

MAURO CAPPELLETTI

*Professore titolare di diritto processuale civile
nell'Università di Macerata*

LA TESTIMONIANZA DELLA PARTE
NELLA STORIA MODERNA DEGLI ORDINAMENTI
PROCESSUALI ANGLOSASSONI (*)

(*) È il primo capitolo del secondo volume di un libro su *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, di imminente pubblicazione per i tipi dell'editore Giuffrè.

SOMMARIO: § 1. L'utilizzazione del sapere delle parti nel processo civile inglese delle *Courts of Common Law* e delle *Courts of Equity* prima della metà del secolo scorso, e le nuove correnti di pensiero (BENTHAM, DENMAN, BROUGHAM e altri). — § 2. Le leggi riformatrici: lo *Statute 6 & 7 Victoria*, capitolo 85 (« Lord Denman's Act »), del 1843; lo *Statute 9 & 10 Victoria*, c. 95, del 1846 sulle *County Courts*; lo *Statute 14 & 15 Victoria*, c. 99 (« Lord Brougham's Act »), del 1851; lo « Evidence (Scotland) Act, 1853 »; lo *Statute 32 & 33 Victoria*, c. 68 (« Evidence Further Amendment Act »), del 1869, ecc.: abolizione della regola che vietava la testimonianza delle parti e degli altri soggetti interessati. — § 3. Introduzione della *cross-examination* orale nel processo delle Corti di *equity*. I *Judicature Acts* e l'unificazione del sistema processuale inglese (cenni sugli svolgimenti del *trial by jury*). Sopravvivenza dell'interrogatorio formale (*discovery by interrogatories*) accanto all'istituto della *examination* delle parti come testi. — § 4. Gli analoghi svolgimenti nella storia del diritto processuale civile degli Stati Uniti d'America, dal codice di David Dudley FIELD (1848) ai nostri giorni. — § 5. La tecnica e gli effetti della *cross-examination*, e il successo pratico delle riferite riforme legislative inglesi e nordamericane.

§ 1. *L'utilizzazione del sapere delle parti nel processo civile inglese delle Courts of Common Law e delle Courts of Equity prima della metà del secolo scorso, e le nuove correnti di pensiero (BENTHAM, DENMAN, BROUGHAM e altri).*

I. Tra gli ordinamenti degli Stati europei occidentali, quello che più profondamente diverge dal nostro è, senza dubbio, l'ordinamento inglese. Ragioni storiche e ambientali, lontananza di culture di temperamenti ecc. ecc., stanno alla base delle radicali differenze. Il compito del comparatista diventa qui, per

lo più, estremamente difficile, e non è senza qualche giustificazione il fatto che in una dottrina giuridica, e in particolare processualistica, attenta, com'è la migliore dottrina italiana, alle vicende culturali straniere, rari siano però i riferimenti alla dottrina processualistica (in verità troppo spesso incerta, confusa e quasi ermeticamente chiusa alle vicende « continentali ») ed alla giurisprudenza anglosassoni.

Ma io debbo qui riconoscere che le difficoltà quasi completamente sono scomparse nello studio, da me svolto, sulla utilizzazione del sapere delle parti a scopo di prova nel processo civile, e in particolare su quella fondamentale forma di utilizzazione, che s'esprime mediante l'istituto della *examination* e *cross-examination* delle parti. La storia, le forme, gli effetti giuridici di questo istituto, che è comune al processo (ogni tipo di processo) civile inglese e nordamericano, sono semplici e lineari, come semplici e lineari sono le ragioni storiche della sua formazione e sviluppo e del suo rapido e pieno successo. Sono infatti chiaramente proprio le stesse ragioni, che nella prima parte di questo lavoro siamo andati indagando e che si ritroveranno, in questa seconda parte, a fondamento degli istituti dei più disparati ordinamenti: a cominciare da quello austriaco che, anche negli scritti e progetti dei riformatori, s'è dichiaratamente ispirato in argomento al precedente britannico, come vedremo, dal già sicuro successo del quale ha tratto gli auspici ⁽¹⁾.

II. L'idea che le parti, e più in generale i « soggetti interessati » (« those who had a pecuniary or proprietary interest in the outcome of the proceedings » ⁽²⁾), non dovessero, con astratto formale apriorismo, escludersi dal novero delle persone suscettive di contribuire alla formazione del libero convincimento (dei giurati e) del giudice, è uno dei temi centrali, più fecondi e

⁽¹⁾ *Infra*, sez. II, § 2, 1.

⁽²⁾ Riporto la definizione da R. Cross, *Evidence*, London, 1958, p. 169.

più originali della dottrina benthamiana in tema di prove, come gli ormai numerosi riferimenti avranno mostrato al lettore ⁽³⁾. John Henry WIGMORE, il maggiore fra gli studiosi americani in tema di prove, ha scritto nel suo noto trattato che « in Inghilterra, è stata per prima la pubblicazione, nel 1827, del grande trattato del BENTHAM, quella che ha fornito l'arsenale di argomenti per mutare la opinione pubblica » nei confronti della regola, che anche nel processo civile inglese impediva che le parti, e in genere i soggetti economicamente interessati al risultato del giudizio, fossero sentiti come testimoni (c.d. *disqualification of parties and interested persons as witnesses*) ⁽⁴⁾. Altri assai importanti contributi in quel senso furono offerti, sempre secondo

(³) Cfr. la parte I, *passim* (fin dalla nota 1 del § 1, sez. I); e ved. in argomento quanto scrive ad es. il DILLON (John Forrest) nel brano riportato in Roscoe POUND e Th. F. T. PLUCKNETT, *Readings on the history and system of the common law*³, Rochester, 1927, pp. 241 s.: dove giustamente l'autore, trattando delle tesi benthamiane in tema di prove, mette in primissima linea la lotta del filosofo-giurista contro le norme che immiserivano la prova testimoniale — e quindi lo strumento di gran lunga il più importante nella ricerca della verità — mediante la « exclusion of evidence on various grounds, including that of *pecuniary interest* », e mediante il rifiuto dell'idea, che anche il DILLON ritiene essere stata giustamente difesa dal BENTHAM, « che pure le parti debbano essere ammesse a, o addirittura essere richieste di testimoniare ».

(⁴) J. H. WIGMORE, *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law*³, II, Boston, 1940, p. 692. È di notevole interesse la storia (delineata dal WIGMORE, *op. cit.*³, II, pp. 674 ss. sub § 575) della penetrazione di quella regola nell'ordinamento processuale inglese, al quale essa era rimasta estranea fino al XVI secolo e quindi molto più a lungo che agli altri ordinamenti europei: ved. in argomento già *supra*, parte I, sez. I, § 21, nota 4 a, sulla penetrazione per gradi di quella regola (il divieto della testimonianza della parte s'è imposto prima di quello della testimonianza dei terzi interessati).

Sulla enorme influenza dell'opera del BENTHAM nel senso dell'abolizione della regola di cui si parla nel testo, cfr., oltre al WIGMORE, ad es. John F. DILLON, *The Laws and Jurisprudence of England and America*, London, 1894, pp. 339 ss.; e nella dottrina di lingua non inglese, ad es. Erich PRETTENHOFER, *Welche der beiden Parteien hat das Gericht im Falle des § 378 ZPO unter Eid zu vernehmen?*, « Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung », 48 (1897), p. 36. In termini più generali e sempre a mero titolo d'esempio, cfr. pure Robert Wyness MILLAR, *Civil procedure of the trial Court in historical perspective*, New York, 1952, pp. 30, 43; M. ANCEL, *La « common law » d'Angleterre*, Paris, 1927, pp. 97 ss.

quanto può leggersi in WIGMORE⁽⁵⁾, fin dal 1824 da Thomas DENMAN (in una recensione alla edizione francese dell'opera del BENTHAM⁽⁶⁾), e nel 1828 da Henry BROUGHAM, giuristi ch'entrambi si professavano ammiratori e seguaci del BENTHAM e che, al pari di altri discepoli del grande maestro⁽⁷⁾, saranno presto chiamati a ricoprire le massime cariche nella magistratura britannica e ad esercitare, come tali, un diretto influsso sulle riforme legislative⁽⁸⁾.

Le leggi riformatrici ispirate alle idee di quella formidabile corrente dottrinale, in testa alle quali trovasi quel capitolo 85 dello *Statute 6 & 7 Victoria* (1843), ch'è noto anche come *Lord Denman's Act* dal nome del *Lord Chief Justice* che l'ha promosso, saranno esaminate nel prossimo paragrafo. Qui resta da

(5) *A treatise*³, II, cit., p. 692; ved. anche l'VIII vol. (3ª ed.), Boston, 1940, p. 174 testo e nota 8, e p. 175; e il I vol. (3ª ed.), Boston, 1940, p. 239.

(6) La prima edizione francese del trattato sulle prove, è infatti uscita vari anni prima della edizione nella lingua originale, cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 239; James Bradley THAYER, *A preliminary treatise on Evidence at the common law*, London, 1898, p. 544 in nota.

(7) Discepolo del BENTHAM è ad es. quel Chief Justice APPLETON OF MAINE, che fu autore di un trattato sulle prove (1860), opera apprezzata dal WIGMORE (*A treatise*³, II, cit., p. 687 in nota) ma da me inutilmente ricercata in varie biblioteche inglesi e americane. Albert V. DICEY (riportato in POUND e PLUCKNETT, *Readings on the history ecc.*³, cit., p. 238), ha descritto « la generale accettazione del benthamismo come l'opinione legislativa dominante di una data era ». Com'è noto, idea centrale del pensiero benthamiano e della sua c.d. scuola utilitaristica, era che fine essenziale della legislazione debba esser quello di realizzare il principio di utilità, ossia di promuovere la maggiore felicità (*happiness*) del più gran numero di cittadini; e poiché ciascuno, di regola, è il miglior giudice della sua propria felicità, così scopo della legislazione dovrebb'essere quello di rimuovere tutti quei limiti imposti alla libera azione dell'individuo, che non sieno necessari per assicurare una pari libertà dei suoi vicini (c. d. *individualistic limitation*), cfr. ancora DICEY, *ibid.*, p. 240.

(8) Assai interessante ed acuto anche lo scritto di ARTHUR James JOHNES, *Suggestions for a reform of the Court of Chancery by a union of the jurisdictions of equity and law*, London, 1834, spec. a pp. 85 ss., del quale si avrà occasione di riparlare (*infra*, in questo paragrafo).

Per rapidi dati su altri giuristi appartenenti al movimento riformatore, cfr. POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., p. 247; può vedersi pure il discorso di Alfred WADDILOVE, *On the amendment of the law of evidence in order to admit the testimony of parties in all civil suits, and of defendants in criminal trials*, London, 1864, pp. 3, 5.

dire che, precedentemente a quello statuto ed agli altri, di poco posteriori, i quali hanno radicalmente mutato la situazione sulla quale si sono inseriti, nel processo inglese, specie in quello delle *Courts of common law*, l'utilizzazione del sapere delle parti era esclusa anche più radicalmente di quanto non lo fosse, a quel tempo, negli ordinamenti continentali (veggansi le sezioni successive del presente lavoro). Era esclusa infatti perfino quella forma di utilizzazione, che s'esprime attraverso l'istituto del giuramento deferito alla parte dall'avversario o dal giudice e inteso come strumento per la decisione («decisorio») della lite⁽⁹⁾. E se è vero che anche allora esisteva, almeno nelle *Courts of equity*⁽¹⁰⁾, una sorta d'interrogatorio cui una parte poteva sottoporre l'avversario (*discovery by interrogatories*), bisogna però avvertire che trattavasi d'un istituto del tutto formale, sia per la struttura — le interrogazioni erano sottoposte dalla parte all'avversario per iscritto, mediante il *bill* (e *cross-bill* quando era il convenuto che a sua volta interrogava l'attore) *of discovery*, e davano luogo ad una risposta parimente scritta (e sottoscritta dal difensore) e giurata —; sia per gli effetti, inteso com'era a promuovere la confessione (*admission*) dell'avversario e quindi una

(9) Cfr., anche per le ragioni del fenomeno (ragioni forse collegate al sistema del *jury-trial*), WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., pp. 681 ss., spec. a p. 682 testo e nota 30; G. D. NOKES, *An introduction to evidence*², London, 1956, pp. 350 s. Cfr. pure Thomas STARKIE, *A practical treatise of the law of evidence*³, III, London, 1842, p. 797 testo e nota e. Ultimamente C.A. MORRISON, *Some features of the Roman and the English law of evidence*, «Tulane Law Review», 33 (1958-59), pp. 584, 589. Anche R. Frhr. von CANSTEIN, *Gutachten über die Frage, ob die Eideszuschiebung im Civilprocess durch die Vernehmung der Parteien und Zeugen zu ersetzen?*, nelle *Verhandlungen des Zweiundzwanzigsten Deutschen Juristentages*, I, Berlin, 1892, pp. 32, 64.

(10) Nelle *Courts of common law*, non soltanto la parte era considerata *incompetent witness* ossia non poteva offrire la sua propria testimonianza, ma, diversamente che nelle Corti di *equity*, non poteva nemmeno essere interrogata su istanza dell'avversario, e ciò per il *privilege*, ad essa riconosciuto, di non essere *compellable to be a witness*, cfr. JOHNES, *Suggestions ecc.*, cit., pp. 86 s.; e WIGMORE, *A treatise*³, VIII, cit., pp. 172 ss., che entrambi si pronunciano contro quel privilegio, del resto ormai da molto tempo abolito negli ordinamenti inglese ed americano, come vedremo; cfr. pure Freeman Oliver HAYNES, riportato in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., p. 529,

prova considerata come normalmente incontrovertibile e vincolante⁽¹¹⁾. Si trattava, com'è chiaro, d'un istituto derivato anzi copiato dal processo canonico⁽¹²⁾, e precisamente da quell'interrogatorio *per positiones*, del quale avremo occasione di dire⁽¹³⁾ e che è l'antenato del nostro interrogatorio formale come pure degli spagnoli *interrogatorios de posiciones* nonché del francese (di recente abolito) *interrogatoire sur faits et articles*. Onde è ben comprensibile che proprio anche su quest'istituto convergessero, nella prima metà dell'ottocento, le critiche del più illuminato pensiero giuridico, cui non fu difficile dimostrare quanto più efficiente e più razionale sarebbe stato un interrogatorio orale e non formale⁽¹⁴⁾, un interrogatorio insomma svol-

(11) Ved. per tanti BLACKSTONE (Sir William), in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³ cit., pp. 453 s.; Thomas STARKIE, *A practical treatise of the law of evidence*³, II, London, 1842, pp. 18 s.; Richard Newcombe GRESLEY, *A treatise on the law of evidence in the Courts of Equity*, London, 1836, pp. 9 ss., anche sull'efficacia della confessione (*admission*) considerata appunto quale prova normalmente « conclusiva » (*conclusive evidence*) ossia legale e incontrovertibile (STARKIE, *op. et loc. ult. cit.*; GRESLEY, *op. ult. cit.*, pp. 10, 20, 165, 166, 349 ss.).

Noto qui, incidentalmente, che il termine *confession* è tradizionalmente riservato dalla giurisprudenza inglese al campo penale: cfr. per tanti NOKES, *An introduction to evidence*², cit., p. 269; lo stesso vale per la dottrina nordamericana, cfr. ad es. Charles T. McCORMICK, *Handbook of the law of evidence*, St. Paul, Minn., 1954, p. 504; W.P. RICHARDSON, *The law of evidence*, 8th edition by J. PRINCE, Brooklyn-New York, 1955 (ristampa del 1959), pp. 270, 302; E.C. CONRAD, *Modern trial evidence*, I, St. Paul, Minn., 1956, p. 422.

(12) Maggiori precisazioni in MILLAR, *Civil proced. of the trial Court*, cit., pp. 201 ss. Per l'influenza sul processo delle *Courts of equity* del sistema processuale dei tribunali ecclesiastici, cfr. per tanti, oltre al MILLAR, WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 14; Id., *op. cit.*³, VIII, p. 172 e *passim*; si ricordi che, originariamente, il *Chancellor* era quasi sempre un ecclesiastico (cfr. F.W. MAITLAND, riportato in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³ ecc., cit., pp. 210, 211; H.G. HANBURY, *English Courts of Law*², London-New York-Toronto, 1953, p. 136: quella tradizione cominciò a mutare solo nel 1530, quando Sir Thomas MORE fu nominato *Chancellor*), ond'è altresì comprensibile come, oltre al sistema processuale, anche quello sostanziale, canonico e romano, esercitasse in quelle corti una assai maggiore influenza (MAITLAND, *op. et loc. ult. cit.*; cfr. anche BLACKSTONE, in POUND e PLUCKNETT, *op. cit.*³, p. 214; C.J. HAMSON, *Civil procedure in France and England*, in « The Cambridge Law Journal », 10 [1950], p. 415).

(13) *Infra*, sez. II, cap. III, § 8, spec. *sub nota* 30 e testo e note 52-53.

(14) Ved. la critica del JOHNES (1834), *Suggestions* ecc., cit., pp. 86 ss.; cfr. inoltre già BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, in *Oeuvres des J. Bentham*

gentesi secondo i canoni della *immediatezza* e dell'*oralità*. Di vivo interesse è, ad esempio, oltre naturalmente all'opera fondamentale e a tutti nota del BENTHAM sulle prove giudiziarie, a questo proposito uno scritto del 1834, già ricordato, del JOHNES, in cui l'autore si è fatto vivace e vigoroso sostenitore dell'*oralità* implicitamente intesa proprio nel senso, in cui anche noi l'intendiamo, ossia come quella situazione processuale nella quale sia valorizzabile al massimo grado la prova orale (*confere supra*, parte I, sez. I, spec. il cap. II) ⁽¹⁵⁾. Il JOHNES in particolare ha voluto dimostrare come la « causa fondamentale e primaria » della lentezza, della dispendiosità, delle frequenti iniquità, e insomma di tutti i più gravi difetti per i quali era ormai divenuto tristemente famoso il processo *in equity*, peggiore sotto alcuni profili del processo stesso delle *Courts of common law* ⁽¹⁶⁾, era da vedersi proprio nella « esclusione della *parol evidence* » ossia della prova orale, sommersa dalla prova documentale (*written o documentary evidence*). E così quella causa era dal nostro autore denunciata in ispecie nel fatto che la prova testimoniale era scritta anziché orale, vuoi perché le domande (*interrogatories, questions*) dovevano essere previamente formulate per iscritto, vuoi perché le risposte o deposizioni erano ricevute e protocollate da organo (gli « *examiners* », divenuti ormai ausiliari ordinari dell'ufficio giudiziario, nonché

(trad. franc. di Ét. DUMONT), II, Bruxelles, 1829, pp. 297 ss. Il GRESLEY, *A treatise ecc.*, cit., pp. 10 ss., pur accogliendo in parte le critiche della corrente riformatrice e in ispecie il giudizio espresso dal Chief Justice WILMOT sulla superiorità della « *viva voce examination* » sull'interrogatorio formale nella ricerca della verità, tendeva peraltro a mettere in rilievo anche i vantaggi del secondo istituto, i quali sarebbero stati, secondo il nostro autore, non sufficientemente apprezzati. In generale sul *discovery in Chancery*, sulla sua storia e trasformazioni statutarie, WICKMORE, *A treatise*³, VIII, cit., pp. 176 ss.

⁽¹⁵⁾ JOHNES, *op. cit.*, pp. 85-103.

⁽¹⁶⁾ Sulla « portentosa lentezza » dei processi *in equity* ved. pure, per tanti, E. JENKS, *A short history of English law*⁵, London, 1938, p. 166 (che pur non manca di mettere in evidenza anche i gravissimi inconvenienti della procedura delle *Courts of common law*, specie fino alle riforme iniziate col 1832, cfr. l'*op. cit.*, pp. 357 ss.).

i « commissioners ») diverso dal giudice decidente ⁽¹⁷⁾, o rese addirittura direttamente per iscritto mediante gli *affidavits* o mediante altre scritture (*answers to written interrogatories*) ⁽¹⁸⁾; nel fatto che l'efficacia dello stesso interrogatorio *delle parti*, istituito che pur rappresentava un indubbio progresso del processo *in equity* rispetto al processo di *common law* ⁽¹⁹⁾, era peraltro le più volte neutralizzata per ciò che interrogazioni e risposte erano anche qui scritte e precostituite ⁽²⁰⁾, e insomma per la formalità e rigidità dell'istituto al quale, secondo la tesi del nostro autore, avrebbe dovuto preferirsi la tecnica duttile e penetrante della *cross-examination* (orale), qual'era già da moltissimi anni praticata, anche in funzione dell'istituto della giuria, nelle *Courts of common law* rispetto ai « terzi non interessati » ⁽²¹⁾; e così via discorrendo. Del resto perfino autori i quali, come il GRE-

⁽¹⁷⁾ Cfr. in argomento GRESLEY, *A treatise* ecc., cit., pp. 43 ss., 50 ss., 69 ss., anche sull'influenza che il fatto, che la deposizione non fosse raccolta direttamente dal giudice, ha storicamente esercitato sul carattere rigidamente formale delle interrogazioni da rivolgersi ai testi, che erano predisposte per iscritto dai difensori delle parti. Cfr. pure BLACKSTONE riportato in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³ ecc., cit., p. 215; WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 15.

⁽¹⁸⁾ A pp. 91 ss., 95 s. dell'*op. cit.*, il JOHNES riferisce il parere di altri giuristi (MILLER, BICKERSTETH, VIZARD), tutti in senso critico sulla efficacia della prova testimoniale non assunta oralmente e direttamente dal giudice.

