, però, forse non sposta eccessivamente i termini del problema; in fondo, come osservato, «tools were largely for decision support. Legal systems remain unchanged by the technology available. Responsibility remains with the lawyers»<sup>314</sup>.

Il rischio maggiore, però, concerne i cambiamenti, potenzialmente dirompenti, che le nuove tecnologie possono determinare sul ragionamento (giuridico e non solo) dell'uomo. Come detto, i programmi di *machine learning* operano su base statistica, ricavando correlazioni dai dati elaborati; e ciò sulla base del presupposto (anch'esso di derivazione statistica) secondo il quale più esteso è il campione di riferimento, più attendibili sono le correlazioni ricavate dagli stessi. L'efficienza degli algoritmi predittivi sta determinando una sempre maggiore fiducia in tale metodo, anche a discapito delle tradizionali spiegazioni fondate sulla causalità<sup>315</sup>.

<sup>309</sup> FLORIDI, *Robots, Jobs, Taxes, and Responsibilities*, cit., 2.

<sup>310</sup> Proprio con riferimento ai progressi scientifici, è autorevole l'invito a non essere scettici e prevenuti: cfr. DAMAŠKA, *Free Proof and its Detractor*, in 43 *Am. J. Comp. L.*, 1995, 356, il quale afferma che «faced with the fruits of scientific progress justice cannot become oscurantist, closing its doors to new technologies and methods of investigation».

<sup>311</sup> MCQUILLAN, *Algorithmic paranoia and the convivial alternative*, cit., 8.

<sup>312</sup> WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 134.

<sup>313</sup> TAMBURRINI, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 263 ss., spec. 267. Con specifico riferimento ai problemi etici connessi all'applicazione dell'Intelligenza Artificiale al diritto cfr. PAGALLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, cit., 617.

<sup>314</sup> NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, cit., 459.

<sup>315</sup> ANANNY, *Toward an Ethics of Algorithms: Convening, Observation, Probability, and Timeliness*, in *Science, Technology, & Human Values*, 2015, 6, ove si rileva che «Algorithms do not simply accelerate commerce, journalism, finance, or other domains – they are a discourse and culture of knowledge that is simultaneously social and technological, structuring how information is produced, surfaced, made sense of, seen as legitimate, and ascribed public significances».

A differenza dell'approccio ormai diffusamente conosciuto come *Inference to the Best Explanation*, composto da un insieme di ragionamenti abduttivi, induttivi e deduttivi, il metodo posto a base degli algoritmi è di tipo essenzialmente induttivo, la cui affidabilità predittiva è appunto fondata sulla grande estensione dei dati processati<sup>316</sup>. In definitiva, si tende progressivamente a ritenere che, quando si è in grado di elaborare moltissimi dati, «sapere *cosa*, anche se non si sa *perché*, è più che sufficiente»<sup>317</sup>.

Si è detto che, al momento, è difficile pensare che, quantomeno a breve, gli algoritmi possano effettivamente sostituire o emulare l'uomo. Tuttavia, il rischio più concreto è che sia l'approccio seguito dagli algoritmi a condizionare le strategie conoscitive dell'uomo<sup>318</sup>.

È ormai molto nota l'ipotesi di una vera e propria *End of Theory*, ossia di una progressiva perdita di utilità dei modelli esplicativi: «There is now a better way. Petabytes allow us to say: "Correlation is enough." We can stop looking for models. We can analyze the data without hypotheses about what it might show. We can throw the numbers into the biggest computing clusters the world has ever seen and let statistical algorithms find patterns where science cannot»<sup>319</sup>.

Il principale problema che le innovazioni tecnologiche nel campo dell'Intelligenza Artificiale stanno mettendo in luce non è tanto la possibile sostituzione dell'uomo quanto piuttosto il rischio che sia l'uomo progressivamente a ragionare secondo gli schemi delle macchine<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> In argomento, cfr. BLAAUW, MILLER, RECORD, *Justified Belief in a Digital Age: on The Epistemic Implications of Secret Internet Technologies*, cit., 117.

