

LA *DISCOVERY* ANGLO-AMERICANA: UN INSOSPETTATO TRAPIANTO DAL PROCESSO ROMANO-CANONICO

Chiara Besso

Professore Ordinario dell'Università degli Studi di Torino, Italia

1. PREMESSA: LA *DISCOVERY* ANGLO-AMERICANA

La *discovery* rappresenta uno dei profili chiave del processo anglo-americano e uno degli aspetti che più lo differenziano dai processi che si ispirano alla tradizione di *civil law*.

Ricordiamo brevemente i caratteri dell'istituto, estraneo all'ordinamento italiano (pensiamo che il nostro linguaggio giuridico – al pari di quello francese o tedesco – non conosce un termine equivalente, tanto che siamo costretti ad utilizzare il termine inglese).

Con *discovery*, anzitutto, si indica la fase del processo che precede, da un punto di vista temporale, il *trial*.¹ Il processo civile anglo-americano, invece di svolgersi – come il nostro – in una serie di udienze che culminano nella pronuncia della sentenza, si articola infatti nelle due fasi fondamentali della preparazione della causa e del *trial*, fasi che si distinguono nettamente fra loro anche dal punto di vista dell'organo giudicante (il giudice della fase preparatoria è infatti in genere un giudice diverso da quello del *trial* e la giuria – laddove ancora c'è –² entra in scena solo al *trial*).

La fase di *discovery* è finalizzata alla “scoperta” delle prove. Così, negli Stati Uniti, ove l'istituto ha raggiunto la massima estensione e rilevanza, sin dall'adozione nel 1938 delle *Federal Rules of Civil Procedure* è possibile prima del *trial* chiedere alla

¹ Usiamo, senza tradurlo, il vocabolo inglese *trial* – come il termine *discovery* – perché non trova un corrispondente nel linguaggio giuridico italiano. La traduzione, talora utilizzata, di *trial* con “dibattimento” non mi convince: si tratta infatti di termine proprio del processo penale e non di quello civile.

² La giuria è infatti praticamente scomparsa nei processi civili inglesi (essa è infatti ancora presente in alcuni, rari, giudizi, come i giudizi civili di diffamazione), mentre è tuttora garantita dal VII emendamento della costituzione statunitense (che infatti dispone: “*in suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved*”). In realtà – FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven 2002, 273 – il numero di cause decise con la giuria è bassissimo: nello stato della California, ad esempio, solo l'1,8 per cento dei casi di responsabilità civile viene deciso con il *trial by jury*.

controparte o a un terzo, attraverso i mezzi di *discovery*,³ tutte le informazioni che possono ragionevolmente portare a prove ammissibili. In Inghilterra,⁴ poi, secondo le regole introdotte nel 1999 ciascuna parte ha l'obbligo di far conoscere alla controparte sia i documenti ad essa favorevoli che quelli ad essa invece sfavorevoli o che comunque provano la pretesa avversaria.⁵

Nulla di simile, come sappiamo, è presente negli ordinamenti europei continentali, ove la tradizione vuole, in nome del brocardo *nemo tenetur edere contra se*, ciascuna parte responsabile della raccolta delle prove che sostengono la propria pretesa. È vero che negli ultimi decenni limitati obblighi di produzione delle prove sono stati introdotti in vari ordinamenti continentali (pensiamo all'istituto italiano dell'esibizione delle prove, in base al quale la produzione di determinati documenti può essere ordinata, su istanza di parte, dal giudice).⁶ Si tratta, però, di obblighi circoscritti, molto lontani, anche sotto il profilo delle sanzioni legate alla loro violazione,⁷ dagli obblighi presenti nel mondo anglosassone.

2. LA NASCITA DELL'ISTITUTO: IL PROCESSO INGLESE DI *CHANCERY*

³ Questi sono gli strumenti della *discovery* statunitense: le *depositions*, con le quali si ha la raccolta, in genere orale, delle dichiarazioni rese dalla controparte e dal terzo (cfr. le *rules* 30 e 31 delle *Federal Rules of Civil Procedure*); gli *interrogatories* (*rule* 33), attraverso i quali si pongono domande scritte alla controparte; le richieste di produzione di documenti e di accesso a luoghi di proprietà della controparte al fine di svolgere ispezioni, fare copie di documenti o fotografie e compiere esperimenti (*rule* 34); l'ispezione fisica o mentale della controparte e di terzi (*rule* 35); la richiesta di ammissioni, con la quale si chiede alla controparte di ammettere la verità di determinati fatti (*rule* 36). Per una breve ricostruzione della evoluzione della *discovery* statunitense, e dei caratteri che la differenziano da quella inglese, cfr. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino 2004, 70 ss.