Sul metodo dell'esame dei testi *in equity*, cfr. pure BLACKSTONE, in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., pp. 455 s.; e ancora GRESLEY, *A treatise*, cit., p. 379; ultimamente ad es. J.E. TRACY, *Handbook of the law of evidence*, Englewood Cliffs, N.J., 1952 (4^a ristampa, 1960), p. 157.

⁽¹⁹⁾ *Supra*, in questo paragr., nota 10.

⁽²⁰⁾ *Op. cit.*, p. 90: « Instead of being examined in open court by hostile counsel, and without time to prepare himself by his own reflections or the promptings of friends, all the questions are put to him in writing; he has leisure to exert his cunning on the fabrication of a false and fraudulent reply — which is eventually cast into due technical form by his counsel, who, with professional skill, may exclude all admissions calculated to affect his interests, expose him to costs, or injure him in any way ».

⁽²¹⁾ Sul « right of cross-examination [*scilicet*, dei testi] by counsel » come un diritto che, all'inizio del '700, si trova come ormai definitivamente impostosi nei processi delle *Courts of common law*; e su detto diritto delle parti come lo strumento « che dette alla nostra legge in tema di prove il privilegio di possedere il più efficace espediente che mai sia stato escogitato per la scoperta della verità », cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 237.

SLEY⁽²²⁾, certo non potrebbero inserirsi in quella corrente riformatrice che, nella prima metà dell'ottocento inglese, fece capo alla scuola benthamiana, anch'essi tuttavia dovevano riconoscere che il vigente sistema era « inefficiente nella ricerca della verità », non foss'altro perché « ogni persona, che abbia pratica dell'esame dei testi fatto [nelle *Courts of common law*] a viva voce, sa bene quanto ogni successiva domanda dipenda dal tenore delle precedenti risposte, e come sia assolutamente impossibile che domande preparate in anticipo, ancorché formulate colla massima acutezza d'ingegno, possano prevedere e provvedere a tutti quegli svolgimenti e variazioni, che accadono in quasi tutti gli interrogatori »⁽²³⁾.

III. Precedentemente alle riforme, delle quali nelle prossime pagine diremo, la situazione del processo inglese per ciò che riguarda la prova testimoniale, in generale, e l'utilizzazione del sapere delle parti a scopo di prova, in particolare, può dunque così sintetizzarsi:

a) processo delle *Courts of common law*. L'istituto della giuria⁽²⁴⁾ aveva esplicato la sua influenza da un lato nel senso, che la prova testimoniale non potesse assumere quel carattere scritto e formale, che aveva invece nel processo delle *Courts of equity* dove il giudice si limitava a prender visione dei verbali redatti dagli *examiners* (o dai *commissioners*, quando la prova

⁽²²⁾ Fin dalla dedica del suo *Treatise* cit. (1836), il GRESLEY si professava fervido ammiratore di quel Lord Chancellor ELDON, che certo non godeva delle simpatie dei riformatori, dei quali per venticinque anni ha bloccato ostinatamente tutte le legittime aspirazioni, cfr. WIGMORE, *A treatise*³, VIII, cit., p. 174; DICEY, in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., pp. 247 s.; JENKS, *A short history*⁵, cit., p. 357.

⁽²³⁾ Così GRESLEY, *op. cit.*, pp. 55, 56; ved. poi le proposte di riforma dal GRESLEY formulate a pp. 383 ss.: proposte in verità assai più modeste di ciò che il movimento riformatore chiedeva e che, pochi anni dopo la pubblicazione del trattato del GRESLEY, avrebbe realizzato.

⁽²⁴⁾ Istituto che, come è noto, mancava nel processo delle *courts of equity*, cfr. per tanti JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 166, 167; HANBURY, *English Courts of Law*², cit., pp. 114, 123, 127 s.

doveva assumersi a più di venti miglia da Londra) ⁽²⁵⁾; dall'altro lato, e a causa di una certa sfiducia nella esperienza e capacità di discernimento dei giurati ⁽²⁶⁾, nel senso di sottrarre però all'apprezzamento dei giurati il sapere delle parti (salva la *admission* spontaneamente resa) e dei terzi aventi un, anche minimo, interesse economico (*pecuniarily interested*) nel caso ⁽²⁷⁾, sottraendo parti e terzi interessati all'istituto della *examination* e *cross-examination* svolgentesi *viva voce* in sede di dibattimento orale (« in open court »);

b) processo delle *Courts of equity*. Per la maggior fiducia nel « giudice togato », e per l'influenza altresì del sistema processuale canonico, era qui ammesso un interrogatorio delle parti a scopi probatori o anche probatori, epperò con struttura ed effetti rigidamente formali ed unilaterali (mera possibilità di provocare una confessione della parte interrogata, ma non anche una testimonianza favorevole alla parte stessa o comunque liberamente valutabile). La stessa prova testimoniale, pur riferendosi ai terzi, aveva del resto come già s'è visto carattere sostanzialmente scritto e formale, anche (entro certi limiti) per gli effetti che da essa il giudice poteva derivare ⁽²⁸⁾: donde i gra-

⁽²⁵⁾ *Supra*, testo e nota 17. In particolare sugli *examiners of the court* cfr. GRESLEY, *A treatise*, cit., pp. 50 ss.; e sulla *commission to examine witnesses*, *Id.*, *op. cit.*, pp. 69 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. ad es. ancora GRESLEY, *A treatise ecc.*, cit., p. 241 (« ... however rightly mere prudence might forbid its being submitted to the inexperience of a jury »).

⁽²⁷⁾ Irrilevante era l'ammontare economico dell'interesse: bastava anche « il più minuto » e « insignificante » interesse economico al risultato del verdetto e della causa, perché il soggetto interessato dovesse ritenersi *incompetent witness*. Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 689; e ved. già Th. STARKIE, *A practical treatise of the law of evidence*³, I, London, 1842, p. 129; ed ora EDMUND M. MORGAN, *Basic problems of evidence*, I, Philadelphia, Pa. [American Law Institute], 1954, p. 83.

⁽²⁸⁾ Diversamente da ciò che avveniva nel processo delle *Courts of common law*, dove l'esistenza stessa dell'istituto della giuria tendeva ad imporre — anche se la storia dimostra che, almeno fino alla metà del '600, non sempre è riuscita pienamente ad imporre, cfr. WIGMORE, *A treatise*³, VII, Boston, 1940, pp. 247 ss., 250 ss. — libertà di valutazione della prova testimoniale assunta *viva voce* all'udienza (cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 236; e più diffusamente *Id.*, *A treatise*³, VII,

vissimi e generalmente riconosciuti e combattuti inconvenienti del processo *in equity*, che pur sotto un certo profilo, ossia con riguardo alla possibilità di utilizzare ancorché imperfettamente il sapere delle parti, si rivelava superiore a quello delle *Courts of common law*, tant'è vero che proprio questa superiorità è stata, nei secoli passati, la causa del consolidamento di una parte della *equity jurisdiction* ⁽²⁹⁾.

§ 2. *Le leggi riformatrici: lo Statute 6 & 7 Victoria, cap. 85 (« Lord Denman's Act »), del 1843; lo Statute 9 & 10 Victoria, c. 95 del 1846 sulle County Courts; lo Statute 14 & 15 Victoria, c. 99 (« Lord Brougham's Act »), del 1851; lo « Evidence (Scotland) Act, 1853 »; lo Statute 32 & 33 Victoria, c. 68 (« Evidence Further Amendment Act »), del 1869 ecc.: abolizione della regola che vietava la testimonianza delle parti e degli altri soggetti interessati.*

1. È manifesto, dopo quanto s'è detto, quale dovesse essere il duplice proposito delle riforme legislative, sopravvenute

cit., pp. 241 ss.); la *Chancery* e la *Admiralty Courts* normalmente accoglievano invece il sistema canonico della prova legale e della « valutazione numerica » anziché qualitativa dei testi: e così accoglievano, in fra l'altro, il tradizionale principio del diritto canonico richiedente almeno due testi a prova di ogni allegazione, cfr. ancora WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., pp. 15 s., e VII, cit., pp. 241 ss., 248 ss.; anche GRESLEY, *A treatise*, cit., pp. 4 s., con riferimenti giurisprudenziali.

⁽²⁹⁾ Come già s'è annotato (*supra*, premessa alla parte I, nota 1), una almeno delle tre materie (ricordo il distico attribuito a Sir Thomas MORE: « three things are to be judged in Court of Conscience - covin, accident, and breach of confidence ») affidate alla *equity jurisdiction*, venne consolidandosi come tale proprio per ciò che in tema di « covin » (*fraud, circumvention*) soltanto le parti, molte volte, sono al corrente dei fatti: onde l'aprioristica rinuncia alla loro testimonianza, avrebbe significato rinuncia a render giustizia. Cfr. ad es. HAYNES, in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., pp. 528 ss. S'aggiunga che esistevano addirittura autonomi procedimenti, instaurabili davanti alle Corti di *equity* dalle parti di un processo di *common law*, e aventi « il solo scopo di ottenere il *discovery* » e quindi « di far luogo a prove da usarsi nel dibattimento di una azione di *common law* », cfr. (per tanti) MILLAR, *Civil procedure* ecc., cit., p. 204; anche E.C. CONRAD, *Modern trial evidence*, II, St. Paul, Minn., 1956, p. 118 testo e note 2, 4. Come si vede, la storia stessa della *equity jurisdiction* è una continua dimostrazione del

sull'impulso della scuola benthamiana. Esse infatti, come meglio vedremo in questo e nel prossimo paragrafo, furono intese:

a) a togliere di mezzo, anche nel processo delle *Courts of common law*, quel *privilege* delle parti ⁽¹⁾ e in genere quella *disqualification* dei « soggetti interessati », che li sottraeva alla *cross-examination* (cfr. in prosieguo il presente paragrafo);

b) a introdurre, anche nel processo delle *Courts of equity*, detta *cross-examination* (orale), con riguardo sia alle parti, sia ai terzi (interessati o non interessati rispetto all'oggetto della controversia) (cfr. il paragrafo seguente).

Entrambi i propositi furono raggiunti per gradi, epperò in un assai breve periodo d'intensa attività legislativa, mediante una serie di leggi (*statutes*) delle quali intendo qui rapidamente parlare: non senza avere prima avvertito il lettore che siffatto importante movimento legislativo, s'inserisce in quello, più vasto, che nello stesso periodo ⁽²⁾ fu inteso ad operare una integrale riforma del sistema processuale delle Corti sia di *equity* che di *common law*, e che ebbe un duplice fine e risultato, quello del miglioramento e snellimento della procedura, e quello di un notevole se pur non completo avvicinamento dei sistemi adottati dalle Corti di *equity* e di *common law*, sistemi che, come in parte s'è visto, erano per l'innanzi profondamente differenziati ⁽³⁾. Movimento, quest'ultimo, conclusosi in quei « *Judicature Acts* » che, a partire dal 1873 (cfr. il *Judicature Act, 1873 — 36 & 37 Vict. ch. 66 —, sections da 3 a 5*), realizzarono la lungamente dibattuta e da molte parti propugnata unificazione organica e, pressoché integralmente, anche procedurale, dei

fatto, che nessun ordinamento è in grado di impostare effettivamente il proprio sistema probatorio prescindendo da qualsiasi mezzo di utilizzazione probatoria del sapere delle parti.

⁽¹⁾ *Supra*, § 1, nota 10.

⁽²⁾ Vanno ricordati soprattutto i *Common Law Procedure Acts* del 1852, 1854 e 1860 e il *Common Law Courts Act* del 1852, quanto alle *Courts of common law*, nonché i *Chancery Amendment Acts* del 1852 e 1858. Cfr. JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 366 ss.

⁽³⁾ Cfr. ancora JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 365 s.

varî tribunali superiori, coordinati ormai in una unica *Supreme Court of Judicature*, repartita in un organismo (normalmente) di primo grado, la *High Court*, di cui la vecchia *Chancery Court* venne a costituire una semplice sezione o *Division*, e uno di secondo grado, la *Court of Appeal* ⁽⁴⁾.

II. S'è già avuto occasione di rilevare ⁽⁵⁾ come e perché in Inghilterra la teoria della « incapacità » dei *terzi interessati*, ad essere sentiti come testi, sia penetrata nella prassi delle *Courts of common law* assai dopo di quella, che escludeva l'interrogatorio e quindi la testimonianza delle stesse *parti*; e s'è anche detto che, per la stessa ragione, accade di vedere come gli ordinamenti, nell'opposto movimento di liberalizzazione ed espansione della prova testimoniale, spesso operino prima nei confronti della prova *stricto sensu* testimoniale (testimonianza dei terzi), e solo in un secondo tempo anche nei confronti della testimonianza delle parti ⁽⁶⁾.

Questo fenomeno si ritrova nella storia moderna dell'ordinamento processuale inglese di *common law*, con particolare riguardo alla testimonianza, rispettivamente, dei terzi « interessati » e delle parti. Un primo tentativo, infatti, se non proprio di rimuovere per lo meno di circoscrivere la portata della regola escludente l'ammissibilità della testimonianza dei terzi che in qualche modo potessero ritenersi interessati economicamente all'esito della causa in generale, e del verdetto in particolare, fu fatto fin dal 1833 con una legge intitolata *Act for the further amendment of the Law and the better advancement of Justice* (3 & 4 *Gulielmi IV*, c. 42) ⁽⁷⁾. Ma questo statuto,

(4) JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 372 ss. Cfr. anche G. GORLA, *Il contratto*, II, Milano, 1954, pp. XI-XII.

(5) *Supra*, parte I, § 21, II, testo e nota 4 a.

(6) Parte I, § 21, II.

(7) WADDILOVE, *On the amendment ecc.*, cit., p. 5; [Edmund] POWELL's *Principles and practice of the law of evidence*, 10th edition by William B. ODGERS and Walter B. ODGERS, London, 1921, p. 172; un cenno anche in WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525 in nota. Lo statuto può leggersi in *The Statutes of*

che sostanzialmente tendeva soltanto a rendere meno frequente la mancata ammissione della testimonianza di terzi per ragioni d'interesse, fu presto superato dal già ricordato *Lord Denman's Act* del 22 agosto 1843 (6 & 7 *Vict.*, capitolo 85), il quale aboliva completamente la «disqualification» delle persone interessate, pur lasciando fermo invece il divieto della deposizione resa dalla parte medesima o dal coniuge della parte⁽⁸⁾. Lo statuto del '43 incisivamente così motivava la importante riforma da esso apportata: «poiché la ricerca della verità nelle corti di giustizia è spesso ostruita dalle incapacità [a testimoniare] create dalla legge fino ad ora vigente; e poiché è invece desiderabile che piena informazione dei fatti controversi⁽⁹⁾ sia resa davanti alle persone che sono investite del compito di decidere le cause⁽¹⁰⁾, sia penali che civili, e che a dette persone sia rimesso il compito di valutare la credibilità dei testi addotti e la verità della loro testimonianza»; e sulla base di

the United Kingdom of Great Britain and Ireland, 3 & 4 *William IV*, 1833, London, 1833, pp. 272 ss.

(8) WADDILOVE, *On the amendm.*, cit., pp. 5 s.; W.M. BEST, *The principles of the law of evidence*, 12th edition by S.L. PHIPSON, London, 1922, pp. 107, 159; POWELL's *Principles*¹⁰, cit., p. 173; WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525. Lo statuto («an Act for improving the Law of Evidence»), che espressamente escludeva la sua estensione alla Scozia, può leggersi in *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, 6 & 7 *Victoria*, 1843, London, 1843, pp. 551 s.

(9) «*Facts in issue*». Basterebbe questa formula per far intravedere come il processo civile inglese, e in esso l'istituto dell'esame dei terzi e delle parti a scopo di prova, pur nelle trasformazioni di cui stiamo parlando non fossero tuttavia destinati ad essere retti dal principio inquisitorio inteso in senso sostanziale (cfr. *supra*, parte I, sez. II, § 4; e ved. per tanti GORLA, *Il contratto*, II, cit., pp. X-XI). La *examination* dell'ordinamento processuale civile inglese, al pari di quella dell'ordinamento americano, non è infatti uno strumento suscettivo di portare alla scoperta di fatti giuridici («principali») diversi da quelli «in issue», di fatti giuridici insomma dei quali il giudice possa tener conto senza la (volontaria) *allegazione* di parte (*supra*, parte I, sez. II, cap. I).

Sul concetto di *facts in issue*, cfr. per tutti CROSS, *Evidence*, cit., pp. 1 s.; [S.L.] PHIPSON, *On the law of evidence*, 9th edition by Sir R. BURROWS, London, 1952, p. 55 (ove può leggersi come anche nella dottrina anglosassone i *facts in issue* siano «talvolta chiamati pure *principal facts*»).

(10) Sembra qui ben chiara l'implicita condanna del sistema degli *examiners*, adottato dalle *Courts of equity* (*supra*, paragr. precedente).

questa motivazione stabiliva che « d'ora in poi nessuna persona, addotta come testimone, potrà essere esclusa dal rendere testimonianza in ragione di incapacità dipendente da crimine ⁽¹¹⁾ o da interesse », ferma restando la « incompetenza » a testimoniare della parte, e del marito o moglie di essa.

III. Ma anche ciò che rimaneva della *rule of disqualification*, ossia l'esclusione della testimonianza delle parti e dei coniugi delle parti, era ormai destinata ad aver breve vita.

Un primo, assai importante passo, considerato anche quale un esperimento preliminare all'abolizione generale di quella regola, fu compiuto nel 1846 ⁽¹²⁾. È infatti di quell'anno il *County Courts Act (9 & 10 Vict., chapter 95)* il quale, disciplinando costituzione, giurisdizione e procedimento di quelle Corti che potrebbero, *grosso modo*, farsi corrispondere alle nostre Preture ⁽¹³⁾, disponeva che in detto procedimento tutti i soggetti, comprese le parti e i coniugi delle parti, potessero ritenersi *competent witnesses*, e come tali soggetti alla *cross-examination* ⁽¹⁴⁾.

L'esperimento ebbe pieno e generalmente riconosciuto suc-

⁽¹¹⁾ Le persone condannate per delitto erano escluse, fintantoché stessero scontando la pena (ed anche dopo averla scontata, fino alla riforma su tal punto apportata dal *Civil Rights of Convicts Act* del 1828, cfr. Cross, *Evidence*, cit., p. 169), dal rendere testimonianza, in quanto presunte non fededegne. Era questa la seconda delle due fondamentali ragioni — l'altra essendo costituita dall'interesse — di esclusione della testimonianza dei terzi, cfr. WADDILOVE, *On the amendm.*, cit., pp. 4 s. La sua soppressione rientra, evidentemente, nel quadro del generale movimento di liberalizzazione del sistema probatorio, corrispondente ad un'aumentata fiducia nel criterio valutativo del giudice (o della giuria).

⁽¹²⁾ Analogo esperimento, come vedremo, e coronato da analogo successo sarà fatto in Austria, colla legge del 27 aprile 1873 sul processo bagatellare. Cfr. *infra*, sez. II, §§ 2 e 3.

⁽¹³⁾ Si trattava (e si tratta) infatti di tribunali periferici, aventi il compito di decidere le cause di minor valore. Cfr. per riferimenti anche storici JENKS, *A short history*³, cit., pp. 380 ss.; per notizie più dettagliate e aggiornate, ad es. la voce *County Courts* (di G.B. LAILEY, K.E. SHELLEY e H. BOWN, aggiornata da Ph. F. SKOTTOWE) in *The English and Empire Digest*, Replacement volume 13, London, 1959, pp. 363 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. per tanti WADDILOVE, *On the amendment*, cit., p. 6; WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 163 s.; POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., p. 173.

cesso ⁽¹⁵⁾: ond'è che, a distanza di pochi anni, il potere legislativo approvò un progetto — dovuto principalmente a quel Lord Chancellor BROUGHAM che abbiám visto essere stato, al pari del Lord Chief Justice DENMAN, uno dei più efficaci discepoli della scuola benthamiana —, in base al quale la regola adottata nel procedimento delle *County Courts*, veniva accolta come norma generale per tutti i processi civili. La *section 2* di quello, ch'è comunemente conosciuto come *Lord Brougham's Act* (14 & 15 *Vict.*, *ch.* 99) ⁽¹⁶⁾ stabiliva — e, poiché è sempre rimasto in vigore, stabilisce ⁽¹⁷⁾ — infatti che, nei procedimenti svolgentisi davanti a « qualsiasi Corte di giustizia », le parti in causa possano ritenersi capaci (*competent*), e possano (su richiesta dell'avversario) essere indotte (*compellable*) a rendere testimonianza; aggiungendo che ciò debba accadere « secondo la pratica della singola Corte » e quindi « o *viva voce* », ossia colla tecnica della *examination* e *cross-examination*, oppure « *by deposition* » ossia colla tecnica, già esaminata, ancor prevalente nelle *Courts of equity* (cfr. *supra*, § 1, II-III; ma ved. anche *infra*, *sub* § 3, I); e concludendo che tutto ciò possa avvenire sia in favore che contro l'interesse della parte interrogata (« on behalf of either or any of the parties to the said suit, action or other proceeding »), ond'era puntualmente esclusa la possibilità che l'istituto fosse da interpretarsi quale uno strumento esclusivamente o prevalentemente inteso, al pari del *discovery by inter-*

⁽¹⁵⁾ Cfr. WADDILOVE, *op. et loc. ult. cit.*; ved. anche un brano del rapporto redatto nel 1853 da una Commissione legislativa, riportato in WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 689. Del pari, pieno successo fin dal 1848 dimostrava di aver ottenuto la riforma del 1843, cfr. il rapporto redatto in quell'anno dalla Commissione della « Society for promoting the amendment of the law », riportato in *The code of civil procedure of the State of New York. Reported complete by the Commissioners on practice and pleadings*, Albany, 1850, p. 720; lo stesso rapporto attestava pure il successo pratico della riforma del 1846, cfr. *ibid.*, p. 722.