<sup>317</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, Milano, cit., 76; cfr. anche WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 169.

<sup>318</sup> In argomento, cfr., diffusamente, MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, cit., 472 s. Del resto, «Algorithms do not simply accelerate commerce, journalism, finance, or other domains – they are a discourse and culture of knowledge that is simultaneously social and technological, structuring how information is produced, surfaced, made sense of, seen as legitimate, and ascribed public significance» (ANANNY, *Toward an Ethics of Algorithms: Convening, Observation, Probability, and Timeliness*, cit., 6).

<sup>319</sup> ANDERSON, *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, in *Wired*, 23 giugno 2008, <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/>. In tema, cfr. diffusamente, anche per una sintesi dell'importanza dei modelli esplicativi nell'evoluzione del pensiero scientifico, MCQUILLAN, *Algorithmic paranoia and the convivial alternative*, cit., 5, WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, cit., 36 ss., KITCHIN, *Big Data, new epistemologies and paradigm shifts*, in *Big Data & Society*, 2014, 2 s., PARISER, *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, cit., 161 e MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, cit., 88 ss. In argomento, in senso fortemente critico, cfr. CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 139 ss. e VIDALI, NERESINI, *Il valore dell'incertezza. Filosofia e sociologia dell'informazione*, cit., 125, secondo i quali «i dati non parlano da soli, possono rispondere (e non è detto che lo facciano) solo se interrogati e gli strumenti che utilizziamo per porre le nostre domande non sono neutrali, dal momento che gli algoritmi che li fanno funzionare sono stati costruiti sulla base di una serie di presupposti riguardanti abitudini, convenzioni e attese dei loro utilizzatori».

<sup>320</sup> FLORIDI, *Robots, Jobs, Taxes, and Responsibilities*, cit., 4 (il quale osserva giustamente che «The

Questo, ovviamente, si può ripercuotere anche in ambito giuridico. Non sembra azzardato ipotizzare il rischio che la sempre più diffusa tendenza ad affidarsi ad algoritmi predittivi e, quindi, a correlazioni e a ragionamenti di tipo induttivo-probabilistico possa determinare un progressivo ridimensionamento del ragionamento abduttivo e, quindi, della spiegazione causale<sup>321</sup>. Si tratta di un problema filosofico, prima ancora che giuridico<sup>322</sup>. E questo rischio sembra essere accentuato anche dal diffuso sovraccarico cognitivo, già più volte segnalato<sup>323</sup>. Il ragionamento probabilistico-induttivo, infatti, costituisce da sempre una delle principali euristiche del ragionamento umano in situazioni di stress o comunque di fronte a situazioni di grande incertezza, in cui vi sono troppi dati da considerare o è troppo ristretto il tempo per analizzarli<sup>324</sup>.

---

debate is not about robots but about us, who will have to live with them»); cfr. anche, più ampiamente, ID., *The 4th Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 40. CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, cit., 248 ss. (il quale osserva che «quando ci affidiamo ai computer perché facciano da mediatori nella comprensione del mondo, è la nostra stessa intelligenza che si appiattisce sull'Intelligenza Artificiale»), DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, cit., 568 («Gli ulteriori sviluppi dell'Intelligenza Artificiale sono quindi di fronte ad un bivio: o cercare di estendere le capacità dei sistemi di cognitive computing in modo che vadano oltre la razionalità per diventare capaci di emozioni, di ascolto degli altri, di relazioni sociali complesse, così da emulare davvero l'intelligenza umana, anche se non potranno mai basare quelle capacità sul loro rapporto con il mondo, come fanno uomini e donne in carne ed ossa; oppure mettere la loro superiore razionalità al servizio degli esseri umani, di ciascun essere umano impegnato nelle sue esperienze private e sociali, professionali e ludiche, mercantili e politiche, perché essi possano evitare sbagli, incomprensioni e rendere le loro decisioni ed azioni più efficaci»). In tema, in chiave divulgativa, MALVALDI, LEPORINI, *Capra e Calcoli. L'eterna lotta tra gli algoritmi e il caos*, cit., 108 ss.