⁴ In Inghilterra – cfr. *infra* in testo – la *discovery* ha tradizionalmente avuto ad oggetto i documenti detenuti dalla controparte. Le *Civil Procedure Rules* (CPR), entrate in vigore nel 1999, se da un lato limitano lo scambio di documenti tra le parti (la c.d. standard *discovery*, ribattezzata *disclosure*), dall'altro lato contemplano la *disclosure* contro il terzo e codificano lo scambio, prima del *trial*, delle deposizioni dei testimoni (cfr. la sezione 31 delle CPR, per un commento si veda ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, Trowbridge 2003, 462 ss., 600 ss.).

⁵ Cfr. in particolare la *rule* 31.6 delle CPR.

⁶ Cfr. gli artt. 210 ss. c.p.c.

⁷ Nel nostro ordinamento si ritiene infatti comunemente che dalla mancata ottemperanza della parte all'ordine di esibizione – ordine in genere considerato non coercibile – il giudice possa unicamente ricavare argomenti di prova (per una lettura critica dell'orientamento cfr. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 168 ss., e GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano 2003, 19 ss.). Ben diverse sono le conseguenze della violazione dell'ordine di *discovery* in Inghilterra: il comportamento, qualificato come oltraggio alla corte (*contempt of court*), può essere sanzionato in sede penale o portare al rigetto della domanda ovvero delle difese o comunque a conseguenze negative circa l'attribuzione dei costi del processo. Proprio l'adozione della sentenza contumaciale (*default judgement*) quale conseguenza di mancata ottemperanza ad un ordine di *discovery*, da parte della *Chancery Division* della *High Court* – sentenza della quale era stata chiesta l'esecuzione forzata in Italia – ha condotto alla pronuncia 2 aprile 2009 della Corte europea di giustizia nel caso Gambazzi (per una ricostruzione della vicenda sino alla pronuncia della Corte di giustizia si veda DE CRISTOFORO, *Stolzenberg, Gambazzi ed una successful avoidance di un non troppo equo processo inglese*, in *Int'Lis*, 2007, 46 ss.).

Se la *discovery* è oggi un istituto cardine dei processi di *common law*,⁸ le sue origini si ricollegano invece ad un processo del tutto diverso.

In effetti, l'istituto è entrato a far parte del processo di *common law* inglese soltanto nella metà del XIX secolo, e precisamente con il *Common Law Procedure Act* del 1854.⁹ Prima esso era presente nel diverso modello processuale dell'*equity*.

Il processo di *common law*,¹⁰ la cui nascita viene fatta risalire al XII secolo, si è venuto caratterizzando per tre profili strutturali fondamentali: l'utilizzo di giudici non professionisti – i componenti la giuria –,¹¹ la concentrazione temporale del processo nel “*day in court trial*”, il ruolo preminente svolto dalle parti (o, meglio, dai loro avvocati) nella conduzione del processo.

Opposte erano le caratteristiche del processo davanti al giudice dell'*equity*, la *Court of Chancery*:¹² si tratta infatti di un processo che si svolgeva davanti al *Chancellor* senza vedere la presenza della giuria, si articolava in una serie di udienze senza conoscere il *trial* ed era interamente dominato dalla figura del giudice, dotato di

⁸ In testo ci limitiamo a considerare l'ordinamento inglese e quello statunitense. In realtà, il ruolo della *discovery* è fondamentale anche negli altri sistemi di *common law* (si considerino, ad esempio, queste parole del giudice australiano Marks: “la *discovery* è uno strumento indispensabile per giungere alla decisione della causa”, in *Voluminous, Limited and Multiple Action Discovery*, in *Evidence and Procedure in a Federation*, a cura di Zarisky, Victoria 1993, 120).

⁹ Cfr. le sezioni 50 segg. del *Common Law Procedure Act* del 1854. Le sezioni possono essere lette, con un commento, in PETHERAM, *The law and practice relating to discovery by interrogatories under the Common law procedure act, 1854*, London 1864, 1 s. Così, in particolare, la sezione 51: “*in all cases in any of the superior courts, by order of the court or a judge, the plaintiff may, with the declaration, or the defendant may, with the plea, or either of them by leave of the court or a judge may, at any other time, deliver to the opposite party or his attorney interrogatories in writing upon any matters to which discovery may be sought, and require such party (...) within ten days to answer the question in writing by affidavit, to be sworn and filed in the ordinary way; and any party or officer omitting, without just cause, sufficiently to answer all questions as to which discovery may be sought within the above time .. shall be deemed to have committed a contempt of the court, and shall be liable to be proceeded against accordingly*”.