⁽¹⁶⁾ Cfr. su detto statuto ad es. WADDILOVE, *On the amendm.*, cit., p. 6; WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 107, 164; POWELL's *Principles*¹⁰, cit., p. 173.

⁽¹⁷⁾ Cfr. il vol. VI (A.D. 1850-1859) di *The Statutes*, third revised edition [Printed by Authority], London, 1950, p. 109.

rogatories, a promuovere una confessione. Le eccezioni alla regola contenute nella *section 3* dello statuto, si riferivano ai soli processi penali, ond'esse non vengono qui in considerazione⁽¹⁸⁾ a differenza dalle eccezioni disposte dalla *section 4*, dov'era stabilito che la testimonianza della parte dovesse permanere esclusa nelle cause per violazione di promessa di matrimonio o conseguenti ad adulterio: eccezioni che, come vedremo, saranno esse stesse ben presto abolite (*infra, sub V*), e che furono peraltro

(18) Parrà forse strano il fatto che, quanto al processo penale, il diritto inglese abbia ammesso la testimonianza dell'imputato assai dopo di avere ammesso la testimonianza delle parti nel processo civile, e precisamente soltanto nel 1898 (*Criminal Evidence Act, 1898, section 1*; ma in realtà, già tra il 1872 e il 1898 ben ventotto statuti erano andati apportando notevoli eccezioni alla vecchia regola, cfr. per tanti BEST, *The principles*¹², cit., pp. 535 ss.; NOKES, *An introduction to evidence*², cit., pp. 138 s., 353; CROSS, *Evidence*, cit., p. 170). Vero è che, se l'esclusione della testimonianza della parte nel processo civile era giustificata dal solo fatto dell'interesse (e quindi della scarsa credibilità) della parte, l'esclusione stessa in sede penale era giustificata, o sembrava esserlo, anche da un'altra (e nella storia dell'ordinamento inglese, sempre assai vivamente sentita) ragione: quella, cioè, espressa dal motto *nemo tenetur prodere seipsum* (CROSS, *Evidence*, cit., pp. 170, 227 ss.; BEST, *The principles*¹², cit., p. 172). Ma alla fine era divenuto ben chiaro che quello, ch'era nato come un privilegio (« the privilege against self-incrimination ») in favore dell'imputato e della sua libertà personale, si rivelava in realtà le più volte piuttosto come un suo svantaggio, in quanto inteso altresì quale divieto della sua « *self-exculpation* » ossia come proibizione di rendere testimonianza in suo proprio favore: cfr. ancora BEST, *The principles*¹², cit., p. 540, che parla della riforma del 1898 come di atto che « has proved itself to be a highly successful piece of legislation »; CROSS, *Evidence*, cit., pp. 170 ss.; NOKES, *An introduction*², cit., p. 353. Il sistema ora adottato, e in vigore dal 1898, è che l'accusato possa soltanto se lo chiede essere sottoposto alla *examination*: in altri termini, l'imputato è « competent witness » soltanto « for the defence », può essere quindi chiamato a testimoniare soltanto dalla sua difesa (sotto ponendosi peraltro, in tal caso, anche ai rischi della *cross-examination* da parte dell'accusa), ma non anche « for the prosecution against himself », cfr. NOKES, *An introduction*², cit., pp. 139, 352 ss.; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 538 ss.; CROSS, *Evidence*, cit., pp. 170 s. In sede penale pertanto, diversamente che in sede civile (dove la parte può esser chiamata dall'avversario a deporre in veste di testimone), la parte è « competent » ma non anche « compellable witness », cfr. CROSS, *Evidence*, cit., p. 170 *i.f.* Del tutto anacrono è in argomento l'ordinamento degli Stati Uniti d'America, cfr. ad es. LEWIS MAYERS, *The American legal system. The administration of justice in the United States by judicial, administrative, military, and arbitral tribunals*, New York, 1955, pp. 161-163; McCORMICK, *Handbook of the law of evidence*, cit., p. 144; fa però eccezione lo Stato della Georgia, dove l'imputato continua ad essere incompetent witness, cfr. MORGAN, *Basic problems of evidence*, I, cit., p. 82.

fatte subito oggetto di vivace critica da parte dei più rigorosi assertori del pensiero, che già aveva portato alle fondamentali riforme del 1843, del 1846 e del 1851 ⁽¹⁹⁾.

A parte comunque queste ultime eccezioni, può pertanto ormai dirsi che, col 1851, il processo di demolizione della regola escludente la testimonianza delle parti e in generale dei soggetti interessati si era, nel sistema processuale civile inglese, praticamente concluso. Rimaneva però una piuttosto strana anomalia, poiché s'è visto che il *Lord Denman's Act* del 1843, se aveva come regola generale abrogato la *disqualification* dei terzi interessati, aveva lasciato in piedi il divieto, oltretutto della testimonianza della parte, anche di quella del coniuge della parte: *quia sunt duae animae in carne una*, secondo l'antica spiegazione ⁽²⁰⁾. Nulla tuttavia prevedeva il *Lord Brougham's Act, 1851*, a proposito di quest'ultimo divieto; epperò fu lo stesso Lord BROUGHAM che, già nel 1853, riuscì a far approvare il c.d. « *Evidence Amendment Act, 1853* » (16 & 17 Vict., ch. 83) ⁽²¹⁾, a norma del quale, nei processi civili davanti a « qualsiasi Corte di giustizia », anche i coniugi delle parti in causa dovevan potersi ritenere « *competent and compellable* » a rendere testimonianza, sempre secondo la tecnica adottata dalla data Corte ossia « *viva voce or by deposition* ». L'emendamento faceva tuttavia salvo il diritto del coniuge a mantenere il segreto su « ogni comunicazione fattagli, durante il matrimonio », dall'altro coniuge ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Ved. infatti ad es. la critica del WADDILOVE, *On the amendm.*, cit. (1864), pp. 3 ss., 6 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. ad es. GRESLEY, *A treatise*, cit., p. 245.

⁽²¹⁾ Cfr. ancora WADDILOVE, *On the amendm.*, cit., pp. 6 s.; WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 107 s., 167 s.; POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., pp. 181 s.; anche Z. COWEN e P.B. CARTER, *Essays on the law of evidence*, Oxford, 1956, p. 222. Lo statuto del 1853 è chiamato anche *Lord Brougham's second Evidence Act*.

⁽²²⁾ Cenni storici e critici su questa eccezione, possono vedersi ad es. in HALSBURY'S *Statutes of England* (2ª ed., a cura di Sir R. BURROWS), vol. 9, London, 1949, p. 573. Per un'interpretazione della portata, assai limitata così com'è intesa dalla giurisprudenza inglese, dell'eccezione, cfr. CROSS, *Evidence*, cit., pp. 236 s.,

IV. Come, per quanto vedremo (*infra*, § 4), in quegli stessi anni il movimento riformatore penetrava, sull'esempio inglese, anche negli Stati Uniti d'America; così esso era destinato a ripercuotersi, oltrech  nelle varie parti extrainsulari dell'Impero britannico, nel sistema processuale scozzese. Mi limiter  a ricordare il c.d. *Evidence (Scotland) Act, 1853*, (« An Act to alter and amend an Act of the Fifteenth Year of Her present Majesty for amending the Law of Evidence in Scotland »), ossia lo *Statute 16 & 17 Victoria, chapter 20*, del 9 maggio 1853, il quale dichiarava *competent witness* « ogni parte » nonch  « il marito o la moglie di ogni parte » in « qualsiasi azione o processo [civile] in Scozia » ⁽²³⁾ ; mentre gi  prima, e cio  coll'*Evidence (Scotland) Act, 1852* (« An Act to amend the Law of Evidence in Scotland », *15 & 16 Vict., ch. 27*, del 17 giugno 1852), la legge scozzese, che al pari della inglese anteriormente al 1843 (*supra*, *sub* II), escludeva la testimonianza dei « terzi interessati » nonch  dei soggetti che stessero scontando una pena detentiva, fu emendata nel senso che *crime and interest* non fossero pi  considerabili quali ragioni di inammissibilit  della testimonianza ⁽²⁴⁾.

V. Rimaneva un ultimo passo ancora da compiere: l'abolizione di quelle eccezioni, delle quali poco sopra s'  fatto parola (*sub* III).

Questo fu appunto il c mpito assolto dall'*Evidence Further Amendment Act, 1869* (*32 & 33 Victoria, ch. 68*). Esso rese ammissibile la testimonianza delle parti anche nelle cause per vio-

e NOKES, *An introduction*², cit., pp. 181 s. (entrambi tuttavia critici sulla opportunit  della eccezione stessa). Basti qui dire che per comunicazioni debbono intendersi sol quelle, aventi il carattere della confidenzialit  (« *confidential statements* »); e che soltanto la parte, *alla quale* la comunicazione sia stata fatta, pu  valersi, *se crede*, del *privilege* di mantenere il segreto sulla comunicazione medesima.

⁽²³⁾ Cfr. *The Statutes*, third revised ed., vol. VI, cit., pp. 199 s.

⁽²⁴⁾ Cfr. *The Statutes*³, VI, cit., p. 135.

lata promessa di matrimonio, coll'espressa disposizione peraltro che detta testimonianza, in quanto resa dall'attore a prova della promessa di matrimonio, non dovesse considerarsi prova da sé sola sufficiente, ma dovesse essere « corroborata » da altra prova ⁽²⁵⁾: onde potremmo dire che da quella testimonianza potessero (e possano) desumersi soltanto « argomenti di prova », se non fossimo contrari alla tesi che vede in siffatti argomenti una sorta di *semiplena* o *levior probatio* o, se si preferisce, di prova « ausiliaria » o « incompleta » ⁽²⁶⁾. Lo stesso statuto inoltre rese ammissibile la testimonianza vuoi delle parti vuoi dei coniugi delle parti, nelle cause conseguenti ad adulterio, lasciando peraltro fermo il diritto sia delle parti, sia dei terzi, di non rispondere a domande intese a dimostrare essere il soggetto interrogato colpevole di adulterio ⁽²⁷⁾.

§ 3. *Introduzione della cross-examination orale nel processo delle Corti di equity. I Judicature Acts e l'unificazione del sistema processuale inglese (cenni sugli svolgimenti del trial by jury). Sopravvivenza dell'interrogatorio formale (discovery by interrogatories) accanto all'istituto della examination delle parti come testi.*

⁽²⁵⁾ Cfr. la *section 2* (rimasta sempre in vigore) dell'*Evidence Further Amendment Act*, 1869, riportata ad es. in HALSBURY'S *Statutes of England*², vol. 9, cit., p. 594: ivi anche l'annotazione che « questo è l'unico esempio in cui è richiesta una *corroborative evidence* » (ma ved., per qualche benché raro caso ulteriore, CROSS, *Evidence*, cit., pp. 124 ss., 130 ss.), in cui cioè la legge disponga che la testimonianza di un solo soggetto, in particolare della parte, non possa considerarsi prova da sé sola sufficiente; l'annotatore avverte poi che la *corroborative evidence* può nella specie consistere in una prova tale che, da sé sola, sarebbe insufficiente a provare la violata promessa di matrimonio, e così ad es. nella condotta del convenuto, o in argomenti desumibili da sue lettere, ecc. (conforme ad es. il CROSS, *Evidence*, cit., pp. 129 i.f.-130 in.).

⁽²⁶⁾ *Supra*, parte I, sez. I, § 5, nota 27.

⁽²⁷⁾ Cfr. la *section 3* dell'*Evidence Further Amendment Act*, 1869; e ved. ad es. BEST, *Principles*¹², cit., p. 169; POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., pp. 173 s.

I. Il secondo aspetto del movimento riformatore fu quello inteso, come s'è già avvertito, ad operare precipuamente sul sistema processuale delle *Courts of equity*, realizzando la trasformazione di quel sistema — il quale, ispirato com'era al processo canonico, era scritto — in un sistema ispirato al principio della immediatezza, concentrazione ed oralità (*supra*, § 1, II e III; § 2, I).

Un assai notevole passo in questa direzione fu compiuto, anzitutto, dal *Chancery Amendment Act, 1852* (« An Act to amend the Practice and Course of Proceeding in the High Court of Chancery », del 1° luglio 1852: *15 & 16 Victoria, ch. 86*) ⁽¹⁾. Esso infatti ha attribuito a ciascuna delle parti nei processi davanti alla *Chancery Court*, il potere di chiedere che l'esame dei testi dovesse avvenire oralmente (*sections XXIX e XXX* dello statuto), anziché col rigido apparato formale di cui s'è parlato (*supra*, § 1, II-III). In tal modo era evitato, se anche una sola delle parti lo desiderava, l'inconveniente che le domande dovessero essere predisposte in anticipo e presentate per iscritto (« *written interrogatories* »); si attribuiva una maggiore duttilità dunque all'esame del teste, e ciò era accentuato dal fatto che le domande orali erano rivolte al teste dalle parti stesse o dalle loro difese, colla tecnica — come espressamente era detto nella *section XXXI* dello statuto — della « *Examination, Cross-examination, and Re-examination* », ossia nello stesso modo usato nelle Corti di *common law* ⁽²⁾. La riforma, tuttavia, era ben lungi dall'esser completa. A parte il fatto che la tecnica della *cross-examination* non era obbligatoria, ma rimessa alla discrezione delle

⁽¹⁾ Integralmente riportato in *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, 15 & 16 Victoria. 1852*, London, 1852, pp. 454 ss. Vedansi in particolare le sezioni XXVIII e ss. dello statuto, a pp. 460 s. Cenni in JENKS, *A short history*⁶, cit., p. 371; MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., p. 270; BEST, *The principles*¹², cit., p. 102.

⁽²⁾ *Section XXXI* cit.: « (...) and such Examination, Cross-examination, and Re-examination shall be conducted as nearly as may be in the Mode now in use in Courts of Common Law » ecc.

parti (come s'è detto) e della Corte medesima (*section XXVIII* dello statuto), il più grave difetto del nuovo sistema stava in ciò, che, diversamente da quanto per regola doveva accadere nelle *Courts of common law* ⁽³⁾, la deposizione non era resa all'udienza di dibattimento, di fronte dunque all'organo giudiziario investito della decisione: bensì di fronte all'*examiner* ossia a quell'ausiliario, del quale già sopra s'è detto (§ 1, II), che era incaricato di protocollare le deposizioni rese oralmente dai testi ⁽⁴⁾. È ben chiaro che, in tal modo, mancando l'immediatezza del contatto tra l'organo decidente e la prova, mancava ancora, altresì, una effettiva oralità (*supra*, parte, I, sez. I, § 9).

II. Anche quest'anomalia però, era ormai destinata a cadere. Essa rimase assorbita da quella generale unificazione organica (creazione di un'unica *Supreme Court of Judicature*) e dei procedimenti, della quale già s'è parlato (*supra*, § 2, I) quando s'è detto della politica legislativa conclusasi nei *Judicature Acts*, a partire da quello del 1873.

Il *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 & 37 Vict., c. 66) ⁽⁵⁾, accolse infatti sostanzialmente la proposta formulata nel rapporto redatto, nel 1869, dalla *Royal Commission*, nominata allo scopo di svolgere i lavori preparatorii destinati a concludere in termini legislativi il grande movimento riformatore ed unificatore: proposta consistente in ciò, che la *equity practice* della *Chancery Court* in tema di assunzione delle prove mediante gli *examiners*, dovesse lasciare il posto alla procedura adottata, ormai, da tutte le altre Corti, comprese le *Probate, Divorce e Admiralty Courts*. In altri termini, e come regola generale, la

⁽³⁾ Della differenza dà atto lo stesso statuto, *sect. XXXI, in fine*.

⁽⁴⁾ « The Depositions taken upon any such oral Examination as aforesaid shall be taken down in Writing by the Examiner, not ordinarily by Question and Answer, but in the Form of a Narrative » ecc.: *section XXXII* dello statuto.

⁽⁵⁾ Riportato in *The Law Reports. The Public General Statutes, passed in the thirty-sixth and thirty-seventh years of the Reign of Her Majesty Queen Victoria, 1873*, vol. VIII, London, 1873, pp. 306 ss.

prova testimoniale doveva essere assunta, anche nei procedimenti svolgentisi dinanzi alla *Chancery Division*, oralmente alla udienza di dibattimento, colla tecnica della *examination* e *cross-examination* ⁽⁶⁾.

III. Non sembrerà qui impertinente un rapido cenno a proposito dell'istituto della giuria, non foss'altro perché s'è già visto come proprio la particolare natura del *trial by jury* sia stata storicamente la causa, o una delle cause, di pregi e difetti del sistema probatorio di *common law*, e di una parte almeno delle differenze tra detto sistema e quello di *equity* (*supra*, § 1, III) ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. per tanti BEST, *Principles*¹², cit., p. 102; JENKS, *A short history*³, cit., p. 378; MILLAR, *Civ. procedure of the trial Court*, cit., p. 270; e cfr. in particolare la sezione 36 delle *Rules of Procedure* annesse al *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (*The Law Reports*, VIII, cit., pp. 356 s.): « In the absence of any agreement between the parties, and subject to any Rules of Court applicable to any particular class of cases, the witnesses at the trial of any cause or at any assessment of damages, shall be examined *viva voce* and in open court, but the Court or a Judge may at any time for sufficient reason order that any particular fact or facts may be proved by affidavit, or that the affidavit of any witness may be read at the hearing or trial, on such conditions as the Court or Judge may think reasonable, or that any witness whose attendance in court ought for some sufficient cause to be dispensed with, be examined by interrogatories or otherwise before a Commissioner or examiner; provided that where it appears to the Court or Judge that the other party bona fide desires the production of a witness for cross-examination, and that such witness can be produced, an order shall not be made authorising the evidence of such witness to be given by affidavit ». È chiara la volontà del legislatore di circoscrivere e rendere del tutto eccezionale la vecchia pratica delle corti di *equity*, di assumere la prova mediante *affidavit*, o mediante risposte ad *interrogatories* assunte e verbalizzate da ausiliari dell'organo decidente.

⁽⁷⁾ Si ricorderà in ispecie che proprio la particolare natura di un processo, nel quale il giudizio sui fatti era rimesso alla giuria, composta, in tempi passati, di persone per lo più illetterate, se da un lato aveva favorito lo sviluppo dell'istituto della *cross-examination* e in genere la valorizzazione della prova orale, assunta all'udienza di dibattimento (*supra*, parte I, sez. I, § 7 II), aveva però d'altro lato favorito altresì il formarsi di tutta una lunga serie di limiti e « privilegi » (di cui la *disqualification* delle parti e dei terzi interessati, non era che un esempio, anche se certamente il più importante), fondati sulla sfiducia nella capacità dei giurati di valutare serenamente e intelligentemente certe fonti e mezzi di prova. Ma proprio a questo proposito, e in relazione a quelli fra i suddetti limiti che tut-

Anche su questa delicata materia doveva, ovviamente, incidere il movimento unificatore ⁽⁸⁾. In effetti la *Royal Commission* aveva raccomandato, nel testé ricordato rapporto del 1869, non già l'abolizione *tout court* del *jury system*, ma la sua abolizione come unico o, quantomeno, ideale metodo di risolvere le *quaestiones facti* sorgenti nei processi civili. La Commissione faceva presente che, in un mondo in cui i rapporti economici sociali giuridici eran divenuti sempre più rapidi e complessi, in molti casi era ormai da ritenersi preferibile una decisione di siffatte questioni emessa direttamente dal giudice, o da periti o da arbitri ⁽⁹⁾: ond'essa proponeva che l'attore fosse libero di scegliere per o contro la presenza della giuria, affidando, in caso di opposizione del convenuto, la scelta alla discrezione della Corte. Le osservazioni e proposte della Commissione furono, per lo meno nelle loro linee sostanziali, accolte dal legislatore nel *Judicature Act, 1873*, come regola per il sistema processuale della nuova ed unificata *High Court* ⁽¹⁰⁾. Il risultato fu quello di una

tora permangono nella *law of evidence* inglese e nordamericana, scrive ora fra tanti altri il Cross, *Evidence*, cit., p. 2, che, come conseguenza dell'universale fenomeno della maggior diffusione della cultura, « oggi giorno le giurie sono più capaci di quanto non fossero in tempi passati, di valutare le prove: epperanto è da chiedersi se tutte queste norme limitatrici (*exclusionary rules*) [le quali, come l'autore diceva poco sopra, continuano ad essere « un tipico fattore della legge inglese sulle prove »], siano ancora necessarie ».

⁽⁸⁾ Per gli svolgimenti legislativi avvenuti, in materia, tra il 1858 e il 1873, cfr. ad es. MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., pp. 269 s.

⁽⁹⁾ Cfr. JENKS, *A short history*⁵, cit., p. 377.