<sup>321</sup> Sull'importanza del ragionamento abduttivo nella decisione giudiziale cfr. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006, passim, nonché ID., *Abduzione: quattro usi giuridici*, in ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 15, ID., *Le prove dell'abduzione*, in *ibidem*, 2010, 27 e TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1241 ss. In generale, sull'incidenza di questo nuovo approccio sulla ricerca scientifica, KITCHIN, *Big Data, new epistemologies and paradigm shifts*, cit., 10.

<sup>322</sup> MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, cit., 470.

<sup>323</sup> BOYD, CRAWFORD, *Critical Questions for Big Data*, cit., 665, i quali osservano che «it is a profound change at the levels of epistemology and ethics. Big Data reframes key questions about the constitution of knowledge, the processes of research, how we should engage with information, and the nature and the categorization of reality».

<sup>324</sup> VIALE, *La decisione nel regno dell'incertezza*, cit., 238 ss. e GAGLIARDI, *La naturalizzazione dei concetti: aspetti computazionali e cognitivi*, in *Sistemi intelligenti*, 2014, 293. Con specifico riferimento al ragionamento giudiziario, cfr., VERMEULE, *Three Strategies of Interpretation*, in 42 *San Diego L. Rev.*, 2005, 607 ss. e, in una prospettiva anche sperimentale, CATELLANI, *Fatti e controfatti nel ragionamento giudiziario*, cit., 215, la quale rileva come alcune indagini abbiano dimostrato la tendenza, specialmente dei giudici laici, a caratterizzare l'approccio decisorio «da un'epistemologia «assolutista», ossia ad assestarsi sulla prima soluzione possibile senza dare attenzione adeguata a spiegazioni alternative e prove contrarie». In questo senso, nella dottrina statunitense, cfr. STRASSFELD, *If ...: Counterfactuals in the Law*, cit., 345 ss., ove si rileva la ricorrente presenza, nelle decisioni giudiziarie, di «hidden and unwelcome counterfactual considerations».

In definitiva, vi è il concreto rischio che si abbandoni il concetto tradizionale di conoscenza, basata appunto sulla spiegazione causale, che da millenni caratterizza il pensiero dell'uomo<sup>325</sup>. Questo approccio, però, come giustamente rilevato, si sostanzia in «a form of pragmatic justification. This is not the same as epistemic justification which aims at truth»<sup>326</sup>.

Ad esempio, questo rischio pare manifestarsi in modo concreto con specifico riferimento alle più recenti tendenze in tema di motivazione emerse nella legislazione italiana<sup>327</sup>. L'esplicito riferimento alla possibilità di motivare le decisioni mediante una «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto» (art. 132, n. 4, c.p.c.) e la possibile limitazione di tale esposizione al «riferimento a precedenti conformi» (art. 118, primo comma, disp. att., c.p.c.), sembra proprio suggerire (se non imporre *tout court*) un approccio – per usare la terminologia riferibile agli studi di Herbert Simon – *satisficing* della decisione giudiziale<sup>328</sup>.

La decisione per correlazioni (ossia i precedenti conformi) e la sua giustificazione in modo succinto e conciso (ossia senza dover necessariamente prendere in esame tutte le possibili ricostruzioni dei fatti e delle questioni oggetto della controversia) appaiono certamente frutto di un approccio a razionalità limitata<sup>329</sup>. Il problema principale non concerne, in sé, la scelta di un simile modello, che in determinate circostanze potrebbe essere anche accettabile<sup>330</sup>.

<sup>325</sup> FLORIDI, *The 4<sup>th</sup> revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 130 e BLAAUW, MILLER, RECORD, *Justified Belief in a Digital Age: on The Epistemic Implications of Secret Internet Technologies*, cit., 117 ss.

<sup>326</sup> MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, cit., 471.