¹⁰ Il processo è di “*common law*” (diritto comune) perché il diritto che viene applicato, oltre a trarre origine dalle decisioni delle corti, ha vigore in tutto il regno, essendo il diritto delle corti reali (VAN CAENEGEM, *History of European Civil Procedure*, in *Civil Procedure*, vol. XVI dell'*International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen 1973, 13 s., ricorda il diverso significato all'epoca assunto in Europa dall'espressione “diritto comune”: *ius commune* è per l'intera Europa il diritto romano-canonico; *droit commun* è per la Francia il diritto basato sulle *ordonnances* reali, sulla prassi del Parlamento di Parigi e sul *droit coutumier*; *common law* è appunto in Inghilterra il diritto delle corti reali; in Germania infine il *gemeine Recht* è il diritto romano-canonico).

¹¹ L'aspetto strutturale fondamentale è rappresentato dalla giuria. I giurati, inizialmente strumenti di prova, ossia testimoni che rendono il verdetto grazie alla loro conoscenza diretta dei fatti, progressivamente si sono trasformati in giudici imparziali del fatto. Sull'importanza della giuria per lo sviluppo del processo di *common law* e sulla *law of evidence* cfr., per tutti, THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, Boston 1898, 266, e WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, Boston 1923, 125; contesta l'interpretazione tradizionale, che appunto vede nella *law of evidence* una risposta alla giuria, LANGBEIN, *Historical Foundations of the Law of Evidence*, in 96 *Columbia Law Review*, 1996, 1169 ss.

¹² La *Court of Chancery* era la quarta corte centrale inglese ed era presieduta dal *Chancellor*, il più importante dei segretari del re.

ampi poteri inquisitori e di direzione del processo. La *Chancery*, originariamente segreteria politica del re, è progressivamente divenuta autonomo organo giurisdizionale, volto a tutelare le situazioni che non ricevevano adeguata protezione *at law* (in origine, infatti, il processo di *common law* aveva ad oggetto situazioni tipiche, rigidamente catalogate nel sistema dei *writ*s),¹³ così che la sua procedura poté dirsi stabilizzata nel XIV secolo.¹⁴

Fulcro del processo¹⁵ era il *chancery bill* che svolgeva la doppia funzione, da un lato di enunciare la pretesa dell'attore e di domandare, in assenza di un adeguato rimedio *at law*, l'intervento del *Chancellor* e dall'altro lato di richiedere l'interrogatorio – *sub pena ad respondendum* – del convenuto al fine di obbligarlo a rispondere, sotto giuramento, circa i fatti e le pretese indicate nel *bill*.¹⁶

D'altro canto il diritto delle prove in *chancery* mostrava caratteri del tutto differenti da quello del processo *at law*.¹⁷ Il *Chancellor* aveva il compito di ricercare la verità – egli infatti giudicava non “*secundum allegata et approbata*”, ma secondo verità –¹⁸ ed era responsabile dell'assunzione dei mezzi di prova. Se le dichiarazioni della parte erano raccolte attraverso il meccanismo del *sub pena ad respondendum*, un meccanismo analogo era previsto per l'assunzione delle dichiarazioni dei terzi, che,

¹³ *At law* era ad esempio possibile, in relazione ai contratti, ottenere unicamente il risarcimento del danno da inadempimento. Sulle similitudini tra il processo romano delle *legis actiones* e il processo inglese delle *forms of action* cfr. PRINGSHEIN, *The inner relationship between English and Roman Law*, in 5 *Columbia Law Journal*, 1935, 347 ss.

¹⁴ Così secondo PARKES (*A History of the Court of Chancery*, London 1828, 35) il momento in cui la *Chancellorship* divenne un importante ufficio giudiziario va individuato nel regno di Edward II [1307-1327]; parla di 1400 MILLAR, *Civil procedure of the trial court in historical perspective*, New York 1952, 24; per BRYSON (*Introduction*, in *Cases concerning equity and the courts of equity 1550-1660*, London 2001, XIX) il periodo di sviluppo del processo di *equity* va individuato negli anni 1350-1450; ancora, secondo PLUCKNETT (*A Concise History of the Common Law*, London 1956, 163) è nel 1307 che la Corte di *Chancery* è divenuta indipendente. Circa l'evoluzione storica del processo di *equity* si veda la classica ricostruzione di BLACKSTONE (*Commentaries on the Laws of England, A facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. III, *Of Private Wrongs* [1768], con introduzione di Langbein, Chicago 1979, 46 ss.

¹⁵ Per una dettagliata descrizione della prassi seguita nella *Court of Chancery* si veda ancora BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 442 ss., il quale sottolinea come il *writ of subpoena* ordinasse al convenuto di comparire e rispondere al *bill*, sotto pena del pagamento di una somma di denaro, con l'ulteriore conseguenza, in caso di mancata comparizione nel giorno fissato, di considerare tale comportamento come oltraggio alla Corte.