⁽¹⁰⁾ Cfr. la *section 57* del *Judicature Act* e le sezioni 30 e ss. delle annesse *Rules of procedure*; e ved. ad es., per rapidi cenni, JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 377 s.; Peter ARCHER, *The Queen's Courts*, Frome and London, 1956, pp. 170 s. Ma in realtà, molte precisazioni sarebbero necessarie per dare un esauriente panorama della materia di cui nel testo mi limito a fare sommario cenno; la quale è ulteriormente regolata da quelle *Rules of the Supreme Court* che, per un assai importante (e degno a mio avviso del più attento studio da parte del comparatista) potere legislativo delegato dai *Judicature Acts*, sono state emanate nel 1883 e periodicamente revisionate da un comitato (successivamente chiamato *Rule Committee*) ch'è ora composto di giudici della *Supreme Court* (il *Lord Chancellor*, il *Lord Chief Justice*, il *Master of the Rolls*, il Presidente della *Probate Division* e quattro altri giudici), affiancati da due *barristers* e da due *solicitors*, questi ultimi, al pari

immediata, e rapidamente progressiva diminuzione dei casi di *trial by jury*, fino al punto ch'esso può dirsi essere divenuto ormai, in Inghilterra, l'assoluta eccezione per quanto riguarda il processo civile ⁽¹⁾. E tuttavia il lettore non perderà di vista il fatto che quelli, che furono i principali contributi del sistema

dei quattro giudici, nominati dal *Lord Chancellor*. Ho detto e ripeto che si tratta di un assai importante potere — dalla dottrina inglese correttamente definito come *delegated legislation*, cfr. R. M. JACKSON, *The machinery of Justice in England*², Cambridge, 1953, p. 58 —, come risulterà chiaro a chi pensi che quelle *Rules*, che sono ogni anno raccolte nel testo emendato della *Annual Practice* (ultima ed.: London, 1959), costituiscono in ultima analisi il vero codice inglese di procedura (cfr. per tanti MILLAR, *Civil procedure ecc.*, cit., pp. 50 s.). E non esiterei a pensare che una parte almeno dei meriti, che sogliono attribuirsi al pratico funzionamento (se non anche allo studio scientifico) del processo civile in Inghilterra, sia proprio dovuta a quelle norme — soggette peraltro ad un controllo parlamentare — ed al fatto, che il *Rule Committee* deve riunirsi almeno una volta all'anno per prendere in esame quel pratico funzionamento e rapidamente provvedere, all'occorrenza, a mutamenti normativi (ved. sull'argomento maggiori dettagli in HALSBURY'S *Laws of England*³ [EARL OF HALSBURY, *The Laws of England*, 3^a ed. a cura del LORD SIMONDS], vol. 9, London, 1954, voce *Courts* [redatta da R. EVERSHERD, V. M. R. GOODMAN, J. D. WATERS e J. H. ELLISON], p. 422).

Per precisazioni su quanto detto nel testo, posson consultarsi, oltre alle notizie riferite dal JENKS e dall'ARCHER, *opp. et locc. ult. cit.*, gli aggiornati riferimenti in HALSBURY'S *Laws of England*³, vol. 30, London, 1959, voce *Practice and Procedure* (a cura di G.S.A. WHEATCROFT, J.H.L. ROYLE ed altri), p. 376, sub nn. 700 e 701. Può interessare soprattutto — oltre al fatto che, benché anche la *Chancery Division* abbia il potere di disporre un *trial by jury*, accada normalmente che i processi richiedenti una giuria siano trasferiti ad altra sezione, specie alla *Queen's Bench* —, il fatto che gli statuti e le *Rules* hanno accentuato in materia i poteri discrezionali dell'organo giudiziario. Il *master*, infatti, normalmente può ordinare il *trial by jury* se lo considera opportuno; e solo in certi limitati casi l'una o l'altra delle parti può insistere per avere un processo civile con giuria (cfr., oltre agli autori già citati, ad es. A. K. R. KIRALFY, *The English legal system*², London, 1956, p. 280; JACKSON, *The machinery of Justice in Engl.*², cit., pp. 64 s.).

⁽¹⁾ Così ad es. nel 1950 soltanto 39 su 978 casi dibattuti dinanzi alla *King's Bench*, ebbero un *trial by jury*; quanto poi alle *County Courts*, per le quali fu emanata in materia una regolamentazione analoga a quella della *King's Bench*, il risultato fu che già nel 1936, solo in sette casi su ben 28.221, si ebbe il *jury trial*, mentre nel 1949 e 1950 non si ebbe un solo caso di processo con giuria. Cfr. JACKSON, *The machinery*², cit., p. 65; Sir P. DEVLIN, *Trial by Jury*, London, 1956, pp. 129 ss.; KIRALFY, *The Engl. legal system*², cit., pp. 286-287, il quale ritiene che come conseguenza del fenomeno in parola, sia penetrata un'atmosfera di minor formalismo nel processo civile: il che potrà anche esser vero sotto certi riguardi, e particolarmente con riguardo a quelle *rules of exclusion ecc.*, di cui s'è testé detto nella

processuale di *common law*, collegati storicamente al metodo del *jury trial* — l'oralità cioè ed immediatezza e concentrazione del sistema probatorio —, rimasero e rimangono nel processo civile pur senza giuria. Scelgo, fra le tante testimonianze, quella del HAMSON ⁽¹²⁾. Egli scrive appunto che, se è vero che il *trial by jury* è ormai eccezionale perfino nelle cause portate dinanzi alla *King's* (oggi *Queen's*) *Bench Division*, tuttavia « la giuria ha avuto, e continua ad avere, immensa influenza sulla procedura civile inglese. Benché materialmente assente, essa è moralmente presente. Anche se ormai normalmente accade che il giudice stesso sia incaricato di compiere quell'accertamento dei fatti, che una volta era il compito della giuria, rimane il fatto ch'egli procede a detto accertamento nello stesso modo come farebbe la giuria. La prova è prodotta [letteralm.: dispiegata] dinanzi a lui nello stesso modo come dinanzi alla giuria ». E ancora: « È nell'istituto della giuria civile, che deve vedersi l'origine di quel così impressionante fattore del dibattimento processuale civile inglese, quell'elemento che, agli occhi dell'osservatore continentale, dà al processo civile l'apparenza ⁽¹³⁾ di una causa penale: ossia il metodo orale della prova, l'« *oralité de la preuve* ». È questa oralità della prova — continua, non senza buone ragioni come vedremo (*infra*, sez. III, cap. VI), il nostro autore —, ciò che

nota 7; purché si tengano però presenti anche gli enormi vantaggi, in ispecie l'oralità e immediatezza del sistema probatorio, per i quali il processo civile inglese deve considerarsi storicamente debitore del sistema ormai caduto in disuso, come s'è spiegato. Cfr. in argomento le appropriate osservazioni del HAMSON, *Civil proc. in France and England*, cit., pp. 415 ss., spec. 416 s., delle quali si parla in prosieguo nel testo.

⁽¹²⁾ Egli è professore di diritto comparato all'Università di Cambridge. I brani riportati nel testo sono nell'*op. cit.*, pp. 416 s. — Veggansi anche, per tanti, GORLA, *Il contratto*, II, cit., pp. VIII-IX; P. ABEL e M. BRESCH, *Grundsätze des österreichischen und englischen Zivilprozesses in vergleichender Darstellung*, nella *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung, 1898-1948*, Wien, 1948, pp. 9 ss.

⁽¹³⁾ Ma non anche la sostanza, perché nel processo civile inglese, come in quello nordamericano, è pienamente rispettato il principio dispositivo inteso in senso proprio o sostanziale. Ved. *supra*, § 2, nota 9.

costituisce il più grande contrasto tra un processo civile francese [o italiano, come potremmo aggiungere] e un processo civile inglese (...). La "audience" francese è un incidente sussidiario e quasi superfluo, mentre l'udienza di dibattimento (*hearing*) inglese è il momento critico centrale. È in detta udienza (...) che il giudice o la giuria inglese deve formarsi quell' "intimo convincimento", che deciderà le questioni di fatto », mentre invece « il giudice francese formerà la sua opinione successivamente, sull'esame di quel *dossier*, di cui non c'è l'equivalente nel processo civile inglese ».

IV. Un ultimo episodio del movimento riformatore ed unificatore, di cui siamo andati seguendo gli aspetti per noi più interessanti, va messo in rilievo. Esso riguarda l'equivalente inglese della canonica *interrogatio per positiones* e quindi del nostro interrogatorio formale della parte: l'istituto, cioè, del *discovery by interrogatories* (detto pure *discovery of facts*, per distinguerlo dal *discovery of documents* del quale non ritengo qui necessario trattare), di cui già s'è detto com'esso fosse peculiare del sistema processuale adottato dalle *Courts of equity* (*supra*, § 1).

Posto di fronte all'alternativa di abolire l'istituto in parola, oppure d'introdurlo anche nel sistema delle *Courts of common law*, il movimento unificatore preferì seguire quest'ultima strada, ciò che avvenne per opera del *Common Law Procedure Act, 1854* (17 & 18 Victoria, chapter 125) ⁽¹⁴⁾. Questa scelta fu poi confermata dai *Judicature Acts*, a partire da quello del 1873 ⁽¹⁵⁾; né successivamente, e fino ai nostri giorni, i lineamenti fondamentali dell'istituto furon mutati.

⁽¹⁴⁾ Cfr. la sez. 51 e ss. dello statuto, riportato in *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland. 17 & 18 Victoria. 1854*, London, 1854, pp. 794 ss.; e ved. JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 368 s.; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 548 s.; anche MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., p. 209; WICMORE, *A treatise*², VI, Boston, 1940, pp. 423 ss.

⁽¹⁵⁾ Ved. la sez. 25 delle annesse *Rules of Procedure* (*The Law Reports*, VIII, cit. [*supra*, nota 5] p. 355). Cfr. pure MILLAR, *op. cit.*, pp. 209-211.

Si tratta dunque tuttora di uno strumento scritto e rigidamente formale: ciascuna delle parti può, nella fase che precede e prepara il dibattimento, e previa autorizzazione giudiziale, sottoporre una serie d'interrogazioni scritte all'avversario, relativamente a fatti rilevanti in causa; e l'avversario è obbligato a rispondere ⁽¹⁶⁾, nel termine di dieci giorni o altro termine fissato dal giudice, normalmente mediante *affidavit* ossia per iscritto e sotto vincolo di giuramento. Scopo immediato dell'istituto è di promuovere la confessione (c.d. *formal admission*) ossia una prova che, pure nel processo civile inglese, è riconosciuta ancor oggi — in quanto resa nel modo che s'è detto, o anche altrimenti purché sempre « col deliberato proposito di dispensare l'avversario dall'onere della prova » ⁽¹⁷⁾ — come normalmente vincolante e incontrovertibile ⁽¹⁸⁾, salva la possibilità che il giudice

(16) L'obbligo è sanzionato anche penalmente, nel senso che se la parte non risponde, o la risposta è insufficiente, l'avversario può chiedere al giudice un *order* inteso ad imporre detta risposta; il quale *order*, se non sarà obbedito, renderà la parte « liable to attachment »; cfr. l'Order 31, Rules 11 e 21 delle *Rules of the Supreme Court*. La citata Rule 21 aggiunge che, in caso di mancata obbedienza alla ordinanza giudiziale, il giudice potrà rigettare la domanda o non prendere in considerazione le difese della parte. — In generale sugli *interrogatories*, può vedersi ad es. [William B.] OGCERS' *Principles of pleading and practice in civil actions in the High Court of Justice*, 16th edition by B. A. HARWOOD, London, 1957, pp. 12, 274 ss.

(17) Cfr. per tanti NOKES, *An introd. to evid.*², cit., p. 49 (nonché a pp. 51 s. sui varii modi come può essere resa una *formal admission*, modi i quali non includono peraltro la *contra se declaratio* resa in sede di *examination* e *cross-examination* della parte: ved. in argomento anche *infra*, § 5 II). In mancanza di quel « deliberato proposito » si avrà, anziché la *formal admission*, una *informal admission*, la quale non è vincolante né incontrovertibile; cfr. ancora NOKES, *An introd. to ev.*², cit., p. 259; CROSS, *Evidence*, cit., p. 149; POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., p. 372.

(18) Cfr. per tutti CROSS, *Evidence*, cit., pp. 149 s.; NOKES, *An introd. to evidence*², cit., pp. 50 s., 259; PHIPSON *On the law of evidence*⁹, cit., pp. 236, 523; [Ernest] COCKLE'S *Cases and statutes on evidence*, 9th ed. by G. D. NOKES, London, 1957, pp. 460-462.

Un altro istituto inteso a promuovere *formal admissions*, è la *notice to admit facts* (*Rules of the Supreme Court*, Order 32, Rule 4). Si tratta anche qui di una scrittura, con cui ciascuna parte prima del *trial* può chiedere all'avversario se ammette determinati fatti. Qui però non c'è un obbligo di risposta (cfr., per tanti, POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., p. 367): se però l'avversario senza ragionevole giusti-

nella sua discrezionalità ravvisi l'esistenza di ragioni tali da indurlo a permettere alla parte che l'ha resa di emendarla o di revocarla ⁽¹⁹⁾.

L'istituto, diversamente da ciò che potrebbe parere ad un osservatore frettoloso, non è peraltro in contrasto con quel « metodo orale della prova », del quale la dottrina inglese, come s'è visto (*sub* III), mena giusto vanto. È vero che si manifesta qui, nel processo inglese come pure in quello americano (veggasi *infra*, § 4), un fenomeno analogo anche se in certo senso inverso ⁽²⁰⁾ a quello che ci è noto oggiigiorno in Italia, ossia la coesistenza di un interrogatorio *libero* (« examination »), della struttura del quale più diffusamente parleremo (*infra*, § 5), e di un interrogatorio *formale* (« interrogatories »). Resta però, tra il sistema nostro e quello anglosassone, una differenza fondamentale: il fatto, cioè, che il carattere *probatorio* del primo istituto, e più precisamente la integrale parificazione della parte agli altri testimonî (« party as witness ») quand'essa sia sottoposta all'interrogatorio non formale, è un'idea chiara da un secolo e indiscussa nella giurisprudenza, pratica e scientifica, del mondo anglosassone; così come chiaro e indiscusso è altresì il potere giudiziale di valutare liberamente, anche in favore della parte esaminata, le deposizioni da essa rese in sede di *examination*. Onde questo istituto, non stretto nei lacci di tutte quelle incertezze ambiguità contraddittorietà che si sono manifestate invece nell'indagine condotta sull'analogo istituto italiano (cfr. la parte I, sez. I, *passim*, spec. *sub* § 20 VIII), ha avuto modo di esplicare in pieno la sua straordinaria efficacia (*infra*, § 5 II-III). Né del resto più contraddittoria è la coesistenza della libera *examination* con gli

ficazione non ammetterà i fatti, le spese affrontate dalla parte per provarli, una volta che la prova riesca convincente ricadranno su di lui, quale che sia poi l'esito finale della causa. Cfr. OGCERS' *Principles*¹⁶, cit., pp. 256, 274 i. f.

⁽¹⁹⁾ COCKLE'S *Cases and Statutes*⁹, cit., p. 462; e cfr. l'Order 32, Rule 4 delle *Rules of the Supreme Court*, 1883, in *The Annual Practice* 1960, vol. I, London, 1959, pp. 734 s. (e annotazioni a pp. 732, 738).

⁽²⁰⁾ Cfr. *infra*, in questo paragrafo, in fine (*sub* V).

interrogatories formali, di quanto fosse contraddittoria, nel processo classico romano, la coesistenza di un giuramento della parte e di una confessione intesi come negozi dispositivi, resi nella fase anteriore alla *litiscontestatio* (*jusjurandum* e *confessio* «*in jure*»), con un giuramento (*jusjurandum* «*in judicio*») e in genere con un esame delle parti, avente struttura non formale ed effetti probatori non vincolanti, nella fase *apud judicem* ⁽²¹⁾. In realtà, quegli *interrogatories* hanno piuttosto lo scopo e l'effetto di preparare e rendere più efficace il dibattimento orale (*trial*) — e quindi la *examination* stessa dei testi in generale e delle parti in particolare, che di quel dibattimento costituisce molte volte il momento se non unico dominante —, che non quello di contraddirvi. Essi hanno infatti la finalità di mettere in chiaro quali siano i fatti che, non essendo controversi *inter partes*, non son bisognosi di prova, e quindi non hanno da essere dibattuti al *trial*: si tratta, insomma, d'interrogatori aventi prevalentemente lo scopo di una *chiarificazione* delle reciproche *allegazioni* delle parti (*supra*, parte I, sez. I, §§ 4 e 5); onde la stessa *admission* dovrebbe, probabilmente, considerarsi quale una dichiarazione imperativa, nella specie quale una rinuncia alla contestazione, e insomma piuttosto quale un «negozio» processuale (atto di volontà) o magari, per chi accetti questo concetto, un «negozio probatorio», inteso ad una *relevatio ab onere probandi*, piuttosto che quale una vera e propria dichiarazione direttamente probatoria ⁽²²⁾. Ma a parte queste ultime considerazioni di carattere dogmatico, senza dubbio opinabili; bisogna qui richiamare ancora una volta ciò che s'è detto nella parte generale di questo

(21) Cfr. *supra*, nella premessa alla parte I, nota 4.

(22) La tesi prospettata nel testo sembra trovare conferma nella dottrina che nella «*deliberata volontà*» di esonerare l'avversario dall'onere della prova, vede un requisito indispensabile della *formal admission* (*supra*, testo e nota 17). Si ricordi infatti che ciò, che distingue l'allegazione dei fatti dalla dichiarazione direttamente probatoria (di verità), è appunto la natura di «*voluntatis declaratio*» della prima, come s'è dimostrato a suo tempo (parte I, sez. I, §§ 4 e 5).

Sui negozi probatorii nel diritto anglosassone, cfr. ad es. TRACY, *Handbook of the law of evidence*, cit., pp. 357 ss.

tavoro, a proposito di quella che s'è chiamata la funzione *secondaria ed eventuale* dell'oralità, ossia la funzione di « *chiarificazione* » delle allegazioni-contestazioni e quindi della *volontà* delle parti in rapporto con i fatti giuridici dedotti in giudizio (parte I, sez. I, §§ 4 e 5). Quella funzione è perseguita in alcuni ordinamenti, dei quali nella parte generale s'è già fatto cenno e di cui più diffusamente si parlerà nei capitoli che seguono, mediante un interrogatorio « di chiarificazione » (*Parteibefragung zur Aufklärung*), e appunto per ciò che si tratta d'un interrogatorio *orale*, abbiamo potuto parlare di una funzione *dell'oralità*. Va però di nuovo sottolineato che non è questa la funzione essenziale del principio di oralità processuale, come ampiamente s'è dimostrato (parte generale, capp. II e segg.): si tratta, come ripeto, di una funzione meramente *eventuale, secondaria ed ausiliaria* ⁽²³⁾. Eventuale, perché anche in mancanza di quella funzione, ossia in mancanza di un interrogatorio orale *ad clarificandum*, un processo può tuttavia essere ispirato con piena coerenza ai criterii dell'oralità. Secondaria, perciò che il significato principale ed essenziale dell'oralità è quello, e sol quello, che si riferisce alle prove, con tutte le implicazioni (immediatezza, concentrazione, libera valutazione, piena valorizzazione della prova orale, ecc.) di cui s'è ampiamente trattato (parte I, capp. II e III). E, finalmente, ausiliaria, non foss'altro perché può accadere che l'interrogatorio di chiarificazione, quale uno strumento per chiarire la volontà delle parti e possibilmente semplificare e ridurre i punti di attrito, giovi altresì come un perfezionamento di quella accurata preparazione del dibattimento orale (avente per oggetto precipuamente le prove), senza della quale un dibattimento orale sarebbe molte volte difficile o, addirittura, impossibile (parte I, sez. I, § 2, VI e § 9, II).

Ma il lettore, ricordando ciò che s'è detto nella parte generale, non avrà difficoltà a riconoscere che siffatta funzione ausi-

⁽²³⁾ Parte I, sez. I, § 6 I.

liaria può ben essere (anche se forse non può essere con altrettanta efficacia ⁽²⁴⁾) perseguita, anziché mediante uno strumento orale, con un interrogatorio formale e scritto, e così in particolare con gli *interrogatories* del processo anglosassone. Un fatto, insomma, sembra sicuro: e cioè che la funzione di questi *interrogatories* si viene a trovare in piena armonia con quel che s'è detto quando, parlando in generale del sistema dell'oralità, s'è spiegato ch'esso non esclude ma anzi nella normalità dei casi pretende una minuziosa *preparazione, anche scritta*, dell'udienza orale di dibattimento, preparazione intesa allo scopo di esporre, e per quanto possibile semplificare, chiarificare e ridurre quello che dovrà poi costituire il *thema decidendum* e quindi l'oggetto del dibattimento medesimo (parte I, sez. I, § 2 VI), ossia — in un processo retto dal principio dispositivo inteso in senso proprio e sostanziale — la volontà delle parti (parte I, sez. I, §§ 4 e 5, e sez. II, cap. V).