<sup>327</sup> In tema, recentemente, si veda la compiuta e dettagliata analisi di RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, 204 ss. Sulle più recenti proposte di riforma in materia e sugli interventi di riforma, in senso particolarmente critico, cfr. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 375 ss. e ID., *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, in *Lav. dir.*, 2014, 373 ss. Sulle tendenze, anche giurisprudenziali, in tema di motivazione, cfr. RUFFINI, «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1329.

<sup>328</sup> In argomento, cfr. TARUFFO, *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. it.*, 2011, 1 ss., il quale giustamente rileva che se la norma autorizzasse davvero «il giudice a far riferimento *soltanto* a precedenti conformi, anche quando questi sono costituiti da massime generiche ed anche quando esistono precedenti difformi», come in effetti pare, allora si giustificerebbero seri «dubbi di costituzionalità della norma per violazione dell'art. 111, comma 6, Cost., dato che essa finirebbe con il legittimare la sostanziale mancanza della motivazione in diritto».

<sup>329</sup> In questo senso, mi pare possano essere lette le conclusioni di RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, cit., 326, il quale rileva come uno dei piani emergenti dalle recenti riforme legislative sia appunto «la riduzione al minimo dell'impegno del giudice da tutto ciò che non è direttamente necessario in vista del risultato da conseguire». In proposito si è osservato, con riferimento in generale ai procedimenti decisionali umani, che «la consapevolezza di dover motivare una certa decisione può allora quanto meno costituire uno stimolo per attivare meccanismi mentali lenti e deliberati, vincendo la pigrizia che potrebbe portarci a fare esclusivo affidamento sulle prime impressioni intuitive» (CATERINA, *La dimensione prescrittiva della conoscenza tacita*, in *Sistemi intelligenti*, 2015, 228).

<sup>330</sup> VERMEULE, *Three Strategies of Interpretation*, cit., 609 ss. e, nella dottrina italiana, VIALE, *La deci-*

L'aspetto più critico di questa strisciante metamorfosi risiede nella sostanziale incoscienza del cambiamento insito nelle recenti riforme legislative e nella mancanza di una precisa consapevolezza delle conseguenze di tale cambiamento. Apparentemente, infatti, le modificazioni legislative possono essere intese come applicazione del principio di sinteticità e chiarezza di redazione degli atti processuali, ivi compresi quelli del giudice<sup>331</sup>.

Tuttavia, questo approccio (ponendo essenzialmente l'accento sull'aspetto quantitativo della motivazione, più sintetica) trascura l'implicito mutamento qualitativo ad esso sotteso (sentenza non più come decisione ottimale della controversia, ma come decisione sufficientemente buona della stessa). Apparentemente cambiano solo le modalità di redazione; in realtà, cambia radicalmente il modello di ragionamento giudiziario. Sarebbe necessaria, evidentemente, una maggiore consapevolezza, non solo di tali profili; come si è giustamente osservato, «nell'era digitale [...] occorre una matura consapevolezza epistemologica»<sup>332</sup>.

Certamente, sembra difficile negare la sostanziale inefficienza dell'attuale modello di motivazione: non è necessario un vasto campione statistico per rendersi conto che, al di là della differente lunghezza delle motivazioni, molto spesso le motivazioni contengono *obiter dicta* del tutto inutili ai fini della decisione<sup>333</sup>; per non parlare degli altri estemporanei e talvolta stravaganti inconvenienti che emergono dalla prassi giudiziaria<sup>334</sup>. Le stesse spiegazioni causali talvolta non sono precise e possono anch'esse fungere da scorciatoie epistemiche<sup>335</sup>.

Si tratta, del resto, di un problema assai diffuso e talvolta assurdo anche agli onori della cronaca; in proposito si può ricordare l'enigma volutamente inserito

*sione nel regno dell'incertezza*, cit., 239 ss., il quale rileva che le procedure decisionali euristiche «non ci garantiscono una soluzione ottima in modo certo, ma solo soddisfacente nella maggior parte dei casi» e che, conseguentemente, può porsi un problema anche prescrittivo (e non solo descrittivo) delle euristiche. In tema, cfr. anche RUMIATI, LEGRENZI, *Euristiche: da Simon a Simon*, cit., 171 ss.