¹⁶ Cfr. DIAMOND, *Discovery in the court of Chancery: the rule that a defendant who submits to answer must answer fully 1673-1875, dissertation*, Cambridge 1992, 3. MILLAR, *Civil procedure of the trial court in historical perspective*, cit., 37, sottolinea come la doppia funzione dell'atto introduttivo abbia fatto sì che elementi della *discovery* e del *pleading* si siano sovrapposti così da causare spesso confusione.

¹⁷ Cfr. al riguardo il lavoro di MAC NAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlin 1999, nonché WIGMORE, *A Treatise*, cit., III ed., VIII, 172 ss., e, nella dottrina italiana, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, II, Milano 1962, 425 ss..

¹⁸ GUY, *Christopher St. German on Chancery and Statute*, London 1985, 90.

inizialmente interrogati in udienza dal *Master of the Rolls*, venivano poi sentiti fuori udienza da ausiliari della Corte che delle dichiarazioni redigevano processo verbale, segreto sino alla sua pubblicazione.¹⁹

È proprio nella procedura di *sub pena ad respondendum*, vista quale metodo per costringere la controparte a rendere la propria dichiarazione circa i fatti allegati nell'atto introduttivo e anche a produrre documenti “*for the better discovery of the matters*” (c.d. *sub pena duces tecum*), che viene comunemente ravvisato l’“antenato” della moderna *discovery*.²⁰

È probabilmente Sant German il primo autore – il suo *Little Treatise concerning writs of subpoena*, pubblicato nel 1787, sembra sia stato scritto nel 1532 –²¹ a descrivere la funzione svolta dal *writ of subpoena*: “*There ys a grounde in the common lawe that a declaration muste be certeyn (..) And bycause it happenyth many tymes that sume man that hath right to evidences that be in another mans hande ... There it hath been thought reasonable in tyme paste, that a sub pena shuld lye for hym that hath ryght, and rather to suffer hym to have ryght there than clerely to set hym withowte remedye in al places*”.²²

3. IL COLLEGAMENTO CON ISTITUTI PROPRI DEL PROCESSO ROMANO-CANONICO

Il processo in *equity*, se è radicalmente differente da quello di *common law*, presenta evidenti punti di contatto con quello che si andava negli stessi secoli formando nel continente europeo, ossia il processo romano-canonico.²³

¹⁹ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 438; GRESLEY, *A Treatise on the Law of Evidence in the courts of Equity*, London 1836, 43, il quale ricorda come l’esame dei testimoni fosse stato lasciato ai *clerks* del *Master of the Rolls*, *clerks* nel tempo divenuti ausiliari stabili della Corte, i c.d. *examiners* (sempre che il testimone si trovasse entro 20 miglia da Londra, altrimenti l’assunzione veniva delegata ai *commissioners*).

²⁰ Cfr. DAIMOND, *Discovery in the court of Chancery*, cit., 35.

²¹ SANT GERMAN, *A Little treatise concerning writs of subpoena* (1530-1532), 106-126, in GUY, *Christopher St German on Chancery and Statute*, citato *supra*. Il lavoro è diviso in dieci capitoli ed il secondo esamina appunto il rimedio della *discovery* di documenti (cfr. GUY, nella Introduzione al *Little treatise*, 82). Sull’opera di Sant German cfr. YALE, *St. German’s Little Treatise concerning writs of subpoena*, in 10 *Irish Jurist*, 1975, 324- 333. Possiamo notare che nel testo di Sant German leggiamo la parola “*sub pena*” (ancora scritta alla latina) e non la parola “*discovery*”. In effetti, secondo il Dizionario Merriam-Webster l’iniziale utilizzo del termine “*discovery*” – dal francese *découvrir* – risale al 1529, mentre l’uso del termine “*disclosure*” al 1567.

²² SANT GERMAN, *A Little treatise concerning writs of subpoena*, cit., 108.

²³ L’affermazione è comune tra gli autori. Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 446; MAITLAND-MONTAGUE, *A Sketch of English Legal History*, cit., 125; LANGDELL, *Discovery under the Judicature Acts*, I parte, in 11 *Harvard Law Review*, 1897, 138; WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence*, cit., vol. 8, Boston 1961, 67. La tesi, oggi