V. A conclusione di quanto s'è detto, il lettore è invitato a rimeditare su quell'analogia, cui poco fa s'è accennato (*sub* IV), tra il vigente sistema italiano e quello inglese e in generale

(24) I pareri che trovo in argomento sono discordi; per apprezzamenti favorevoli sull'istituto, ved. comunque *infra*, § 4, nota 28; ma veggansi riserve in ODGERS' *Principles*¹⁶, cit., p. 275. Certamente la *Parteibefragung zur Aufklärung des Sachverhalts* degli ordinamenti austriaco e tedesco, manifesta pregi di maggiore duttilità, e senza dubbio è più efficace per lo meno nel senso di realizzare quei fini assistenziali-equitativi ossia di « materielle Prozessleitung », dei quali s'è detto nella parte generale, sez. I, § 4 *sub* IV-IX. Epperò bisogna riconoscere che pure l'apparato degli *interrogatories*, coll'obbligo non soltanto morale ma strettamente giuridico che alla parte interrogata deriva anche dal fatto, che deve asseverare con giuramento le proprie risposte scritte, può in molti casi giovare ottimamente ai fini di chiarificazione e semplificazione, che abbiamo visto essere essenziali all'istituto dell'interrogatorio di chiarificazione, sia esso scritto od orale.

La differenza tra la *Parteibefragung zur Aufklärung* e gli *interrogatories*, può ritenersi una tra le varie manifestazioni del fatto, che il giudice inglese, il quale non manca di un assai penetrante potere di direzione *formale* del processo (« formelle Prozessleitung »), non ha invece un potere di direzione *materiale* (« materielle Prozessleitung ») pari a quello del giudice austriaco o tedesco: ved. già *supra*, parte I, sez. I, § 9 V, spec. la nota 25; e *infra*, § 5, testo e nota 4.

anglo-sassone: sulla coesistenza, cioè, in entrambi i sistemi, di un interrogatorio libero e di un interrogatorio formale. Già s'è notato come a dispetto della somiglianza apparente sia però ravvisabile una differenza fondamentale, la quale non depone certo in senso favorevole al nostro ordinamento. Qui si può precisare che il fenomeno, apparentemente analogo, è però, in certo senso, addirittura inverso. Mentre infatti nessuno potrebbe seriamente dubitare, in Inghilterra e negli U.S.A., del carattere schiettamente probatorio dell'istituto della *examination* delle parti « as witnesses »; in Italia invece i lavori preparatorii, e la dottrina e giurisprudenza ancor oggi dominanti, sono nel senso che non l'interrogatorio formale ma quello libero sia, anziché un mezzo di prova, un mezzo di « chiarificazione » ⁽²⁵⁾. Parallelamente, mentre in Italia è normalmente indiscusso il carattere di mezzo di prova, anche se di prova legale e non giudiziale, dell'interrogatorio formale, nella dottrina di lingua inglese si possono trovare al contrario espressioni come questa, del CROSS: che la risposta, resa per iscritto mediante *affidavit* dalla parte interrogata, può essere usata al dibattimento dall'avversario « *in lieu of evidence* », *in luogo di prova* ⁽²⁶⁾; mentre a sua volta il NOKES ancora più chiaramente scrive che, in quanto facciano luogo a « formal admissions », l'effetto degli *interrogatories* più che quello di *provare* i fatti, è « di rendere *superflua* la prova dei fatti », è insomma una *relevatio ab onere probandi* conseguente al « deliberato proposito » della parte « di dispensare l'avversario dalla prova » ⁽²⁷⁾.

(25) Cfr. *supra*, parte I, sez. I, § 5, e riferimenti ivi. Nel § 20 V-VI della stessa sez., la tesi è stata da noi criticata.

(26) Cfr. CROSS, *Evidence*, cit., p. 150 (a pp. 190 ss., il CROSS elenca peraltro le risposte agli *interrogatories* tra le prove e sia pure tra quelle prove, che fanno eccezione alla regola fondamentale per cui, nel processo civile inglese, « ogni prova è normalmente resa *viva voce* all'udienza di dibattimento »).

(27) NOKES, *An introd. to evid.*², cit., pp. 49, 51. Anche più in là va quella dottrina americana (McCORMICK ed altri), che decisamente ed esplicitamente nega la natura probatoria delle *judicial (formal) admissions* derivabili, appunto, dagli *interrogatories* formali, cfr. *infra*, § 4, nota 30.

Diversamente dunque che nei Paesi di lingua inglese, nel nostro ordinamento italiano, almeno secondo la corrente interpretazione dell'art. 117 cod. proc. civ. e dell'istituto in esso disciplinato, la funzione « secondaria » ed « eventuale » dell'oralità è perseguibile attraverso un istituto, suscettivo di porre in libero e diretto contatto il giudice colle parti; mentre invece detto contatto manca poi, nel momento in cui esso sarebbe davvero essenziale: ossia nella fase dell'istruzione probatoria!

§ 4. *Gli analoghi svolgimenti nella storia del diritto processuale civile degli Stati Uniti d'America, dal codice di David Dudley FIELD (1848) ai nostri giorni.*

I. Una prima idea dei riflessi, di portata veramente mondiale, delle riforme che abbiamo esaminate nei due paragrafi precedenti — e che, secondo un autorevole giudizio ⁽¹⁾, « furono tra i più benefici cambiamenti che mai siano avvenuti nel sistema legale [inglese] riguardo all'amministrazione della giustizia » —, s'è già avuta quando s'è visto quanto rapidamente esse poterono espandersi in un sistema giuridico per tanti aspetti così diverso e talora perfino antagonistico rispetto all'inglese, ossia nel diritto scozzese (*supra*, § 2 IV); e a suo tempo vedremo quanta sia stata l'influenza del « precedente » britannico sulle analoghe riforme, di poi introdotte in Austria (*infra*, sez. II) ed altrove (*infra*, sez. III, § 5).

Ma quello che costituisce il primo esempio e forse il più impressionante della immediata forza di espansione delle idee, che furono alla base delle nostre riforme, è offerto dall'ordinamento nordamericano, del quale in questo paragrafo s'intende parlare ⁽²⁾.

⁽¹⁾ È quello del DILLON, espresso in *The Laws and Jurisprudence of England and America*, cit., pp. 340 s.; ved. pure in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., p. 242.

⁽²⁾ Di proposito ometto invece di parlare dell'espansione, della cui spontaneità può ovviamente dubitarsi, nei sistemi processuali di quelle che erano in allora colonie britanniche.

II. Negli Stati Uniti d'America la funzione stimolatrice e di rottura, che in Inghilterra fu opera soprattutto del BENTHAM, quanto alla elaborazione teorica, e poi di Thomas DENMAN ed Henry BROUGHAM, quanto alla realizzazione pratica, si fa risalire precipuamente agli scritti di Edward LIVINGSTON — « il BENTHAM americano » ⁽³⁾ — e all'opera legislativa di un giurista che fu il più influente membro della Commissione che preparò, intorno al 1848, il codice di procedura civile dello Stato di New York: David Dudley FIELD ⁽⁴⁾.

È ben chiara, però, l'influenza della scuola benthamiana e, in generale, dell'esempio inglese e del suo rapido successo, sul pensiero giuridico e sulla legislazione riformatrice d'America ⁽⁵⁾. Vero è peraltro che, anche in America, l'idea della necessità di

⁽³⁾ Così lo trovo definito in WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 240.

⁽⁴⁾ Cfr. le note di POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., p. 247; e ancora WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 240, e II, cit., p. 689, nota 3, e p. 693.

Sull'attività del FIELD per ciò che riguarda la successiva codificazione del diritto sostanziale, cfr. per tanti Mark DEWOLFE HOWE, *Readings in American legal history*, Cambridge, Mass., 1949, pp. 492 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 240. Con riguardo all'influenza del pensiero benthamiano in generale sulle riforme introdotte in America, e in particolare sugli scritti del LIVINGSTON, cfr., rispettivamente: Scott ROWLEY, *The competency of witnesses*, in « Iowa Law Review », 24 (1939), p. 496, e WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 687 in nota. Basta poi leggere qualche brano del primo rapporto (1848) oppure del « complete Report » (1850), entrambi redatti dalla Commissione di tre membri incaricata di elaborare la nuova legislazione processuale dello Stato di New York (Commissione nella quale la figura principale fu il FIELD), per vedere, perfino nello stile oltreché nei continui riferimenti all'opera del maestro della scuola utilitaristica, l'influsso benthamiano: si veda, ad es., il brano del primo rapporto riportato dal WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., pp. 689 s.; o il brano del rapporto completo che leggo a p. 715 di *The code of civil procedure of the State of New York* ecc. (1850), citato *supra* § 2 nota 15; e lì si confronti con il brano tratto dall'opera di BENTHAM e riportato dal WIGMORE, *ibid.*, pp. 687 ss.

Che l'autorità del BENTHAM fosse addirittura, nel secolo passato, « assai più grande negli Stati Uniti che in Inghilterra », afferma, sulla scorta di J. F. DILLON, Max RADIN, *Handbook of Anglo-American legal history*, St. Paul, Minn., 1936, p. 202 testo e nota 30. Certo è per lo meno che, anche negli U.S.A., si capì ben presto che le riforme in tema di prove, dovevano seguire le linee tracciate dal BENTHAM in quella, che il surricordato *complete Report* chiama « l'opera più profonda e più originale che mai sia stata scritta in questa materia », cfr. *The code of civ. proc.* ecc., *testé cit.*, p. 694.

una riforma del sistema probatorio, da impostarsi sulle stesse linee delle riforme inglesi che abbiamo appena finito di esaminare, era ormai giunta a maturazione. Solo così, infatti, assai più che attraverso uno studio d'influenze esterne o personali, può spiegarsi il fatto che, per lo più a pochissimi anni di distanza, radicali innovazioni legislative analoghe a quelle inglesi si sono andate spontaneamente diffondendo nelle varie giurisdizioni di quella Federazione ⁽⁶⁾. Mi limiterò qui a riferire pochi dati storici, scelti a puro titolo indicativo; dopo di che passerò senz'altro più che ad un'analisi dettagliata, che per la molteplicità delle giurisdizioni si rivelerebbe in questa sede eccessiva, ad un rapido sguardo panoramico del sistema americano, com'esso nelle sue linee fondamentali si presenta oggi in relazione ai problemi di cui ci stiamo occupando.

III. È appena il caso di ricordare che in quelle colonie inglesi, le quali a partire dalla seconda metà del XVIII secolo vennero a costituire la Federazione degli U.S.A., era, quasi dovunque, pienamente penetrato il diritto inglese, anche per ciò che riguarda il sistema processuale e probatorio. Quello che, con riguardo alla situazione dell'Inghilterra (e del Galles) fino alla prima metà dell' '800, è detto sopra, nel § 1, vale quindi, sostanzialmente, anche per l'originario sistema processuale della novella Federazione. Un dato di un qualche interesse sarà forse solo questo (il quale potrà parere strano a chi non sappia che, ancora oggi, il sistema probatorio americano rimane più formalistico, nel suo complesso, di quello inglese come vedremo): che il sistema della valutazione « numerica » o legale, anziché libera, delle prove in genere e della prova testimoniale in specie, il quale nelle corti inglesi di *common law* appare completamente rifiutato, anche per merito dell'istituto della giuria ⁽⁷⁾, almeno a

⁽⁶⁾ Cfr. MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., pp. 207 s.; WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., pp. 240 s., e II, cit., pp. 689 (nota 3), 693, 695; McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 142.

⁽⁷⁾ Cfr. *supra*, § 1, testo e nota 28.

partire dalla seconda metà del '600 ⁽⁸⁾, nei tribunali delle colonie americane fu invece più lento a scomparire: qualche testimonianza della sua sopravvivenza, ci porta almeno fino alle soglie del '700 ⁽⁹⁾.

Meno notevole, ho già detto, fu invece in generale il ritardo (in qualche caso addirittura insussistente, come subito vedremo) dei varî ordinamenti statunitensi, per ciò che riguarda le riforme da noi studiate nei due paragrafi precedenti. E così, ad esempio, la riforma che in Inghilterra avvenne nel 1843 — abolizione della *disqualification* dei terzi aventi un interesse economico rispetto all'esito della causa o del verdetto (*supra*, § 2 II) —, cominciò a riflettersi nelle legislazioni americane fin dal 1846, l'anno in cui fu emanato nello Stato del Michigan quello che si ritiene essere stato il primo statuto nordamericano in materia ⁽¹⁰⁾. Maggiore importanza ebbe peraltro, specie per l'enorme influenza da esso subito esercitata sulla legislazione di molti altri Stati ⁽¹¹⁾, il *Code of civil procedure* dello Stato di New York (1848), dovuto, come s'è visto, precipuamente all'opera del FIELD ⁽¹²⁾. Detto codice — precedente a quel *Lord Brougham's Act* che in Inghilterra, nel 1851, aboliva come regola generale la *disqualification* delle parti — rappresentava, almeno nel testo

⁽⁸⁾ Cfr. i riferimenti storici in WIGMORE, *A treatise*³, VII, cit., pp. 250 ss.

⁽⁹⁾ Riferimenti in WIGMORE, *A treatise*³, VII, cit., p. 250, nota 22.

⁽¹⁰⁾ Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 693; MORGAN, *Basic problems*, I, cit., p. 84.

⁽¹¹⁾ Su questa influenza si posson vedere, per tanti, James Willard HURST, *The Growth of American Law*, Boston, 1950, pp. 71, 88, 91; RADIN, *Handbook of Anglo-American legal history*, cit., pp. 202 s.; MILLAR, *Civil procedure of the trial court*, cit., pp. 54 s.

⁽¹²⁾ Vedilo riportato (nell'edizione proposta dalla Commissione il 31 dicembre 1949), colla relazione completa della Commissione, in *The code of civ. proc. of the State of New York* ecc. (1850), citato *supra*, § 2 nota 15. Detta edizione rappresentava un completamento del *Code of civil procedure*, che la stessa Commissione aveva sottoposto all'approvazione del potere legislativo, e che in effetti era stato accolto come legge dello Stato di New York, nel 1848. Come si può leggere fin dalla parte introduttiva della relazione (*op. cit.*, pp. IV-V), la Commissione faceva notare che il codice, nel nuovo testo, « conservava naturalmente immutati i fattori essenziali del codice originario », e ne seguiva gli stessi principii.

che la Commissione sottopose all'approvazione legislativa il 31 dicembre del 1849 ⁽¹³⁾, un evidente progresso rispetto alla legislazione stessa inglese, ciò che può esser misura del suo interesse teorico oltretutto pratico, e dell'importanza in particolare della figura del FIELD come pioniere nel campo delle riforme che andiamo studiando. Infatti il § 1708 di detto codice, non soltanto prevedeva l'abolizione della *disqualification* dei terzi interessati, riforma realizzata in Inghilterra fin dal 1843; ma intendeva abrogare altresì la *disqualification* delle parti a render testimonianza in proprio favore ⁽¹⁴⁾. Non solo: ch   esso gi   avviava verso la sua realizzazione, negli U.S.A., quel processo di unificazione delle giurisdizioni di *law* e di *equity* (*supra*, §§ 2, I e 3 II-IV), che in Inghilterra si sarebbe concluso soltanto nel 1873 ⁽¹⁵⁾; e cos  , per limitarmi a ci   che qui pi   direttamente pu   interessare, esso rendeva istituto di portata generale la « *viva voce examination* », che abbiamo visto essere destinata a costituire invece

⁽¹³⁾ Il codice di New York, nel testo approvato nel 1848, gi   aboliva la *disqualification* dei terzi interessati, ma non ancora la « incompetenza » delle parti « *as witnesses in their own favor* », come ricorda la stessa relazione al § 1708 del testo presentato dalla Commissione il 31 dicembre 1849, cfr. *The code of civ. proc.* ecc. (1850), test   citato, p. 715.

⁽¹⁴⁾    interessante anche il tono polemico, di chiara ispirazione benthamiana, di quel testo legislativo: « All persons, without exception, otherwise than as specified in the next two sections [ossia nel § 1709, che dichiarava inammissibile la testimonianza degli insani di mente, e dei fanciulli sotto i dieci anni di et   in quanto apparissero incapaci di ricevere, o di esprimere veracemente, una giusta impressione dei fatti; e nel § 1710, che conservava l'inammissibilit   della testimonianza del coniuge della parte, salvo il consenso della parte stessa, nonché faceva salvo il diritto al segreto di certe persone: sacerdoti, avvocati ecc.], who, having organs of sense, can perceive, and perceiving can make known their perceptions to others, may be witnesses. Therefore *neither parties, nor other persons who have an interest in the event of an action or proceeding, are excluded*; nor those who have been convicted of crime; nor persons on account of their opinions on matters of religious belief: although in every case, the credibility of the witness may be drawn in question, as provided in section 1680 ». (La sez. 1680 stabiliva che « Si presume che il teste dica la verità; ma tale presunzione pu   essere contraddetta dalla maniera in cui egli rende testimonianza, o dalla natura della testimonianza resa, o da prova concernente il carattere del teste o i suoi motivi, o da prova contraria alla testimonianza: e la giuria    giudice esclusivo della sua credibilit   »).

⁽¹⁵⁾ Sull'argomento cfr. in generale RADIN, *Handbook*, cit., pp. 202 s.

in Inghilterra, ancora per qualche anno, istituto tipico delle sole Corti di *common law* (*supra*, § 3 I-II) ⁽¹⁶⁾.

Né lo Stato di New York fu il solo a precorrere, almeno in parte, l'analogo movimento riformatore inglese. Anche nel Connecticut, infatti, la riforma inglese del 1851 fu realizzata in anticipo, da uno statuto del 1849 ⁽¹⁷⁾, ispirato, sia pure, al *County Courts Act* inglese del 1846 (*supra*, § 2, III) ⁽¹⁸⁾; mentre, per ciò che riguarda il metodo di assunzione della prova testimoniale nei processi *in equity*, una riforma analoga o forse anche più accentuata di quella, introdotta in Inghilterra dal *Chancery Amendment Act* del 1852 (*supra*, § 3 I), fu adottata nel Michigan fin dal 1846, e nell'Illinois fin dal 1849 ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Lo studio storico del problema della unificazione, organica e procedurale, delle giurisdizioni di *common law* e di *equity* negli Stati Uniti, è complicato per le notevoli disparità tra i sistemi dei vari Stati, nonché tra questi e il sistema federale. Per ciò che in particolare riguarda il metodo di assunzione della prova testimoniale, e l'adozione come regola generale «for all civil actions» del metodo di assumere la prova stessa oralmente «in open court» mediante la tecnica della *examination*, *cross-examination* e *re-examination*, cfr. MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., pp. 270-272. Noto qui che, mentre in Inghilterra quella regola divenne generale fin dal 1873 (*supra*, § 3 II), ciò non accadde nel sistema federale degli U.S.A. prima del 1912, quando una delle *Equity Rules*, emanate appunto in quell'anno, stabilì che «in all trials in equity the testimony of witnesses shall be taken orally in open court», cfr. MILLAR, *op. cit.*, p. 271. Nello Stato di New York, invece, tale riforma avvenne — come è detto nel testo — assai prima: già il codice del 1848 stabiliva che «the testimony in equity cases shall be taken in like manner as in cases at law», e l'esempio fu subito imitato dal Massachusetts (1852), cfr. MILLAR, *op. et loc. ult. cit.*

⁽¹⁷⁾ Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 695, testo e nota 4; MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., p. 207; William T. FRYER, *Note on disqualification of witnesses*, in *Selected writings on the law of evidence and trial*, edited by W.T. FRYER, St. Paul, Minn., 1957, pp. 352 s. Lo statuto del Connecticut fu il primo, nel mondo anglosassone, ad abolire la *disqualification* delle parti a rendere testimonianza *in causa propria*, se si prescinde dal *County Courts Act* inglese del 1846: e come tale esso è ricordato nella relazione al § 1708 del *Code* di New York, cfr. *The code of civ. proc. ecc.* (1850), cit., p. 715. Ecco il testo di quello statuto, per la parte che ci interessa: «no person shall be disqualified as a witness in any suit or proceeding at law or in equity, by reason of his interest in the event of the same, as a party or otherwise, or by reason of his conviction of a crime; but such interest or conviction may be shown for the purpose of affecting his credit».

⁽¹⁸⁾ MILLAR, *Civil proced. of the trial Court*, cit., p. 207.

⁽¹⁹⁾ MILLAR, *Civil proced. ecc.*, cit., p. 271: i due Stati adottarono il sistema

Un altro campo del resto, nel quale le riforme nordamericane si presentano, almeno in alcuni Stati della Federazione, con anticipo rispetto alle analoghe riforme inglesi, riguarda l'istituto del *discovery by interrogatories*, e precisamente l'adozione di detto istituto anche nei tribunali di *common law* (*supra*, § 3 IV). Il lettore ricorderà come, fino alle riforme del secolo passato, nelle *common law Courts* le parti non potessero essere esaminate neppure con quegli *interrogatories* scritti e formali, ch'erano ammessi invece dalle *Courts of equity*, le quali li avevano adottati su imitazione della *interrogatio per positiones* del sistema processuale delle Corti ecclesiastiche; e ricorderà altresì come l'istituto avesse la funzione di provocare una confessione o, più in generale, di mettere in chiaro i punti di consenso e di dissenso *inter partes*, con speciale riguardo alle questioni di fatto (*supra*, § 1 II-III). Già nella seconda metà del secolo XVIII, Sir William BLACKSTONE, nei suoi famosi *Commentaries* dell'ordinamento inglese, vedeva nella mancata adozione di quell'istituto un difetto del sistema adottato dalle Corti di *common law* ⁽²⁰⁾: ma mentre come s'è visto (§ 3 IV) in Inghilterra il movimento riformatore non sarebbe riuscito ad ovviare a quella mancanza se non nel 1854, questa riforma fu introdotta, in talune delle giurisdizioni statunitensi, fin dai primi decenni dell' '800 ⁽²¹⁾. Ed è interessante vedere come, in questa particolare manifestazione, i primi a muoversi fossero proprio gli Stati del sud — evidentemente, per il più vicino influsso dei sistemi spagnolo o francese —; mentre invece in detti Stati fu poi generalmente assai più lenta, ed è ancor oggi in qualche luogo incompleta la riforma, negli aspetti in cui questa ci appare più radicale e più moderna, ossia per ciò che riguarda l'abolizione della *disqua-*

della « oral testimony in open court », non prescritto però come regola ma come possibilità rimessa alla scelta delle parti.