<sup>331</sup> In questo senso, viene correttamente letta l'attuale tendenza in tema di motivazione da RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, cit., 205 ss.

<sup>332</sup> VASSALLO, *Era digitale. Indicazioni su conoscenza, reati, epistemologia della testimonianza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 69.

<sup>333</sup> Già Gorla, negli anni Sessanta, segnalava in senso critico il diffuso «carattere teorico-trattatistico» delle sentenze giudiziali (GORLA, *Precedenti giudiziari sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia di prelazione e su alcune questioni connesse*, in ID., *Quaderni. Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Foro it.*, 1966, 56); in tema, cfr. CHIARLONI, *Giurisprudenza e dottrina nell'era della rivoluzione informatica (note sui sistemi di documentazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 593.

<sup>334</sup> Cfr. CONSOLO, *Sentenza manoscritta «assolutamente indecifrabile» o di «scarsa leggibilità»: davvero va cassata con rinvio? E se ad essere mutilo è l'atto di parte?*, in *Corr. giur.*, 2016, 674.

<sup>335</sup> In argomento, MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere. E già minaccia la nostra libertà*, cit., 92, i quali sottolineano come talvolta «la tendenza a identificare intuitivamente dei rapporti di causalità non migliora la nostra comprensione del mondo. Spesso e volentieri è poco più di una scorciatoia cognitiva che ci dà una finta illuminazione del contesto mentre in realtà ci lascia all'oscuro sul mondo che ci circonda».

da un giudice inglese nella motivazione della sentenza emessa nella controversia avente ad oggetto l'accusa di plagio nei confronti dello scrittore Dan Brown con riferimento al suo notissimo romanzo *Il Codice da Vinci*<sup>336</sup>.

Se può condividersi, quindi, l'esigenza di riforma, deve invece negarsi fermamente la bontà delle soluzioni adottate dal legislatore italiano. Si può certamente affermare che le recenti riforme non servano affatto a rendere più efficienti le motivazioni (tuttora la sinteticità e la concisione delle sentenze dipendono esclusivamente dallo stile e dalla personalità del magistrato). Tali riforme, però, – ed è questo l'aspetto maggiormente delicato – surrettiziamente paiono legittimare un approccio "limitato" alla decisione giudiziale. Ovviamente, il rischio è che i *Big Data* e gli algoritmi predittivi, anche se ancora non applicati al processo, possano rafforzare ulteriormente questa tendenza<sup>337</sup>.

La speranza è, invece, che proprio tali innovazioni tecnologiche possano finalmente portare a una maggiore consapevolezza dei radicali cambiamenti correlati alle modificazioni alla struttura normativa della motivazione<sup>338</sup>. Con questo, ovviamente, non si vuol certo negare la possibilità di ricorrere, in determinati casi, a modelli di motivazione a razionalità limitata; e ciò in coerenza con la configurazione funzionalista della motivazione che sembra emergere attualmente<sup>339</sup>. Tuttavia, appare indispensabile che tale scelta sia meditata e consapevole e che, comunque, non venga estesa generalmente – e genericamente verrebbe da dire – a qualsiasi forma di decisione giudiziale.

Ma non si tratta solo del ragionamento decisorio. Sembra possibile affermare che le nuove tecnologie debbano indurre anche a nuove riflessioni sul ruolo e sulla funzione complessiva del processo. Come si è detto, al momento non si corre certamente il rischio che il processo, come tradizionalmente lo conosciamo, venga sostituito da un procedimento decisionale automatizzato. Tuttavia, sembra concreto il rischio di un suo sostanziale mutamento di identità. E qui sembra possibile riferirsi al noto paradosso della nave di Teseo<sup>340</sup>.