Due parole su questo modello. Il processo romano-canonico, basato sulla procedura romana tardo imperiale – così come fissata nel *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano e reinterpretata nel medio evo dai commentatori e dai glossatori –,²⁴ si è sviluppato a partire dalla metà del XII secolo nelle università, anzitutto Bologna, ed è stato quindi introdotto nella rete internazionale delle corti ecclesiastiche diffuse in tutta Europa, Inghilterra compresa.²⁵ La procedura è divenuta autonoma dal diritto sostanziale ed è nato un nuovo genere di letteratura giuridica, l'*ordo iudiciorum*,²⁶ di cui lo *Speculum iudiciale* di Durante costituisce uno degli esempi più significativi.²⁷ Sul piano locale, il modello è stato adottato, a far tempo dal XIII secolo, in maggiore o minore misura dalle nuove corti centrali che progressivamente sono state create nei paesi dell'Europa continentale (pensiamo, per la Francia, al *Parliament* di Parigi e, per l'Olanda, al Gran Consiglio di Malins), con la formazione di “stili” tra loro differenti.²⁸

dominante, ha trovato in passato alcune voci discordi, che hanno ravvisato l'origine del processo di *equity* inglese nella istituzione germanica del tribunale regio (si veda WOHLHAUPETER, *Der Einfluss naturrechtlicher und kanonistischer Gedanken auf die Entwicklung der englischen Equity*, in *Acta congressus iuridici internationalis*, II, Romae 1935, 439 ss.). Per una critica al riguardo si veda DE LUCA, *Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 1947, 46 ss.

²⁴ Il modello è frutto di una sintesi tra il diritto romano ed elementi di diritto locale, sviluppatosi nei comuni dell'Italia del nord, i canoni del *Decretum* di Graziano e lettere decretali di successivi papi (cfr. al riguardo VAN RHEE, *Civil Procedure: A European Ius Commune?*, in *European Review of Private Law*, 2000, 594 ss.; FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum*, Turnhout 1994, 29 ss.).

²⁵ SHAPIRO, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause. Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkeley 1991, 118; TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, 16 s. Sulla diffusione del diritto canonico in Inghilterra cfr. HELMHOLZ (*The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, in *The Oxford History of the Laws of England*, vol. I, Oxford 2003, in particolare 97 ss.), il quale ricorda come le corti ecclesiastiche – formate da giudici delegati dal papa – siano state create in Inghilterra tra il XII e il XIII secolo, quindi dopo la conquista normanna (al riguardo KEETON, *The Norman Conquest and the Common Law*, London 1966, 59). Sulle differenze, invece, relative alla applicazione del processo romano-canonico da parte delle stesse corti ecclesiastiche si veda VAN RHEE, *Public Justice: Some Historical Remarks*, in *Public and Private Justice*, a cura di Uzelacvan Rhee, Antwerpen-Oxford 2007, 38 s.

²⁶ Su questo genere letterario cfr. NÖRR, *Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, a cura di Coing, vol. I, München 1973, 383 ss.; FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, cit., 16 ss.

²⁷ DURANDI, *Speculi* (1271-1276), Venetis, 1566. Durante, dopo aver studiato diritto canonico a Bologna ed essere divenuto *auditor* del papa, divenne infine vescovo nella nativa Provenza; lo *Speculum* contiene un'efficace sintesi del diritto processuale così come si è sviluppato nel XIII secolo e per molti secoli è stato tra i lavori più citati in materia processuale (così VAN RHEE, *Civil Procedure*, cit., 595). Per una efficace ricostruzione del periodo cfr. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, 57 ss.

²⁸ Si vedano VAN CAENEGEM, *History of European*, cit., 13; STEIN, *Roman Law in European History*, cit., 86; VAN RHEE, *Civil Procedure: A European Ius Commune*, cit., 594. Circa lo stile del Parlamento di Parigi cfr. il lavoro che Guillaume DU BREUIL, avvocato del *Parlement*, scrisse nel 1330, *Stilus curiae parlamenti*, a cura di Aubert, Paris 1909 (sulla figura di du Breuil e sul ruolo svolto dalla sua opera cfr. la voce a lui dedicata da KRYNEN, in *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris 2007, 263 s.). Sul Gran Consiglio di Malines cfr. VAN RHEE, *Litigation and Legislation: Civil procedure at First Instance in the Great Council for the Netherlands in Malines* (1522-1559), Brussels 1997.

Torniamo alle analogie con il processo in *equity*. Anche nel processo romanocanonico l'interrogatorio della controparte svolgeva un ruolo rilevante.²⁹ Se prima della *litiscontestatio* si aveva il *iuramentum de veritate dicenda* – che a differenza del giuramento *calumniae*, di origine romana, è generalmente ritenuto una creazione del diritto italiano medioevale –,³⁰ una volta contestata la lite il giudice procedeva all'interrogatorio del convenuto, mediante l'istituto delle *positiones* (anch'esso estraneo al diritto romano e tratto da pratiche italiane),³¹ ponendogli domande alle quali questi doveva rispondere in maniera positiva ovvero negativa.