⁽²⁰⁾ Cfr. MILLAR, *Civil procedure* ecc. cit., p. 201.

⁽²¹⁾ Dettagli in MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 204 ss.; ved. anche WIGMORE, *A treatise*³, VIII, cit., pp. 176 ss.

lification delle parti e dei terzi interessati, e la piena valorizzazione dell'interrogatorio non formale « in open court » ⁽²²⁾.

IV. Un'indagine panoramica del sistema adottato oggi-giorno dalle varie giurisdizioni statunitensi, con riguardo al problema della utilizzazione del sapere delle parti a scopo di prova, deve aprirsi colla constatazione che, pur nella molteplicità di differenze per quel che riguarda i punti di dettaglio, si tratta di un sistema sostanzialmente abbastanza uniforme. Il processo storico, che abbiamo seguito nelle sue prime manifestazioni del secolo scorso, è giunto ormai, per la massima parte di quelle giurisdizioni ⁽²³⁾, alla sua più razionale conclusione: che è poi quella stessa conclusione, che abbiamo visto essersi imposta,

⁽²²⁾ Cfr., anche per le ragioni sociologiche di siffatto generale ritardo degli ordinamenti degli Stati del sud, WICKMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 691; ved. pure MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 271 i.f.-272 in.

Il ritardo in parola si estende pure alla *disqualification* di terzi che abbiano scontato, o stiano scontando, condanne per crimine, la quale, abolita in Inghilterra fin dal 1843 (*supra*, § 2, II, testo e nota 11) e a brevissima distanza anche negli Stati di New York e del Connecticut (*supra*, in questo paragr., note 14 e 17), era fino a pochi anni fa segnalata come ancora esistente, in una forma addirittura « più inflessibile e più ampia » di quel che non prescrivesse la vecchia *common law rule*, in uno Stato del sud della Federazione, il Tennessee; cfr. quanto in argomento riferiscono, con aspra critica contro quell'« arcaico » relitto, McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 142, e Donald L. HALLADAY, *Infamy as ground of disqualification in Tennessee*, « Tennessee Law Review », 22 (1952), pp. 544-553; ved. pure FRYER, *Note on disqualification of witnesses*, cit., pp. 349 s. In un altro stato del Sud, la Florida, la *disqualification* in parola fu confermata nel 1957, limitatamente peraltro al crimine di spergiuo, cfr. la critica di R.D. DEBOEST, *Disqualification of a witness for perjury*, « University of California Law Review », 12 (1959), pp. 315 ss.; analoga situazione è segnalabile ormai in pochissimi altri Stati (quasi tutti del sud): Alabama, Kentucky, Maryland, Mississippi e Pennsylvania, cfr. la critica di W.A. OLDACRE, *Perjury disqualification in Alabama*, « Alabama Law Review », 10 (1957), pp. 133 ss. Per il ritardo dell'ordinamento della Georgia quanto alla *disqualification* dell'imputato a testimoniare nel processo penale, *supra*, § 2, nota 18.

⁽²³⁾ Per le rare eccezioni, cfr. ancora MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 211 s. e 271 s. (sui « pochi Stati » che ancora preferiscono l'interrogatorio formale delle parti, nonché l'esame dei testi davanti al *master* o al *commissioner* o all'*examiner* — « the old chancery method » —, al metodo della « oral examination before trial »). Ved. pure la nota precedente, e il testo relativo.

certo con maggiore unitarietà e spesso (come ancora constateremo) con maggior rigore e coerenza — anche se non sempre con precedenza temporale —, nell'ordinamento inglese (*supra*, §§ 2 e 3).

E così, anche per la giurisdizione federale (che non fu certo la prima, né tra le prime, ad abbandonare i vecchi schemi e istituti) fin dalle *Equity Rules* del 1912 fu stabilito il principio che la prova testimoniale dovesse, pure nei processi in *equity*, assumersi oralmente al dibattimento (« orally in open court »), ovviamente colla tecnica della *examination* e *cross-examination* ⁽²⁴⁾; mentre le *Federal Rules of civil procedure* del 1938, essendo ormai unificate, su piano federale, le giurisdizioni di *law* e di *equity*, ribadivano il principio che soltanto nei casi eccezionali previsti dalla legge, la deposizione dei testi potesse non essere assunta « orally in open court » ⁽²⁵⁾: ciò che valeva (e vale) sia per la testimonianza dei terzi, qualsiasi interesse essi possano avere rispetto al giudizio, sia per quella delle parti, anch'esse ormai riconosciute *competent* e *compellable witnesses* ⁽²⁶⁾.

E come in Inghilterra, così negli U.S.A. le *Federal Rules* continuano ad ammettere, insieme alla *cross-examination*, il vecchio *discovery by written interrogatories* ⁽²⁷⁾, al quale peral-

⁽²⁴⁾ Rule 46. Cfr. MILLAR, *Civil procedure*, cit., p. 271.

⁽²⁵⁾ Rule 43 (a). Cfr. ancora MILLAR, *op. et loc. ult. cit.* — Un testo aggiornato delle *Federal Rules*, emanate nel 1938 dalla Corte Suprema statunitense per delega legislativa, può leggersi in *Federal Rules of civil procedure*, The Foundation Press, Brooklyn, 1959. Sulla grande influenza di queste *Rules* sulle legislazioni dei vari Stati, sei dei quali le hanno addirittura testualmente o sostanzialmente adottate, cfr. H.G. MAC MAHON, *Il nuovo codice di procedura civile della Luisiana: una sintesi del processo anglo-americano e di quello europeo continentale*, « Jus », 1953, p. 549; sullo « scopo essenziale » di dette *Rules*, che fu quello della « unificazione delle due giurisdizioni di diritto comune e di equità », cfr. R.W. MILLAR, *Rassegna di letteratura e legislazioni straniere: Stati Uniti d'America*, « Riv. dir. proc. civ. », 1940, I, p. 43.

⁽²⁶⁾ Rules 43, 26 e *passim*. Cfr. MILLAR, *Civil procedure ecc.*, cit., p. 213.

⁽²⁷⁾ Rules 26 ss., specie 33 e 37. Cfr. in argomento ultimamente ad es. W. R. PECK, *Depositions, proceedings to perpetuate testimony, interrogatories to parties: the Federal Rules and the California Law*, « California Law Review », 44 (1956),

tro rimane, più che una funzione probatoria — ormai in massima parte assorbita dal primo e assai più efficace istituto —, soprattutto una funzione di chiarificazione delle reciproche al-

pp. 909 ss., spec. 930 ss.; J. A. FOWLER, Jr. e A. D. SOKOLOW, *Discovery proceedings under the Federal Rules* (nelle « Trial Practice Series », Roscoe POUND General Editor), New York, 1955, pp. 1-48. Vedasi pure WIGMORE, *A treatise*³, VI, cit., pp. 423 ss.

Da notare che esiste, e sembra assai efficace in pratica, anche la possibilità di un *discovery by oral examinations*, istituto distinto dalla *examination « in open court »* della quale costituisce anzi spesso volte una sorta di preparazione. In argomento veggansi ad es. ancora FOWLER e SOKOLOW, *Discovery proceedings* ecc., cit., pp. 6, 14 ss.; CONRAD, *Modern trial evidence*, II, cit., pp. 125 ss.; TRACY, *Handbook of the law of evid.*, cit., pp. 158 ss.; e cfr. le *Rules 26 e 30 delle Federal Rules*. Basti qui dire che l'istituto attribuisce a ciascuna parte nientemeno che il potere, giuridicamente garantito mediante sanzioni comminate contro il soggetto che ingiustificatamente non vi si sottoponga, di esaminare oralmente (salvo che preferisca farlo per iscritto, mediante *written interrogatories*, cfr. per tal caso la *Rule 31*) e sotto vincolo di giuramento *ogni persona, inclusa la parte avversaria*, su ogni materia che possa essere rilevante in causa, inclusa l'esistenza, la descrizione, la natura ecc. di libri, documenti e altre cose nonché l'identificazione di persone aventi notizia di fatti rilevanti in causa. L'esame in parola avviene col metodo della *examination e cross-examination* (*infra*, § 5 I): non però, come ripeto, « in open court », bensì in forma che direi quasi privata, spesso volte nell'ufficio stesso della difesa dell'una o dell'altra parte e in presenza, oltretutto dei difensori delle parti, di un *commissioner*, non necessariamente nominato dalla Corte (si tratta, per lo più, di un notaio) stenografante le domande e le risposte, le quali saranno alla fine lette al soggetto esaminato e da lui sottoscritte, e quindi dal *commissioner* inviate alla Corte, dove potranno essere lette poi in sede di dibattimento. L'istituto serve prevalentemente allo scopo di poter dare una corretta e ben informata impostazione alla causa, e così a preparare ed evitare le sorprese del *trial* e quindi, soprattutto, della *examination* che avverrà nuovamente « in open court » e perciò in presenza, questa volta, dei giudici ed eventualmente dei giurati. A norma della *Rule 26 (d)*, le deposizioni rese e documentate nel modo testé sommariamente descritto, possono in specie essere usate dalle parti allo scopo di indebolire o impugnare le nuove deposizioni, eventualmente contrastanti colle prime, che saranno rese successivamente dallo stesso soggetto in sede di esame « in open court »; o possono considerarsi quali ammissioni, trattandosi di deposizioni *contra se* rese da una delle parti; o infine esse potranno esser considerate prove — s'intende, liberamente valutabili — ad ogni effetto, quando il soggetto che le abbia rese sia morto, o per malattia o altro non sia più in grado di ripetere la testimonianza « in open court », o si trovi ad eccessiva distanza dal luogo del *trial* e così via, onde non sia possibile trasformare quella, che è considerata, con una certa diffidenza, quale una *testimony in writing* (CONRAD, *Mod. trial evidence*, II, cit., p. 125) ed una *secondary evidence* (CONRAD, *op. cit.*, II, p. 132), in una testimonianza orale ossia resa oralmente al dibattimento.

legazioni, positive o negative (contestazioni), delle parti ⁽²⁸⁾, e una funzione quindi preparatoria e, nei limiti del possibile, semplificatoria del dibattimento orale, nel quale potrà aver luogo, a prova dei fatti rimasti controversi, quella che è considerata la « regina » delle prove, ossia la *cross-examination* dei testi in generale, e dei soggetti della lite in particolare. È comunque riaffermata, al pari che nell'ordinamento inglese, la possibilità che le risposte agli *interrogatories* (scritte, sottoscritte dalla parte, e dalla stessa asseverate con giuramento, salvo che la parte preferisca sostituire al giuramento una « solemn affirmation » ⁽²⁹⁾) facciano luogo a confessioni (*formal* o *judicial admissions*), considerate quale « conclusive evidence » ⁽³⁰⁾, con efficacia limitata

(28) Cfr. per tanti PECK, *Depositions* ecc., cit., pp. 932 e 933 (il quale sostiene essere gli *interrogatories* delle parti, di cui alla Rule 33 delle *Federal Rules*, « un metodo estremamente utile per ridurre le sorprese e per restringere l'ambito della controversia », « uno dei mezzi migliori e meno costosi per restringere le issues »); W. WICKER, *Tactical advantages from the use of discovery*, « Tennessee Law Review », 27 (1960), p. 329.

(29) *Federal Rules*, Rule 43 (d): « ogniquale volta le presenti norme richiedono la prestazione di un giuramento, una solenne affermazione può essere accettata in luogo del giuramento medesimo ».

(30) Cfr. ad es. il *Corpus Juris Secundum. A complete restatement of the entire American law* by D. J. KISER, vol. XXXI, Brooklyn, 1942, p. 1164; ma ved. le precisazioni del McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 504, 508 s., 510 testo e nota 22, 513, il quale distingue le ammissioni effettivamente aventi natura probatoria (*evidential admissions*), le quali non costituiscono prova legale e incontrovertibile, da quelle (*judicial, formal admissions*) esprimenti invece la volontà della parte di dispensare l'avversario dall'onere della prova, le quali in realtà « non sono affatto prove » benché siano, diversamente dalle prime, « conclusive » (salva l'autorizzazione giudiziale della loro revoca), nel senso che rendono pacifico in causa il fatto ammesso ossia hanno « the effect of withdrawing a fact from issue ». Ved. anche *supra*, § 3 testo e note 17, 26 e 27.

Delle [*formal*] *admissions of fact* come mezzi non di prova, ma di *exoneratio ab onere probandi* (« which will avoid unnecessary proof »), parla del resto la Rule 16 (3) delle stesse *Federal Rules of civil procedure*; ved. in dottrina ad es. RICHARDSON, *The law of evidence*⁸, cit., pp. 5, 272; CONRAD, *Modern trial evidence*, I, cit., p. 353.

Altro istituto inteso a provocare *formal admissions*, è la *request for admission* (Rule 36), anch'essa scritta e richiedente risposta scritta e giurata: un istituto sostanzialmente assimilabile agli *interrogatories*, colla differenza che la risposta non è oggetto di un obbligo, ma soltanto di un onere, in quanto la mancata risposta fa luogo senz'altro (ed esclusivamente) alla *ficta confessio* (« each of the matters of

però al processo nel quale son rese (³¹). In caso di mancata risposta, la parte interessata può chiedere che la corte emetta un « order compelling an answer »; e se anche quest'ordinanza rimarrà inosservata, non soltanto ciò « può essere considerato *contempt of court* », e potrà far luogo all'arresto della parte; ma la corte potrà altresì « prendere tutti quei provvedimenti che ritenga giusti », a sua discrezione, e così in fra l'altro potrà disporre che i fatti siano accettati così come allegati dalla parte interrogante; oppure proibire all'altra parte di addurre o di contestare date pretese (« to support or oppose designated claims or defenses »), o di produrre a prova certi documenti o altri mezzi di prova; o addirittura potrà dichiarare l'estinzione totale o parziale del processo, o la sua sospensione fintanto che l'ordine non sia eseguito, o rigettare la domanda, o emettere un giudizio « by default » contrario alla parte disobbediente (³²). Una gamma di poteri, come si vede, quasi illimitata: e nella quale può, tra parentesi, vedersi una delle molte smentite al corrente superficiale insegnamento di certa dottrina angloamericana, secondo cui il processo civile inglese e americano sarebbe di tipo dispositivo (o « contenzioso »), e in ciò nettamente si distinguerebbe da

which an admission is requested *shall be deemed admitted* » ecc.). Le spese per provare il fatto ricadranno inoltre sulla parte, la quale abbia risposto alla *request* negando, senza valide ragioni, la verità del fatto. Cfr. sull'argomento, anche per cenni storici e per riferimenti sui vari Stati americani che hanno adottato l'istituto, MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 216 ss.; ved. pure A. P. SERENI, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, p. 75; da ultimo E. C. CONRAD, *Modern trial evidence*, II, 1960 *Pocket Parts* (aggiornam. del vol. II), St. Paul, Minn., 1960, pp. 26 s. Per analogo istituto nell'ordinamento inglese, *supra*, § 3, nota 18.

È importante rilevare che anche nell'ordinamento americano, come in quello inglese (*supra*, § 3, nota 17), la *contra se declaratio* resa dalla *party as witness* non è considerata *formal admission*, ma mera *evidencial (informal) admission*, liberamente valutabile quindi dal giudice; cfr. ad es. RICHARDSON, *The law of evid.*⁸, cit., p. 274 in.; CONRAD, *Modern trial evidence*, I, cit., p. 369 testo e note 55-58 con riferimenti giurisprudenziali; e ved. *infra*, § 5 II.

(³¹) *Federal Rules*, Rule 36 (b).

(³²) *Federal Rules*, Rule 37 (applicabile anche per il caso di mancata ottemperanza all'ordine di produrre documenti o di sottoporre altre cose ad ispezione giudiziale ecc. ecc.). Cfr. MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 215 s. Per le analoghe disposizioni dell'ordinamento inglese, ved. *supra*, § 3, nota 16.

quello di tipo europeo-continentale, il quale, in considerazione dei più vasti (?!) poteri del giudice, viene affermato come di tipo « inquisitorio » ⁽³³⁾.

V. Ciò ch'è detto per la giurisdizione federale, potrebbe dunque, nelle sue grandi linee, ripetersi come ho avvertito per la maggioranza delle altre giurisdizioni: onde non val qui la pena d'insistere sulle molte ma normalmente non troppo profonde differenze locali, tanto più che quasi dovunque si ripresentano, per ciò che riguarda le soluzioni fondamentali, gli elementi del sistema inglese, a suo tempo più attentamente esaminato ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Ved. *infra*, § 5, testo e note 3 e 4. Chiunque abbia rapporti con studiosi e studenti anglosassoni, sa quanto sia diffusa una siffatta affermazione (vedila ad es. in McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 12), a principale ma fragile fondamento della quale viene addotto il fatto che l'esame dei testi nel processo inglese e americano è condotto dai difensori delle parti. In realtà l'affermazione è uno dei tanti esempi della insufficiente elaborazione scientifica della materia (un giurista americano, Albert A. EHRENZWEIG, ha recentemente scritto che è questo « forse l'unico campo » in cui gli Stati Uniti sono « quasi un secolo indietro » rispetto ad altri Paesi, cfr. EHRENZWEIG, recensione in « The Yale Law Journal », 69 [1959], p. 361). Ed è invece appena il caso di dire che, con riguardo alla direzione formale del processo, più « inquisitorio » è semmai il processo inglese e americano di quello italiano (né ciò rappresenta un punto di vantaggio per il nostro sistema!), ved. già *supra*, parte I, sez. I, § 9 V; che se poi si tien mente al principio inquisitorio inteso nel suo senso proprio o sostanziale (parte I, sez. II, cap. I, § 4), allora dovrà dirsi che nemmeno il processo di tipo austriaco e tedesco, e tanto meno quello italiano o francese, sono « inquisitori », per ciò che le domande, anche se poste ai testi dal giudice anziché dalle parti, non possono però mai oltrepassare i limiti segnati all'oggetto del giudizio dalla volontà delle parti, cfr. diffusamente il testé cit. cap. I della parte I, sez. II. Esempi di processi effettivamente a tipo inquisitorio son dati *infra*, sez. III, capp. IV-V.

⁽³⁴⁾ Ved. *supra*, §§ 2 e 3. Per quel che riguarda l'istituto della giuria in America, basti qui dire che le *Federal Rules of civil procedure*, non hanno importato alcun mutamento rispetto al tradizionale diritto, del resto costituzionalmente garantito, di ciascuna parte di chiedere in date materie il *trial by jury* rispetto a tutti o a taluni dei fatti *in issue* (*Rule 38*), col potere peraltro della corte di disporlo anche in mancanza di siffatta domanda di parte (*Rule 39*). Maggiori particolari posson vedersi ad es. in Arthur T. VANDERBILT, *Cases and other materials on modern procedure and judicial administration*, New York, 1952, pp. 711 ss., 1190 ss.; Delmar KARLEN, *Primer of procedure*, Madison, Wisconsin, 1950, pp. 57 ss.;

Rimane tuttavia qualche punto di distacco da questo sistema, e benché le difformità concernino gruppi di casi abbastanza eccezionali, esse, nel complesso, non mancano di un loro interesse e significato: non foss'altro perché dimostrano come in America, diversamente che in Inghilterra, il movimento riformatore, che pur è giunto alle stesse conclusioni (proposte e difese prima di tutti dal BENTHAM) per ciò che riguarda i problemi centrali in tema di utilizzazione del sapere delle parti, ancor oggi rimanga ancorato tuttavia, nonostante la serrata critica di tutti i più noti studiosi della materia, a qualche vecchio apriorismo e pregiudizio rispetto a talune (e specialmente a due) situazioni marginali.

a) La più importante di queste situazioni è quella, ch'è considerata dagli statuti cosiddetti « dell'uomo morto »: *dead man's statutes*. L'idea che sta alla base di queste leggi, è la seguente: che, in controversie relative a contratti o altri atti intervenuti fra due soggetti, uno dei quali al tempo del processo sia deceduto (o sia comunque incapace di rendere testimonianza), sarebbe iniquo ammettere la testimonianza del soggetto sopravvissuto, il quale verrebbe a trovarsi, in tale modo, in una posizione di ingiusto vantaggio. Non fu difficile, naturalmente, alla più seria dottrina ⁽³⁵⁾ di obbiettare che ammettere la testi-

E. CULLINAN e H. W. CLARK, *Preparation for trial of civil actions*², Philadelphia, Pa., 1953, pp. 69 ss.; ved. anche SERENI, *Aspetti ecc.*, cit., pp. 4 ss. Può osservarsi in generale che, benché anche negli U.S.A. sia avvertita una progressiva tendenza a sottoporre la decisione, non solo in materia civile ma anche in penale, al giudice senza giuria, ciò non di meno all'istituto della giuria si ricorre tuttora assai più di frequente di quel che non accada ormai nel processo civile inglese (*supra*, § 3, testo e nota 11), cfr. VANDERBILT, *Cases*, cit., p. 1194.