---

<sup>336</sup> La notizia è consultabile ad esempio sul sito [http://www.repubblica.it/2006/04/sezioni/spettacoli\\_e\\_cultura/da-vinci-enigma/da-vinci-enigma/da-vinci-enigma.html](http://www.repubblica.it/2006/04/sezioni/spettacoli_e_cultura/da-vinci-enigma/da-vinci-enigma/da-vinci-enigma.html). Sulle generali e diffuse carenze in tema di motivazione, non solo nel sistema italiano, cfr. il rapporto predisposto dalla Commissione Europea l'11 aprile 2016 su cui, in particolare, RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, cit., 330.

<sup>337</sup> In generale, sui possibili influssi dell'aumento di dati sul diritto, PAUL, BARON, *Information Inflation: Can The Legal System Adapt?*, in 13 *Rich. J.L. & Tech.*, 2007, 2 ss.

<sup>338</sup> Con riferimento, in generale, a qualsiasi decisione (non limitata, quindi, alla decisione giudiziale), cfr. BLAAUW, MILLER, RECORD, *Justified Belief in a Digital Age: on The Epistemic Implications of Secret Internet Technologies*, cit., 130, i quali sottolineano la particolare responsabilità epistemica di chi prende una decisione fondata su algoritmi e analisi automatizzata dei dati, «responsibility to do what she can to ensure that the information upon which she forms her beliefs is unbiased and complete enough to underwrite the judgments she aims to make».

<sup>339</sup> RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, cit., 323 ss.

<sup>340</sup> Questo noto paradosso filosofico, ripreso e rielaborato soprattutto da Thomas Hobbes (*De*

Questo paradosso può essere applicato al processo, in conseguenza non solo delle nuove tecnologie, ma anche della ormai diffusa importanza del ruolo delle conoscenze esperte<sup>341</sup>. Ebbene, come si dubitava che la nave usata da Teseo, dopo plurime riparazioni e sostituzioni, potesse ancora considerarsi *la stessa* nave, così può dubitarsi che il processo in cui gran parte della decisione viene affidata ad esperti e in cui la decisione giudiziale viene affiancata e per così dire aumentata dagli algoritmi sia davvero *lo stesso* processo di prima. Ad esempio, con specifico riferimento alla valutazione delle prove, appare lecito domandarsi se possa ancora essere considerata razionale, e quindi conforme alla garanzia del diritto alla prova, una decisione presa in modo automatizzato sulla base di algoritmi<sup>342</sup>.

A questo riguardo, non sembra più attuale l'autorevole considerazione di Denti, secondo cui «il vero e fondamentale problema della scientificità della prova è dato, dunque, dalla necessità, in cui il giudice si può trovare, di impiegare nell'accertamento del fatto nozioni che trascendono il patrimonio di conoscenze dell'uomo medio»<sup>343</sup>.

In effetti, si può affermare che ormai le nuove tecnologie pervadano l'intero processo e che il problema principale sia invertito, concernendo non già il modo in cui il giudice possa servirsi delle stesse ma il modo in cui le nuove tecnologie stiano modificando il ragionamento giudiziario e il processo nel suo complesso<sup>344</sup>. Del resto, già a metà degli anni Novanta del secolo scorso, Damaška, pur affermando che la progressiva «scientization of inquiry» all'epoca non incidesse

*Corpore*, XI, 7), pone al centro dell'attenzione il problema dell'identità. In effetti, si può dire che quello dell'identità sia uno dei problemi più delicati che stanno emergendo in collegamento con il recente sviluppo tecnologico; in generale, su questo tema, cfr. FLORIDI, *The 4th Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 60 ss., spec. 66 s.

<sup>341</sup> In tema, si rimanda a DONDI, *Conoscenze esperte nel processo civile. Un sintetico (ma forse utile) raffronto con l'ordinamento statunitense*, in *Corti fiorentine*, 2016, 15, ID., *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come expert witness testimony nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1133, TARUFFO, *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, 2016, 335, ID., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 230 ss., L.P. COMOGLIO, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Milano, 2007, 1325 ss. e ANSANELLI, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Brevi rilievi critici*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 907, ID., *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, *passim*. Con particolare riferimento alla decisione giudiziaria, cfr. DAMAŠKA, *Free Proof and its Detractor*, cit., 343 ss., spec. 352 ss.