Così, se secondo l'autorevole opinione di Wigmore³² il *chancery sub pena ad respondendum* va collegato al giuramento *de veritate dicenda*, altri autori fanno invece riferimento all'istituto delle *positiones*.³³ Ora, non mi sembra rilevante stabilire se il collegamento sia con l'uno o con l'altro meccanismo del modello romanocanonico, tanto più che – stando a quanto leggiamo in Durante – la *positio* differiva rispetto all'interrogatorio effettuato attraverso il giuramento *de veritate* “*non essentia, sed forma*”, trattandosi in quest'ultimo caso di domande fatte prima della contestazione della lite e nell'altro caso di domande poste dopo la *litis contestatio*.³⁴

Piuttosto, mi sembra – come sottolineano alcuni autori – che il processo in *chancery* presenti indubbe assonanze, proprio per quanto concerne l'interrogatorio della parte, con una procedura speciale del processo romano-canonico, ossia la

²⁹ In generale sul diritto delle prove nel processo romano-canonico si veda MIGLIORINI, *L'istruzione probatoria nel processo romano-canonico: concetto e onere della prova dal XIII al XV secolo*, in *Apollinaris*, 2009, 679- 719.

³⁰ WIGMORE, *op. cit.*, vol. VIII, 67; MIGLIORINI, *L'istruzione probatoria*, cit., 694 s.

³¹ Di “*usus longaevus*” parla Clemente V nella decretale c.d. *Clementina Saepe*, sotto menzionata.

³² WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, Boston, vol. 8, cit., 273 ss. Secondo l'autore – il più importante studioso americano del diritto delle prove – la continuità storica tra il giuramento, proprio del diritto canonico, *de veritate dicenda* e i successivi metodi della *discovery* in *Chancery* risulta dall'annotazione di un *bill in Chancery* nel caso di Katherine Danyell v. Richard Belyngburgh: “*Infrascriptus Ricardus in Cancellaria Regis personaliter comparens & ibidem super sancta Dei evangelica juratus et examinatus ad veritatem dicendam de materia in hac billa contenta dicit quod*” (in *Select cases before the King's Council in the Star Chamber A.D. 1477-1509*, London 1903, XXXI). Il riferimento al giuramento è presente pure in BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 446.

³³ MILLAR, *Civil procedure of the trial court in historical perspective*, cit., 36. Al riguardo cfr. PIKE-WILLIS, *The new federal deposition-discovery procedure*, in 38 *Columbia Law Review*, 1938, part II, 1452 ss., i quali ricordano che secondo lo *ius commune* la procedura delle *positiones* aveva tre distinti obiettivi: *ad recte preparandam actionem* (secondo quanto si legge nello *Speculum* di Durante); *ad faciliorem expeditionem litium* (così nella *Clementina Saepe*, cfr. *infra* in testo); *ad vitandum periculum plus petendi vel urgendi actionem iuridico fundamento destitutam* (ancora secondo lo *Speculum* di Durante).

³⁴ DURANDI, *Speculi*, cit., II parte, 351.

procedura sommaria,³⁵ compiutamente disegnata da una decretale di papa Clemente V nel 1306.³⁶ Così infatti, per la parte che qui ci interessa, si esprime la Clementina: “*et quia positiones ad faciliorem expeditionem litium propter partium confessiones et articulos ob clariorem probationem usus longaeuus in causis admisit: nos, usum huiusmodi observari volentes, statuimus, ut iudex (..) ad dandum simul utroque terminum dare possit, et ad exhibendum omnia acta et munimenta, quibus partes uti volunt in causa, (..) valeat assignare (..). Interrogabit etiam partes sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicunque hoc aequitas suadebit*”.³⁷

Sono pertanto presenti elementi che, abbiamo visto, caratterizzano il diritto probatorio in *chancery*: il potere del giudice di direzione della fase di assunzione dei mezzi di prova,³⁸ che si estrinseca nel potere discrezionale – ove la discrezionalità è legata alla nozione di *aequitas* – di disporre d’ufficio l’interrogatorio della parte e anche nel potere di fissare un termine alle parti per l’esibizione dei documenti che intendono utilizzare nel processo.³⁹

Una precisazione circa l’ordine di esibizione dei documenti. Come ho ricordato in premessa, tradizionalmente i paesi europei continentali non conoscono obblighi di *discovery* sulla base della massima *nemo tenetur edere contra se*. Ora, se è vero che nel

³⁵ Cfr. MAC NAIR, *op. cit.*, 28 ss., il quale, dopo aver precisato che il processo in *equity*, ed in particolare la teoria delle prove e le regole relative alla loro assunzione, erano più vicine al modello continentale che a quello di *common law*, afferma che il processo di riferimento va individuato in quello sommario.