⁽³⁵⁾ Che si tratti di un pressoché unanime movimento dottrinale, attestano ora ad es. il FRYER, *Note on disqualification ecc.*, cit., p. 353, testo e nota 41, e il McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 143; ved. già MASON LADD, *The dead man statute: some further observations and a legislative proposal*, « Iowa Law Review », 26 (1941), p. 240. È significativo il fatto che un'eccezione recente, provenga proprio da uno degli Stati del sud, la Florida: cfr. R. H. LEE, *The dead man statute and the uniform rules of evidence*, « Miami Law Quarterly », 11, (1956-57), pp. 103 ss.

Le critiche dottrinali sono condivise da varie Corti, cfr. CONRAD, *Modern trial evidence*, II, cit., p. 239.

monianza del *survivor*, non significherebbe, automaticamente, dargli una posizione di privilegio: non solo egli sarebbe pur sempre sottoponibile alla *cross-examination*; ma in ogni caso giudici e giurati non mancherebbero di valutare adeguatamente anche quella circostanza, che si vorrebbe aprioristicamente considerare quale ragione di *exclusion*. Né difficile fu aggiungere che detta *exclusion*, escogitata al fine di non far luogo ad una presunta situazione di privilegio, finisce per far luogo effettivamente ad una siffatta situazione — a danno, anziché a vantaggio, del *survivor* — in tutti quei casi, in cui i fatti rilevanti siano a conoscenza del solo soggetto sopravvissuto. In tal senso, sostanzialmente, è impostata la critica della dottrina: dal WIGMORE⁽³⁶⁾, al MORGAN⁽³⁷⁾, al FRYER⁽³⁸⁾, al MCCORMICK⁽³⁹⁾, ecc. ecc.; ed alle stesse conclusioni son pervenuti tutti quei gruppi o centri di studio⁽⁴⁰⁾, che hanno raccomandato l'abolizione dei *dead man's statutes*. Ancor oggi, tuttavia, questi statuti permangono numerosi nelle varie giurisdizioni americane, e ciò nonostante che essi, com'è stato statisticamente provato⁽⁴¹⁾.

⁽³⁶⁾ WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., §§ 578 e 578 a, pp. 695 ss.

⁽³⁷⁾ Edmund M. MORGAN, *The law of evidence: some proposal for its reform*, in *Selected writings on the law of evidence and trial*, edited by FRYER, cit., pp. 354 ss.; ID., *Basic problems of evid.*, I, cit., pp. 84 s.

⁽³⁸⁾ FRYER, *Note on disqualif. ecc.*, cit., pp. 353 s.

⁽³⁹⁾ Ch. T. MCCORMICK, *Some high lights of the Uniform Evidence Rules*, nei citati *Selected writings* ed. by FRYER, pp. 1177 ss.; ID., *Handbook*, cit., pp. 142 s.

Cfr. pure, fra tanti, James H. CHADBURN, *History and Interpretation of the California Dead Man Statute: A Proposal for Liberalization*, « U.C.L.A. Law Review », 4 (1957), pp. 175 ss., spec. 209 ss.; R.R. RAY, *The dead man's statute: a relic of the past*, « Southwestern Law Journal », 10 (1956), pp. 390 ss.; Lloyd L. POSPISHIL, *The « dead man's statute » in Nebraska*, « Nebraska Law Review », 31 (1951), pp. 1 ss.; LADD, *The dead man statute ecc. cit.*, pp. 207 ss.; John A. CARPENTER, *The dead man's statute in Pennsylvania*, « Temple Law Quarterly », 32 (1958-59), pp. 399 ss.; J.H. BEUMER, *Alabama's « dead man » statute*, « Alabama Law Review », 8 (1955), p. 310.

⁽⁴⁰⁾ Il MORGAN, *Basic probl.*, I, cit., p. 85, ricorda il *Commonwealth Fund Committee*, l'*American Law Institute*, l'*American Bar Association*, e l'*Evidence Code Committee del Missouri Bar*.

⁽⁴¹⁾ Cfr. MORGAN, *The law of ev. ecc.*, cit., pp. 354 s.; ved. pure LADD, *The dead man stat. ecc.*, cit., p. 207; FRYER, *Note on disqualif. ecc.*, cit., p. 353 testo e nota 44; RAY, *The dead man's statute ecc.*, cit., pp. 390, 395.

a causa della loro varia formulazione e, in molti casi, non agevole interpretazione ed applicazione, siano fonte di assai numerose controversie, che spesso arrivano fino alla Corte Suprema, oltre ad essere fonte di assai probabili ingiustizie. Non si può tuttavia mancar di segnalare una sia pur lenta tendenza legislativa a tener conto delle critiche formulate dalla dottrina⁽⁴²⁾, nonché il fatto, che sia il *Model code of evidence*⁽⁴³⁾, sia le *Uniform Evidence Rules*⁽⁴⁴⁾, hanno autorevolmente proposto la soppressione di quel relitto di una concezione, ch'è ormai anche negli Stati Uniti d'America sostanzialmente superata.

(42) Cfr. McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 143, e *Some high lights* ecc., cit., p. 1178; FRYER, *Note on disqualif.*, cit., p. 353 testo e note 42 e 43; RAY, *The dead man's statute*, cit., pp. 397 s.; POSPISHIL, *The « dead man's statute »*, cit., p. 3; nonché la nota anonima in « *Minnesota Law Review* », 39 (1954-55), pp. 609-613; anche CONRAD, *Modern trial evid.*, II, cit., p. 240; TRACY, *Handbook of the law of evidence*, cit., p. 125. Al tempo in cui parti e terzi interessati furono, dalle varie legislazioni degli U.S.A., via via ammessi a rendere testimonianza, quasi tutti gli statuti escludevano però la testimonianza del *survivor*; oggi un certo gruppo di Stati ha ormai abolito siffatta *exclusion*, mentre altri ne hanno in vario modo diminuito la portata.

(43) Il *Model Code of Evidence* fu preparato e pubblicato nel 1942, a cura dell'*American Law Institute* che a tal fine aveva incaricato un comitato di studiosi (cfr. *Model code of evidence as adopted and promulgated by the American Law Institute*, Philadelphia, Pa., 1942). E esso però, nonostante la sua grande autorità (specie, ma non soltanto, negli ambienti universitari) per la fonte da cui proveniva, non fu mai accolto come legge da nessuno degli Stati della Federazione. Per la proposta abolizione, in linea di principio, di tutte le « *disqualifications and privileges of witnesses* » nonché di ogni « *exclusionary rule* », cfr. la *Rule 9* (*op. cit.*, pp. 86 s.), e la *Rule 101* (pp. 91 ss.); s'intende che il *Model code* confermava l'ammissibilità della testimonianza delle parti e terzi interessati.

(44) Le *Uniform Rules of Evidence* furono il frutto della rielaborazione del *Model Code of Evidence*; esse sono state approvate nel 1953 dalla *National conference of Commissioners on Uniform State Laws* (cfr. *Handbook of the national conference of commissioners on uniform State Laws and Proceedings of the annual conference meeting in its 62nd year*, Boston, Mass., 1953, p. 102), nonché dall'*American Bar Association*, e nel 1954 dall'*American Law Institute*. Cfr. maggiori particolari in SPENCER A. GARD, *The new uniform rules of evidence*, in *Selected writings* ecc. edited by FRYER, cit., pp. 1168 ss., e in McCORMICK, *Some high lights* ecc., cit., pp. 1174 s. Le *Rules* sono riportate nel testé citato *Handbook of the nat. conf.* pp. 164 ss.; la « *general abolition of disqualifications and privileges of witnesses, and of exclusionary rules* », è proposta dalla *Rule 7*; ved. anche la *Rule 17*.

VI. b) Ricorderò ancora un secondo relitto, che riguarda la testimonianza del coniuge della parte. Abbiamo visto come, in Inghilterra, il coniuge della parte fin dal 1853 sia considerato, nelle cause civili, *competent e compellable witness* (*supra*, § 2 III *in fine*), salvo per ciò che riguarda le « comunicazioni confidenziali », rispetto alle quali permane un *privilege*, peraltro unilateralmente rinunziabile, a favore del coniuge al quale la comunicazione sia stata resa ⁽⁴⁵⁾.

Nel sistema statunitense può generalmente rilevarsi che, seppure la maggior parte delle giurisdizioni hanno ormai seguito l'esempio inglese, abolendo da un lato la generale « incompetenza » del coniuge a render testimonianza, e conservando, dall'altro lato, il testé ricordato (ma invero, praticamente assai poco rilevante, e restrittivamente inteso) *privilege* riguardo alle comunicazioni confidenziali ⁽⁴⁶⁾; qualche altra giurisdizione, invece, è fino ad oggi rimasta ancorata almeno in parte alla vecchia *common law rule*, se non proprio in generale escludendo la testimonianza del coniuge della parte, per lo meno estendendo enormemente la portata del « privilege » relativo alle comunicazioni confidenziali tra i coniugi ⁽⁴⁷⁾. È inutile dire che anche questo « arcaismo », con tutte le confusioni e incoerenze che si connettono alla sua pratica applicazione, è combattuto dalla dominante dottrina ⁽⁴⁸⁾, ed è stato condan-

⁽⁴⁵⁾ *Supra*, § 2, testo e nota 22.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 144, 145, 168 ss.; MORGAN, *Basic problems*, I, cit., pp. 86 ss., 91 ss.; FRYER, *Note on disqualification ecc.*, cit., p. 352; RICHARDSON, *The law of evidence*⁸, cit., pp. 448 ss.; CONRAD, *Mod. trial evidence*, II, cit., pp. 218 ss., 263 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. per tutti MORGAN, *Basic problems*, I, cit., pp. 87 ss., 92 s. (nel Tennessee, ad es., il *privilege* copre « any matter that occurred between the spouses »; altri statuti, non meno genericamente escludono la prova di « ogni atto compiuto da un coniuge in presenza dell'altro »; e così via).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. per tanti ultimamente McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 144 s., che parla di un « archaic survival of a mystical religious dogma [quello, secondo cui gli sposi sarebbero *duae animae in carne una*] and of a way of thinking about the marital relation, which are today outmoded »; MORGAN, *Basic problems*, I, cit.,

nato vuoi dal *Model code* del 1942 ⁽⁴⁹⁾, vuoi dalle *Uniform rules* del 1953 ⁽⁵⁰⁾.

§ 5. *La tecnica e gli effetti della cross-examination, e il successo pratico delle riferite riforme legislative inglesi e nordamericane.*

I. Libri interi sono stati scritti sulla tecnica e sulla struttura della *cross-examination* ⁽¹⁾, ma, agli effetti della presente ricerca, il principale aspetto strutturale dell'istituto che va sot-

pp. 85 ss., spec. 93; ved. già WIGMORE, *A treatise*³, VIII, cit., § 2228, pp. 224 ss.; Robert M. HUTCHINS e Donald SCHLESINGER, *Some observations on the law of evidence: family relations*, « Minnesota Law Review », 13 (1929), pp. 675 ss., spec. 677 ss. (contrari al diritto di segreto anche strettamente limitato alle comunicazioni confidenziali); ecc. ecc.

Dei vecchi maestri del movimento riformatore, né BENTHAM, né LIVINGSTON ammettevano la *exclusion* della testimonianza del coniuge della parte, cfr. la relazione ufficiale al § 1710 del *Code of civil procedure of the State of New York* (1850), cfr. *supra* § 2 nota 15, p. 727.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. il *Model code of evidence*, Rules 214 ss., nonché il commento a dette Rules (*op. cit.*, p. 153).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. la Rule 28 e il commento ad essa relativo (*Handbook of the nat. conference*, cit., pp. 182 s.). A titolo di curiosità si può segnalare un ulteriore arcaismo, radicato, questa volta, addirittura nella Costituzione federale americana del 1789. L'art. 3, sez. 3 di quella Costituzione, accoglie infatti la vecchia regola *testis unus testis nullus* quanto alla imputazione di tradimento («no person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses ecc. »).

⁽¹⁾ Cfr. ad es. J.K. CLARK, *Preparation of cross-examination*, e W.H. GALLAGHER, *Technique of cross-examination*, studi raccolti in un volume delle « Trial Practice Series » (Roscoe POUND, *General Editor*), New York, 1955; H.S. BODIN, *Principles of cross-examination* (nelle stesse « Trial Practice Series »), New York, 1955; F.J. WROTTESELEY, *The examination of witnesses in court*², London, 1926; F.L. WELLMAN, *The art of cross-examination*⁴, New York, 1957. Posson vedersi pure W.R. LORRY, *A civil action. The trial*, Philadelphia, Pa., 1955, pp. 59 ss.; Ch. T. McCORMICK, *The scope and art of cross-examination*, in *Selected writings* ecc. edited by FRYER, cit., pp. 388 ss.; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 571 ss.; POWELL's *Principles*¹⁰, cit., pp. 456 ss.; J.W. DONOVAN, *Tact in court*⁶, London, 1915, pp. 80 ss.; KARLEN, *Primer of procedure*, cit., pp. 67 ss.; A.M. WILSHERE, *The outlines of procedure in an action in the King's Bench Division*⁴, London, 1930, pp. 149 ss.; CONRAD, *Mod. trial evid.*, II, cit., pp. 328 ss.; ODGERS' *Principles*¹⁶, cit., pp. 307 ss.; R. E. KEETON, *Trial tactics and methods*, Boston-Toronto, 1954; ecc. ecc.

tolineato è il fatto che l'esame dei testi (e quindi anche delle parti « as witnesses »), svolgentesi come s'è detto, per regola fondamentale e solo in eccezionalissimi casi derogabile, oralmente all'udienza di dibattimento (« in open court ») ⁽²⁾, è condotto principalmente dalla difesa delle parti, anziché direttamente dal giudice; ond'esso costituisce il perno di quella, che la dottrina anglosassone chiama « adversary » o « contentious theory of litigation » ⁽³⁾, contrapposta ai sistemi europei continentali da essa considerati, in verità senza profonde ragioni, come inquisitori ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Per le eccezioni alla regola, cfr. per tutti NOKES, *An introd. to evid.* ², cit., pp. 364 s. e luoghi ivi richiamati; CROSS, *Evidence*, cit., pp. 190 s.; per l'ordinamento federale americano, cfr. particolarmente la Rule 26 (d. 3) delle *Federal rules of civ. procedure*; ved. pure K.M. NEWMAN, *Das englisch-amerikanische Beweisrecht*, Heidelberg, s.d. [ma 1949], pp. 87 ss.

⁽³⁾ Cfr. per tanti MORGAN, *Basic problems*, I, cit., p. 60; McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 12, 503; CONRAD, *Modern trial evid.*, I, cit., p. V, e II, cit., p. 334; ved. in argom. anche GORLA, *Il contratto*, II, cit., p. X, e SERENI, *Aspetti ecc.*, cit., p. 14. Sui limiti di quel sistema, conseguenti ai vasti poteri giudiziali di direzione formale del processo in genere, e del *trial* in ispecie, cfr. ad es. VANDERBILT, *Cases ecc.*, cit., pp. 748 s.

⁽⁴⁾ Ved. *supra*, § 4, testo e nota 33. — Certo il fatto, che l'interrogatorio dei testi sia condotto dai difensori delle parti, può contribuire a mantenere il giudice « fuori della mischia », così come può d'altro lato rendere in molti casi più efficace l'istituto stesso, nella vivacità polemica dell'interrogatorio incrociato, tanto più se si pensa che nessuno meglio delle parti stesse, e quindi dei difensori delle parti, potrebbe trovare le domande idonee a smascherare falsità o reticenze, a mettere in chiaro dimenticanze o inesattezze del teste, e via discorrendo. D'altro canto bisogna però tener anche presente che la diversa abilità dei difensori delle parti, differenza che può accentuarsi soprattutto nella lite tra persone di diversa forza economica, può rendere ineffettiva la situazione di uguaglianza delle parti in un sistema, nel quale il giudice non abbia, oltre a un potere di direzione *formale*, anche un potere di direzione *materiale* del processo, potere che si esprime soprattutto in una possibilità di interrogazione (*supra*, parte I, sez. I, § 4; e cfr. il brano di R. WHITEHEAD riportato in H. S. BODIN, *Marshalling the evidence*, in *Selected writings ecc.* edited by FRYER, cit., p. 12 in nota). In realtà è proprio la mancanza, *de facto* se non anche *de jure* (*infra*, nota 10), di un siffatto potere giudiziale di direzione materiale, unita alla mancanza di un efficiente sistema di « gratuito patrocinio » e alla spesso sproporzionata costosità dei processi, ciò che distingue il processo americano (più ancora che quello inglese) dal processo, non dirò europeo-continentale, ma soprattutto austriaco e tedesco nonché dei Paesi, che ne hanno seguito l'esempio. Si capisce pertanto come sia ora proprio un

La tecnica dell'istituto è, nelle sue linee fondamentali, abbastanza semplice. I testi dedotti dalle parti — e così anche la parte stessa, che deduce a prova la sua propria testimonianza o che è stata indotta a testimoniare dalla parte avversaria ⁽⁵⁾ —, rendono la loro deposizione previo giuramento promissorio, o affermazione solenne ⁽⁶⁾, di dire la verità ⁽⁷⁾. Le domande sono

insigne studioso americano di origine austriaca, Albert A. EHRENZWEIG, a scrivere che il più importante messaggio, che lo studioso di diritto comparato ha il compito di diffondere negli Stati Uniti, è il fatto che « even in the most dictatorial country of the civil-law orbit, the "little man", in many ways, has had access to the judge and justice more readily and more effectively than in this country », cfr. la recensione a Rudolf B. SCHLESINGER, in « The Yale Law Journal », 69 (1959), p. 363; quanto all'inefficienza del gratuito patrocinio, oltre all'EHRENZWEIG si veda E. ROBERG DE LAURENTIIS, *La difesa del povero in America*, Milano, 1957; e sulla costosità del processo civile inglese, assai superiore a quella del processo francese, HAMSON, *Civil procedure in France and in England*, cit., p. 418.

Vedremo nel seguito dell'indagine, come non sia poi nemmeno del tutto esatto ritenere che l'interrogatorio delle parti e dei testi nei sistemi europei continentali sempre si svolga attraverso domande rivolte soltanto dal giudice. Qui ricorderò che la tecnica della *cross-examination* può trovare dei precedenti antichi, sia nel processo romano della *extraordinaria cognitio* (cfr. il mio studio su *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, « Riv. trim. di dir. e proc. civ. », 1955, p. 1160, nota 15 con riferimento a L. WENGER), sia nel processo italiano-canonico se debbo credere a ciò che leggo nella *Summa* MAGISTRI DAMASI Bononiae composita, de ordine iudiciario, tit. 32 (vedilo nella raccolta di A. WUNDERLICH, *Anecdota quae processum civilem spectant*, Gottingae, 1841, pp. 76 s.; o nelle *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, Herausgegeben von L. WAHRMUND, IV. Band, Heft IV.: *Die « Summa de ordine iudiciario » des Magister Damasus*, Innsbruck, 1926, p. 26), dov'è detto che non soltanto « potest fieri interrogatio a iudice », ma « potest etiam fieri a partibus, ita, quod reus interrogabit actorem et actor reum », e soprattutto « potest etiam advocatus rei interrogare actorem et advocatus actoris reum », allo scopo di indurre la parte avversaria alla confessione. Aggiungerò per finire che in argomento la soluzione migliore mi sembra essere quella che, in Italia, fu proposta dal CHIOVENDA (cfr. gli artt. 41 e 137 del *Progetto di riforma del procedimento civile*, nei *Saggi di diritto processuale civile* di G. CHIOVENDA, II, Roma, 1931, pp. 129, 166) e che prevedeva sia un « libero interrogatorio » incrociato delle parti fra di loro, controllato dal giudice, sia un potere del giudice stesso di interrogare le parti « liberamente ».

⁽⁵⁾ « La parte che rende testimonianza è posta dalla legge nella stessa identica situazione degli altri testi », cfr. per tanti B.W. JONES, *The law of evidence in civil cases*, 3ª ed. a cura di W.C. JONES, San Francisco, 1924, pp. 1114 s.; CONRAD, *Modern trial evid.*, II, cit., p. 335.

⁽⁶⁾ Cfr. per l'ordinamento federale americano *supra*, § 4, testo e nota 29; per l'analoga norma nell'ordinamento inglese, cfr. POWELL'S *Principles*¹⁰, cit.,

rivolte anzitutto dalla difesa della parte, che ha dedotto il teste in previsione di assolvere colla sua testimonianza il proprio *onus probandi* (*direct examination*, o *examination in chief*), quindi dalla difesa avversaria (*cross-examination*), con possibilità di una *re-examination* e di una *re-cross-examination* ⁽⁸⁾. Il giudice (c.d. *trial judge*) può egli stesso, purché si mantenga nell'ambito delle *issues* ⁽⁹⁾, rivolgere domande, specie allo scopo di chiarire

pp. 188 s.; PHIPSON, *On the law of evid.*³, cit., pp. 480 ss.; NOKES, *An introduct. to evid.*², cit., pp. 360 ss. Ciò che più importa, è che le conseguenze penali non cambiano: anche la falsa testimonianza resa su « affermazione solenne », è punibile come *spergiuro*, cfr. per tutti NOKES, *op. ult. cit.*, p. 364.