<sup>342</sup> Sulla razionalità della decisione (e sulla sua giustificazione razionale) come esplicitazione del diritto alla prova, cfr., ad esempio, FERRER BELTRÁN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion pratica*, 2003, 153 e ID., *La valutazione razionale della prova*, cit., *passim*, spec. 87 ss.

<sup>343</sup> DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 421.

<sup>344</sup> Si tratta di un'inversione di prospettiva che non concerne solo il diritto. Come giustamente osservato è il vinto che sta conquistando i vincitori, ossia è il mondo digitale che sta conquistando il mondo analogico. In questi termini FLORIDI, *The 4th Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 43.

ancora in modo significativo sulla decisione giudiziaria, riteneva che «the situation could change: as science advances by leaps and bounds, reliable instruments and strategies might soon be developed whose employment justifies greater interference with the factfinder's decisional freedom»<sup>345</sup>.

Proprio per questo, sembra inevitabile interrogarsi sulla natura del processo o, meglio, sulla natura del processo per gli uomini. A questa «goal directed question»<sup>346</sup>, cui è probabilmente «impossibile rispondere» come già osservava Satta, a maggior ragione oggi «una risposta bisogna pur dare»<sup>347</sup>. Più specificamente, appare probabile che si riproponga, rafforzato, il «mistero» che già Satta aveva magistralmente evocato, ossia il dubbio se il processo sia uno strumento, funzionale a qualche scopo umano (che sia la mera risoluzione dei conflitti o la realizzazione del diritto poco importa), oppure se invece costituisca «un momento eterno dello spirito», «per definizione antirivoluzionario», un «atto senza scopo che [gli uomini] hanno messo al centro della loro esistenza»<sup>348</sup>.

Sembra necessario, quindi, chiedersi se il processo sia *per gli* uomini o *degli* uomini; nel primo caso sarà di fatto inevitabile ammettere un sempre maggiore ricorso alle nuove tecnologie, tecnologie che saranno comunque più efficienti nel raggiungere lo scopo prefissato, qualunque esso sia<sup>349</sup>. Nel secondo caso, invece, il ricorso alle tecnologie potrà (e forse dovrà) essere limitato, ma questo implicherà l'accettazione dell'intrinseca fallibilità del processo<sup>350</sup>.

Del resto, ciò che distingue l'uomo dalla macchina non è quello che l'uomo fa bene (perché probabilmente la macchina lo fa meglio) ma è quello che l'uomo fa male, ossia il modo in cui sbaglia. Le macchine, infatti, sono anch'esse fallibili ma lo sono «in un senso diverso»<sup>351</sup>.

<sup>345</sup> DAMAŠKA, *Free Proof and its Detractor*, cit., 355 ss.

<sup>346</sup> Così definisce, in generale, le domande relative all'identità, FLORIDI, *The 4th Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 67.

<sup>347</sup> SATTA, *Il mistero del processo*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 5.

<sup>348</sup> SATTA, *Il mistero del processo*, cit., 6 e 12.

<sup>349</sup> Forse sarà possibile insegnare a ragionare alle macchine, compito invece ritenuto non realistico se riferito agli esseri umani (sull'inutilità di tale insegnamento per i giudici, cfr. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova*, cit., 426 s.).

<sup>350</sup> Si tratta, comunque, di un problema che trascende il processo e il diritto stesso. Il quesito filosofico più profondo che emerge oggi non consiste tanto nel comprendere come le nuove tecnologie di comunicazione ci rafforzino o cosa ci consentano di fare, quanto piuttosto nel capire «how they lead us to reinterpret who we are and how we should interact with each other»; FLORIDI, *The 4th Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, cit., 166. In argomento, con riferimento ai casi di opacità della scienza (anche se non con specifico riferimento agli algoritmi), cfr. CANALE, *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, 118, il quale osserva che «quando la scienza è incerta o controversa è opportuno che essa faccia un passo indietro nel ragionamento del giudice, lasciando spazio alle conoscenze di senso comune e alle massime di esperienza».