³⁶ Secondo le parole di Clemente V: “Spesso accade che affidiamo delle cause e ordiniamo che in esse si proceda *simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii*; da molti si discute il significato di queste parole e si dubita di come si debba procedere. Noi pertanto, volendo (per quanto possibile) risolvere questi dubbi, sanciamo in questa costituzione, destinata a valere in perpetuo, che il giudice, a cui affidiamo queste cause, non esiga necessariamente l’atto di citazione, non richieda la *litis contestatio*, (...), renda breve, per quanto possibile, la lite, respingendo eccezioni ed appelli dilatori”. Per una analisi del testo della decretale cfr. Johannes DE LIGNANO, *Super Clementina “Saepe”* (circa 1380), in *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses in Mittelalter*, a cura di Wahrmund, vol. IV, parte VI, Aalen 1962.

³⁷ “Nelle cause è ammesso l’uso antico delle posizioni per facilitare la soluzione delle liti grazie alla confessione delle parti e degli articoli per la chiarezza della prova: noi, volendo osservare quest’uso, stabiliamo che il giudice (...) possa dare simultaneamente alle parti un termine, e voglia ordinare di esibire tutti gli atti e difese, che le parti vogliono utilizzare in causa (...). Interrogherà anche le parti sia per loro istanza sia d’ufficio tutte le volte che l’equità lo richiederà”.

³⁸ D’altro canto il potere d’ufficio di interrogare la parte e la tensione verso l’accertamento della verità sono presenti anche nell’attuale diritto canonico. Si vedano i cann. 1530 (“*iudex ad veritatem aptius eruendam partes interrogare semper potest, immo debet, ad instantiam partis vel ad probandum factum quod publice interest extra dubium poni*”) e 1531 (“*pars legitime interrogata respondere debet et veritatem integre fateri*”) del codice di diritto canonico (i canoni possono essere letti in *Commento al codice di diritto canonico*, a cura di Pinto, Città del Vaticano 2001).

³⁹ Sui poteri istruttori d’ufficio del *Chancellor* cfr. GRESLEY, *A Treatise on the Law of Evidence*, cit., 377: il giudice, quando riteneva insufficienti o mancanti le prove offerte poteva d’ufficio disporre l’assunzione di prove ulteriori, secondo la formula “... *for the better discovery of the matters aforesaid, the parties are to produce before the said Master upon oaths all deeds (or book), papers, writing ...*” (ivi, 385).

modello romano-canonico si afferma, in via di principio, che “*reus actori sua propria instrumenta edere non tenetur*”,⁴⁰ è altrettanto vero che si tratta di una affermazione che trovava così tante eccezioni da finire per essere negata nella sua concreta applicazione. Leggiamo infatti nel Commentario di Antonio da Butrio, ove l’ermeneutica della massima è oggetto di attenta ed estesa trattazione,⁴¹ che, anzitutto, ove i documenti siano di proprietà della parte, la controparte è tenuta a produrli (e molte righe sono destinate a determinare come si differenzino i beni propri da quelli comuni alle parti). Inoltre lunga è la lista delle cause (come quelle dotali, di alimenti, di legati *ad pias causas*) in cui la parte, affinché la verità non sia occultata, è obbligata a produrre il documento, quantomeno laddove non si abbia altrimenti copia dello stesso.⁴² Non soltanto: dato che il diritto positivo non deve essere seguito ove possa portare al compimento di un peccato,⁴³ allora – afferma Antonio da Butrio – laddove la mancata produzione del documento potrebbe comportare un evidente peccato, ne deve essere ordinata d’ufficio dal giudice l’esibizione.⁴⁴ In realtà, – e qui l’autore menziona, con qualche perplessità, la conclusione di una pronuncia della Rota romana – se una parte non può costringere l’altra a produrre il documento, ciò può avvenire a seguito di un ordine del giudice, il quale, affinché trionfi la giustizia, può sempre d’ufficio costringere una parte ad esibire il documento nel processo ove abbia accertato, con cognizione sommaria, il perché la controparte voglia l’esibizione (essendo a tal fine sufficiente che quest’ultima affermi e provi che il documento contiene una rappresentazione del suo diritto).⁴⁵

⁴⁰ La massima parla di “*reus*”: in quegli anni, siamo nel XIV secolo, la trattazione del processo civile non era ancora, anche sotto il profilo terminologico, nettamente separata da quella del processo penale ed il convenuto veniva appunto indicato come *reus*.

⁴¹ ANTONII A BUTRIO (1338-1404), *Super Secunda Secundi Decretalium Commentarij*, vol IV, Venetiis 1578, *de probationibus*, cap. I, 2 ss.

⁴² Così afferma infatti Antonio da Butrio: “*Si instrumenta sunt propria, si quis eis est usus, illa edere tenetur. (...) Idem posset dici in dotibus, in alimentis, in legatis ad pias causas, in ecclesiis, in hospitalibus, & in omnibus alijs, ut in talibus, & libertatibus multum privilegiatis, quis compellatur edere instrumenta, saltem ubi aliter non habetur copia probandi, ne veritas occultetur*”.