(7) Nulla esclude nel sistema anglosassone, diversamente che nel sistema austriaco (*infra*, sez. II, § 4 V cc e § 6), che, entrambe le parti essendo state sentite come testi *in causa propria*, si abbiano due contrastanti affermazioni giurate delle parti stesse (e tuttavia le statistiche, fin dai primi decenni successivi all'ammisione della testimonianza delle parti e dei terzi interessati, hanno smentito le previsioni di chi riteneva che l'innovazione avrebbe moltiplicato i reati di *spergiuro*: ved. i dati riportati, per gli anni 1875-1894, in PRETTENHOFER, *op. cit.*, p. 37 testo e nota 65). Anche in tal caso la corte (o la giuria) sarà pienamente libera nella valutazione della testimonianza; e così non c'è dubbio alcuno (cfr. in tal senso, per tanti altri, e sulla scorta della giurisprudenza inglese, già VON CANSTEIN, *Gutachten* ecc., cit., pp. 58 s.), che il giudice potrà ritenere provato il fatto anche sulla sola base della testimonianza, resa dalla parte *portante l'onere della prova*, seppure contrastata dalla testimonianza della parte avversa: purché, naturalmente, la prima testimonianza sia ritenuta convincente, ché altrimenti la questione di fatto dovrà essere risolta in favore della parte non onerata, cfr. PRETTENHOFER, *op. cit.*, p. 37. — Cfr. sull'obbligo di verità delle parti nel processo civile inglese, obbligo ch'è « configurato in maniera ancor più penetrante che nel processo austriaco », ABEL e BRESCH, *Grundsätze* ecc., cit., p. 14.

(8) La *cross-examination* potrà non limitarsi ai fatti *in issue* o a quelli direttamente rilevanti rispetto ai fatti *in issue*, ma estendersi anche a fatti (indirettamente rilevanti), i quali possano incidere sulla credibilità del teste ossia sulla (libera) valutazione della sua testimonianza, e così in fra l'altro fatti attinenti all'eventuale interesse del teste rispetto all'esito del giudizio, ai rapporti di parentela, amicizia, inimicizia ecc. del teste colla parte, alla sua reputazione, condanne per falso, buona o cattiva memoria, vizî mentali ecc. ecc.; cfr. WILSHIRE, *The outlines*⁴, cit., p. 151; KARLEN, *Primer of proced.*, cit., p. 67; BODIN, *Principles of cross-examination*, cit., pp. 50 ss.; RICHARDSON, *The law of evid.*³, cit., pp. 486 ss.; CONRAD, *Mod. trial evid.*, II, cit., pp. 301 ss., 343 s.

(9) Cfr., ultimamente, M.S. WHALEY, *Handbook on South Carolina evidence*, in « South Carolina Law Quarterly », 9 (*Supplement*, 1957), pp. 17 s. Il limite di cui si parla nel testo, che è poi quello stesso da noi segnalato come imprescindibile conseguenza della disponibilità dell'oggetto dedotto in giudizio (cfr. la

a sé o ai giurati le deposizioni rese dal teste, ma anche al fine di integrare le domande rivolte dai difensori ⁽¹⁰⁾; ma il suo compito è soprattutto quello di controllare, spesso con ampii poteri discrezionali, la regolarità dello svolgimento dell'esame, e così su eccezione di parte di bloccare, nei limiti in cui sono vietate, le domande tendenziose (*leading questions*) ⁽¹¹⁾, o le domande

parte I, sez. II, cap. I), andrebbe peraltro precisato nel senso che anche fatti diversi da quelli *in issue* possono esser fatti oggetto di interrogazioni, purché sieno indirettamente rilevanti rispetto agli ultimi: ved. la nota precedente.

⁽¹⁰⁾ Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, III, Boston, 1940, pp. 151 ss., e IX, Boston, 1940, pp. 267 ss.; McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 12 s.; PHIPSON, *On the law of evid.*⁹, cit., pp. 506 s.; POWELL's *Principles*¹⁰, cit., p. 471; CONRAD, *Mod. trial evid.*, II, cit., pp. 333 ss. Il potere giudiziale di supplire alle difettose domande degli avvocati — potere che è affermato, altresì, come un dovere (cfr. McCORMICK, *op. cit.*, p. 12) e può consistere finanche nella posizione da parte del giudice di *leading questions* (cfr. RICHARDSON, *The law of evid.*⁸, cit., p. 481) —, è in realtà assai scarsamente esercitato dai giudici anglosassoni, specie da quelli americani, come lamenta il WIGMORE, *op. cit.*³, III, pp. 152 s. Conserva quindi fondamento la critica testé svolta nella nota 4.

Entrambi, WIGMORE (*A treatise*³, IX, cit., pp. 268 s. testo e nota) e McCORMICK (*Handbook*, cit., p. 14), affermano altresì un potere giudiziale di indurre testi senza istanza di parte: la tesi, per quanto riguarda il processo civile, è però sempre stata scarsamente seguita dalla giurisprudenza (ved. qualche riferimento in CONRAD, *Mod. trial evid.*, II, 1960 *Pock. Parts*, cit., p. 113), ed è stata smentita dalla *Court of appeal* inglese, cfr. PHIPSON, *On the law of evid.*⁹, cit., pp. 506 s., e lo stesso WIGMORE, *op. et loc. ult. cit.* Può ritenersi pertanto che trovi ancor oggi giustificazione la diffusa affermazione, che nel processo civile inglese e americano rimane *de facto* in vigore, più che non possa dirsi per il processo europeo-continentale e specialmente per quelli austriaco e tedesco, il principio della « disponibilità delle prove », anche se questo principio è però temperato dagli straordinari poteri che nella ricerca della verità hanno le parti stesse, e in sede di controllo e di coercizione anche il giudice, e che si esprimono soprattutto negli istituti del *discovery of facts*, del *discovery of documents and other things* e della *cross-examination* (ved. *supra*, § 4, IV *in fine*): poteri, si noti, cui si aggiungono precisi doveri, come l'obbligo sanzionato anche penalmente di rispondere veridicamente alle interrogazioni scritte e orali, di produrre i documenti richiesti, ecc. ecc.

⁽¹¹⁾ Le *leading questions*, ossia quelle che implicitamente suggeriscono al teste una data risposta, sono normalmente vietate solo in sede di *direct examination* e di *re-examination* — salvo che il teste sia considerato « avverso » —, non anche in sede di *cross* e di *re-cross-examination*. Cfr. per l'ordinamento americano ad es. MORGAN, *Basic problems*, I, cit., pp. 52 s.; RICHARDSON, *The law of evid.*⁸, cit., pp. 477 ss.; KARLEN, *Primer of procedure*, cit., p. 67; e per l'ordinamento inglese, la voce *Evidence* [a cura di A. CAIRNS, C.A. COLLINGWOOD, A. LESLIE, F. GAHAN,

irrilevanti, o le domande attinenti a fatti rispetto ai quali il teste abbia un diritto al segreto (in particolare, oltre ai fatti che importerebbero « auto-incriminazione » del teste, le *confidential communications* privilegiate quali son quelle, di cui s'è detto nel paragr. preced., *sub* VI ⁽¹²⁾), o ancora le domande che si manifestino in conflitto con la *hearsay rule*, o coll'*opinion rule*, o con la *best evidence rule* ⁽¹³⁾, e così via discorrendo.

II. Diversamente da ciò che accade, per le ragioni ampiamente considerate nella prima parte di questo lavoro (parte I, sez. I, spec. §§ 1, 4-5, 15 ss.), nell'ordinamento italiano rispetto all'istituto dell'interrogatorio libero della parte — la cui natura probatoria è, senza dubbio, per lo meno discutibile —; nessuna incertezza può invece esistere sulla natura schiettamente probatoria dell'istituto anglosassone della *cross-examination*, quando anche si riferisca alle parti in causa. Esso è unanimemente considerato come di gran lunga il principale mezzo di prova,

H. BAWN, A.H. COLTART e Ph. F. SKOTTOWE] nell'*English and Empire Digest*, Replacement volume 22, London, 1953, p. 456 *sub* n. 4997; WILSHIRE, *The outlines*⁴, cit., pp. 149 s., 151; PHIPSON, *On the law of evid.*⁵, cit., pp. 489 ss., 498.

⁽¹²⁾ Altre comunicazioni confidenziali « privilegiate », ossia costituenti materia di *privilege* onde il soggetto ne può rifiutare la testimonianza, sono quelle del cliente al difensore legale, del penitente al confessore, del paziente al medico ecc., cfr. per tanti ad es. TRACY, *Handbook*, cit., pp. 133 ss.

⁽¹³⁾ Non parlerò qui di quelle tre *rules* che, del sistema probatorio anglosassone, costituiscono forse per lo studioso europeo il capitolo più arduo e, nella pratica forense, il più dibattuto. Basti qui dire che la *hearsay rule* è sostanzialmente intesa ad evitare che siano ammesse come prove le dichiarazioni di verità, rese fuori del dibattimento e quindi senza le garanzie della « *viva voce examination in open court* »; la *opinion rule* è intesa a indurre il teste a dire ciò che ha visto e udito, piuttosto che ciò che opina; e finalmente la *best evidence rule* è intesa ad evitare che, in dati casi, la prova del contenuto di una scrittura sia data in altro modo che colla produzione, in quanto possibile, della scrittura medesima. Cfr. in argomento le concise ma perspicue osservazioni del KARLEN, *Primer of procedure*, cit., pp. 68-71; ved. anche CROSS, *Evidence*, cit., pp. 3 s., 10 ss., 338 ss.; più diffusamente ad es. RICHARDSON, *The law of evidence*⁸, cit., pp. 182 ss., 346 ss., 529 ss.; J. MacArthur MAGUIRE, *Evidence. Common sense and common law*, Chicago, 1947, pp. 9 ss.

inteso appunto a far luogo alla testimonianza dei terzi e delle parti ⁽¹⁴⁾.

Gli effetti probatori dell'esame sono liberamente valutati dal giudice (o dai giurati). Nessuna regola numerica e aprioristica vincola, in linea di principio e salvo rarissimi e del tutto marginali casi previsti dalla legge, quella libertà di valutazione: onde può senz'altro accadere che anche la sola *pro se declaratio* di una parte sia considerata, date le circostanze del caso, come prova sufficiente del fatto *in issue*. Né alcun effetto necessariamente vincolante si fa discendere dalla eventuale *contra se declaratio*. Che questa sia *de facto* considerata come prova sufficiente tutte le volte che, nel corso del *trial*, sia rimasta non contraddetta, è cosa ben comprensibile; si nega però che, dopo aver reso quella dichiarazione, la parte stessa non sia ammessa a contraddirla, con la sua propria testimonianza o colla testimonianza altrui o con altro mezzo di prova ⁽¹⁵⁾.

III. Del pieno successo ottenuto, negli ordinamenti inglese ed americano, dalle riforme che siamo andati studiando

⁽¹⁴⁾ Della *cross-examination* dice ad es. il WIGMORE, *A treatise*³, V, Boston, 1940, p. 29, ch'essa « è, fuor di ogni dubbio, il più grande strumento legale che mai sia stato inventato per la scoperta della verità »; identico giudizio in RICHARDSON, *The law of evid.*⁴, cit., p. 482; in TRACY, *Handbook of the law of evid.*, cit., p. 174; ecc.

⁽¹⁵⁾ Cfr. per tanti, oltre al RICHARDSON ed al CONRAD citati *supra*, § 4, nota 30 *in fine*, WIGMORE, *A treatise*³, IX, cit., § 2594 *a*, pp. 597 ss.; e specialmente MCCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 513-516. Quest'autore spiega le ragioni per cui sono preferibili la dottrina e la giurisprudenza tradizionali, che nelle *contra se declarationes* rese dalla parte in sede di *cross-examination* non ravvisano confessioni vincolanti e incontrovertibili — « *formal (judicial) admissions* » —, sibbene pure e semplici « *evidential admissions* », che ammettono prova contraria: ved. *supra*, nel precedente paragr., nota 30 anche per le precisazioni terminologiche, nonché § 3 testo e nota 17 per analoghe considerazioni nella dottrina inglese. Va comunque rilevato che anche la diversa tesi accolta da talune Corti e da qualche autore (veggasi ad es. TRACY, *Handbook*, cit., pp. 9 s., il quale peraltro sembra poi radicalmente cambiare idea a pp. 13-15), che ravvisa invece in quelle dichiarazioni vere e proprie « *judicial (formal) admissions* », è poi assoggettata a tali e tante limitazioni (vedile in MCCORMICK, *op. cit.*, p. 515), per cui le due tesi non risultano, alla fine dei conti, troppo discordanti nei loro pratici effetti.

e in particolare a) dalla abolizione del vecchio principio escludente la parte ed i terzi interessati dal novero dei testi; e b) dalla piena valorizzazione dell'istituto della « *viva voce examination in open court* », nessuno può seriamente dubitare. Bastino qui poche testimonianze.

Fin dai primissimi anni era diffusa la ben giustificata consapevolezza, che si trattava di riforme di grande e rivoluzionaria portata: del « Lord Denman's Act » del 1843, Lord BROUGHAM ebbe a dire che si trattava « della più grande riforma attuata in tema di procedura » negli ultimi due secoli ⁽¹⁶⁾; mentre del *Lord Brougham's Bill* il quale, quando fu approvato nel 1851 dal potere legislativo nonostante le vivaci opposizioni, costituì quel « Lord Brougham's Act » di cui abbiamo a suo tempo diffusamente parlato, Lord John CAMPBELL, che ne fu uno dei più autorevoli difensori, ebbe a scrivere che, « se sarà approvato, creerà una nuova èra nell'amministrazione della giustizia in questo Paese » ⁽¹⁷⁾.

Subito rilevati e generalmente riconosciuti furono l'opportunità e il successo delle riforme. Oltre a quanto a suo tempo s'è riferito ⁽¹⁸⁾, ricorderò, a titolo di esempio, la relazione redatta nel 1853 dagli « English Common Law Practice Commissioners », che di quel successo davano piena attestazione ⁽¹⁹⁾; nonché il parere che può leggersi, a proposito dell'attuazione dello statuto che, nel 1849, aboliva nel Connecticut la *disqualification* delle parti e dei terzi interessati ⁽²⁰⁾, nella relazione al § 1708 del *Code of civil procedure* dello Stato di New York ⁽²¹⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. il brano riportato in WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 690.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ancora WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 239 testo e nota 7, e II, cit., p. 692. Lo stesso Lord CAMPBELL scrisse, nel 1854, che il nuovo sistema, « il quale in realtà costituisce una rivoluzione giuridica, si è ormai consolidato e tutti lo accettano tranquillamente », cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 239 in nota.

⁽¹⁸⁾ *Supra*, § 2, testo e nota 15.

⁽¹⁹⁾ Cfr. il brano riportato in WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 689.

⁽²⁰⁾ *Supra*, § 4, testo e nota 17.

⁽²¹⁾ Il parere, redatto dal MCCURDY (Ch. J.), è riportato in *The code of civ. proc. of the State of New York* (1850), cit. *supra*, § 2 nota 15, p. 716.

Ma la serie delle testimonianze potrebbe prolungarsi pressoché senza fine: dal WADDILOVE, che nel 1864 scriveva essere « ammesso da tutti » il fatto che le riforme in parola comportarono un importantissimo « miglioramento », perché hanno reso più sicuro l'ottenimento di una decisione basata su « verità e imparzialità » ⁽²²⁾; a John Forrest DILLON, il quale nel 1894 scriveva essere « giudizio universale » il fatto che gli statuti, che in Inghilterra ed in America ammisero la libera testimonianza delle parti e dei terzi interessati, importarono « cambiamenti tra i più utili e importanti che mai siano avvenuti, rispetto all'amministrazione della giustizia, nel sistema legale » di quei Paesi ⁽²³⁾; al WIGMORE, che delle riforme processuali attuate in Inghilterra intorno alla metà dell'ottocento sulla linea del pensiero benthamiano, parlava come di « epoch-making deliverances of the century », le quali, se non fossero state concesse come « riforme », sarebbero sopravvenute in forza di « rivoluzione », perciò che rispondevano a imprescindibili e ormai generalmente sentite esigenze di giustizia ⁽²⁴⁾; per giungere infine al giudizio unanime degli studiosi più recenti: dal CROSS al NOKES in Inghilterra, dal MORGAN al MCCORMICK in America ⁽²⁵⁾, e

⁽²²⁾ WADDILOVE, *On the amendment ecc.*, cit., pp. 3, 7 in.

⁽²³⁾ DILLON, *The Laws and Jurisprudence ecc.*, cit., pp. 340 s. — Analogo apprezzamento può leggersi nel noto libro sulle prove di Edmund POWELL, cfr. POWELL's *Principles and practice of the law of evidence*¹⁰, cit., pp. 170 s., dove, a proposito delle riforme avvenute fra il 1843 e il 1851, è scritto che « probabilmente in nessuna branca del nostro ordinamento sono avvenute trasformazioni più importanti e più benefiche di quelle che sono state apportate in questa parte [relativa alla competency dei testi] della legge sulle prove ».

⁽²⁴⁾ *A treatise*³, I, cit., pp. 239, 240.

⁽²⁵⁾ Cfr. CROSS, *Evidence*, cit., p. 169 i.f., dove è detto essere « indubitabile » il « benefico » effetto della riforma del 1851, che ha ammesso la testimonianza delle parti; NOKES, *An introduct. to evidence*², cit., p. 350, che accenna agli abusi del vecchio sistema; ved. anche ad es. HAMSON, *Civ. procedure in France and England*, cit., *passim*; inoltre MORGAN, *Basic problems of evidence*, I, cit., p. 83; MCCORMICK, *Handbook*, cit., p. 142 (ove può leggersi in fra l'altro che « l'intollerabile assurdità della norma che escludeva la testimonianza per interesse [del

tanti altri ancora che non è qui possibile di menzionare ⁽²⁵⁾.

La testimonianza più sicura è data, del resto, ancora una volta dalla storia degli istituti: lo studio della quale come s'è visto ha dimostrato una ancor oggi vitale, progressiva tendenza del sistema probatorio anglosassone, a liberarsi sempre più integralmente delle vecchie strutture — « privilegi », « esclusioni », aprioristiche vincolanti valutazioni legali —, non tanto mediante la introduzione di nuovi istituti, quanto attraverso la trasformazione dei vecchi, la loro diversa valorizzazione, la loro accettazione come istituti generali anziché semplicemente particolari, e via scorrendo. È così che abbiām visto l'antico istituto del processo italiano-canonico — l'*interrogatio per positiones*, discendente essa stessa del resto dalla romana *interrogatio in iure* —, divenire, nell'ordinamento anglosassone, da istituto limitato ai processi delle corti di *equity*, istituto di portata generale (*discovery by interrogatories*), con funzione peraltro piuttosto chiarificatoria e preparatoria del dibattimento, che veramente probatoria; mentre quell'altro istituto, la « *viva voce examination* » dei testi « in open court », istituto originariamente limitato alle corti di *common law* e ristretto ai terzi non interessati, s'è visto espandersi in doppio senso, in superficie, con la sua estensione ad ogni processo, ed in profondità, col tra-

terzo o della parte], rende ai nostri occhi quasi incredibile il fatto che detta norma abbia potuto restare in forza, in Inghilterra, fino alla metà del XIX secolo, e in questo Paese [gli U.S.A.] fino a che la riforma inglese è stata accettata dai vari Stati »); ved. anche ad es. Rudolf B. SCHLESINGER, *Comparative law*², Brooklyn, 1959, pp. 219 s., 224 s.; RAY, *The dead man's statute* ecc., cit., p. 390; tra i pratici, cfr. ad es. CARPENTER, *The dead man's statute in Pennsylvania*, cit., p. 410, che riferisce il parere per cui « nessuno, oggigiorno, penserebbe di escludere la testimonianza delle parti ».

(²⁶) Mi limiterò a ricordare ancora, oltre a quanto scrive oggi in America il TRACY, *Handbook*, cit., pp. 122 s. sul fatto che « generazioni di esperienza » hanno dimostrato la opportunità di abolire le vecchie *rules of exclusion*, l'opinione di un comparatista inglese, Oliver E. BODINGTON, *An outline of the French law of evidence*, London, 1904, pp. 128 s., il quale affermava essere fuori discussione « la superiorità del sistema inglese [rispetto a quello francese] per ciò che attiene ai mezzi di ricerca della verità ». Ved. anche *supra*, in questo paragr., nota 14.

volgimento delle *disqualifications* dei terzi interessati e delle parti.

Passeremo ora allo studio di analoghe trasformazioni nella storia moderna del sistema probatorio di altri ordinamenti: trasformazioni diverse per i particolari e, a volte, anche per gli istituti sui quali esse han fatto leva — non incontreremo, ad esempio, l'*interrogatio per positiones* negli ordinamenti dei Paesi di lingua tedesca —, ma analoghe sempre, come ho avvertito fin dall'inizio di questo capitolo, per la loro fondamentale ragione di essere. La quale ragione, non bisogna stancarsi di sottolineare, trova le sue origini in una mutata concezione della sentenza e della sua genesi logica, e più in generale in una rinnovata metodologia del pensiero: non più ancorato ad aprioristici meccanici sillogismi, ma scaturente da una diretta spregiudicata osservazione dei dati; e trova le sue origini, parimente, in un rinnovato umanesimo, inteso come una rinnovata rifiorante fiducia nell'uomo, nelle sue possibilità di osservazione e di libera epperiò responsabile valutazione dei multiformi imprevedibili dati della realtà.