<sup>351</sup> TUZET, *Il diritto non è una macchina*, in ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 159. Sul problematico rapporto fra informatica e processo, cfr. già PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo*, cit., 1730.

In effetti, si può dire che proprio negli errori, ossia nei casi in cui il comportamento umano diverge, consapevolmente o inconsapevolmente, dalle regole base, si manifesti una caratteristica distintiva umana. E nel processo questa divergenza si appalesa negli aspetti equitativi che caratterizzano, spesso implicitamente e più diffusamente di quanto si possa pensare, la decisione giudiziale<sup>352</sup>.

Magari in futuro le neuroscienze proveranno che l'interpretazione troppo estensiva di una norma per favorire una parte ritenuta debole o la penalizzazione di una parte in conseguenza di una epidermica e neppure percepita antipatia siano frutto di irrefrenabili impulsi neurologici<sup>353</sup>; fino ad allora, però, sembra difficile non considerare queste decisioni come specifiche e distintive manifestazioni della natura umana<sup>354</sup>. D'altro canto, «un contratto, un delitto, un processo sono degli uomini uno di fronte all'altro. Vuol dire che bisogna capire quegli uomini per capire il diritto»<sup>355</sup>.

In estrema sintesi, la scelta imposta (o forse solo estremizzata) dalle nuove tecnologie è fra un processo opaco e un processo misterioso, con la sola, paradossale certezza di trovarsi di fronte a un fenomeno da sempre incommensurabile. D'altronde, come già sottolineava Carnelutti, si tratta di una «materia ribelle ai numeri e anche alle parole»<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> In questo senso, pur in una prospettiva forse troppo radicalmente psicologista, CELANO, *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologista*, cit., 329 ss., il quale osserva che «la tesi, piuttosto, è che la mente umana non è – non soltanto, e non primariamente – un calcolatore di conseguenze logiche, o dell'opzione che massimizza l'utilità attesa. La razionalità umana, in generale, non può essere rappresentata come esecuzione di inferenze deduttive, o massimizzazione dell'utilità attesa».

<sup>353</sup> Sulle possibili prospettive delle neuroscienze in tema di decisione giudiziaria, cfr., in particolare, TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, cit., 1250 ss., CORDA, *La prova neuroscientifica. Possibilità e limiti di utilizzo in materia penale*, cit., 355 e RUMIATI, *Decisioni giudiziarie e neuroscienze seduttive*, cit., 777 ss. GAZZANIGA, *Neuroscience in the Courtroom*, in *Scientific American*, 2011, 54 ss.

<sup>354</sup> In proposito, sono ancora illuminanti le parole di PICARDI, «*Audiat et altera pars*». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, cit., 22, il quale ha sottolineato che «mentre alcuni procedimenti sono espressioni di una ragione calcolante, come tali anche formalizzabili (si pensi ad alcune tecniche di automazione applicate alla pubblica amministrazione), il processo (quanto meno nel suo momento fondamentale: il giudizio) obbedisce ad una logica diversa, a tecniche argomentative e giustificative».

<sup>355</sup> CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 211. In questo senso, cfr. anche PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo*, cit., 1759, secondo il quale, infatti, la controversia giudiziale «non è soltanto una informazione cibernetica complessa, dotata di un grado altissimo di improbabilità, ma è soprattutto una vicenda umana e spirituale, non scomponibile in distinti ed astratti bit d'informazione, nella sua sostanza non paragonabile con nessun fatto naturale». Più recentemente, proprio nella prospettiva dell'attuale espansione dell'Intelligenza Artificiale, si veda, in generale, BIFULCO, *Intelligenza Artificiale, internet e ordine spontaneo*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Protezione dei dati e regolazione*, cit., 383 ss., spec. 399 s.

<sup>356</sup> CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, cit., 211.



Finito di stampare nel mese di marzo 2018  
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna 220