⁴³ Al riguardo cfr. BARTON, *Introduction*, in *St. German’s Doctor and Student*, London 1974, XLI s.

⁴⁴ “*Idem potest attentari dicere ubicumque manifestum arguitur peccatum in retentione instrumenti habitu et aliqua fides posset fieri, vel praesuntio de instrumenti habitu, ut saltem ex officio, vel denuntiatione Evangelica edere compellatur*” (ANTONII A BUTRIO, *op. loc. cit.*).

⁴⁵ “*Quod licet pars non arctetur parti ad edendum, iudex tamen ex officio potest illam in causa facere exhiberi sibi, ut colligat iustitiam ex illis, sed super hoc habita summaria cognitione, petendo a parte quare hoc petat: et quod alleget et probet instrumentum ius suum continere*” (ANTONII A BUTRIO, *op. loc. cit.*). Sul potere d’ufficio del giudice di ordinare la produzione del documento si veda anche DURANTI, *Speculum*, cit., tit. *De instrumenta edendi*.

4. LE RAGIONI DEL TRAPIANTO

Il processo di *Chancery*, possiamo quindi concludere, si è modellato nei secoli XIV e XV sul processo romano-canonico ed in particolare sulla procedura sommaria delineata dalla Clementina “Saepe”.⁴⁶

Ma perché mai i *Chancellors*, nell’organizzare il procedimento che si svolgeva davanti a loro, hanno attinto ad una tradizione diversa da quella che si era ormai sviluppata nelle corti regie di *common law*?

La ragione, che troviamo ripetuta in modo concorde dagli autori,⁴⁷ è che per secoli i *Chancellors* sono stati degli ecclesiastici, perlopiù vescovi,⁴⁸ e quindi hanno utilizzato il modello processuale applicato e conosciuto dai giudici ecclesiastici, appunto il processo romano-canonico, processo che, viceversa, non era ancora compiutamente sviluppato quando, nel XII secolo, il *common law* si era formato.⁴⁹

D’altro canto, è giustificabile la preferenza per un modello, come quello romano-canonico, incentrato sul giudice, certamente compatibile con la struttura della Corte di *Chancery*, imperniata sulla figura del *Chancellor*.

In ogni caso, poi, non bisogna immaginare il mondo del diritto inglese come separato da quello europeo continentale⁵⁰: basti pensare che ad Oxford e a Cambridge il *common*

⁴⁶ Mi sembra invece una forzatura, in quanto non suffragata da concreti elementi testuali, la tesi che, partendo dall’esame di un’opera di Sant German (*Dialogus de fundamentis legum Anglae et de conscientia*) individua quale modello del processo di *equity* la procedura canonistica c.d della *imploratio officii iudicis per modum denunciationis* (la tesi è stata avanzata da DE LUCA, *Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain*, in *Ephemerides Juris Canonici*, 1947, 46-66, e sviluppata da COING, *English Equity and the Denuntiatio Evangelica of the Canon Law*, in *71 Law Quarterly Review*, 1955, 223 ss.). La *denuntiatio evangelica* è uno speciale tipo di procedura che si è sviluppata nel diritto canonico a partire dal XII secolo e che si caratterizzava per essere “*de plano*”, ossia presentava le caratteristiche, poi sviluppate con la Clementina “Saepe”, dell’informalità e dell’accento sui poteri d’ufficio del giudice nell’accertamento dei fatti (su questa procedura si veda LEFEBVRE, *Contribution a l’étude des origines et du développement de la denuntiatio evangelica en droit canonique*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1960, 60 ss.).

⁴⁷ In tal senso MAITLAND-MONTAGUE, *A Sketch of English Legal History*, 125; HOLMES, *Early English equity* (1885), in *Collected Legal Papers*, New York 1921, 16; COING, *op. cit.*, 238, nota 76, il quale ricorda che nel periodo 1330-1515 almeno quindici *chancellors* avevano studiato diritto romano o canonico; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., I, 426, nota 12; VAN RHEE, *Public Justice*, cit., 39.

⁴⁸ Il *Chancellor* doveva avere capacità e conoscenze tali che all’epoca solo un ecclesiastico poteva possedere (così BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 47). Tommaso Moro, umanista e famoso *common lawyer* dell’epoca, è stato il primo laico a essere nominato *chancellor*, nel 1529, da Enrico VIII (cfr. BRYSON, *Introduction*, cit., XLII). Sulla conoscenza da parte di Moro del diritto canonico e sul suo atteggiamento nei confronti dello *ius commune* si veda HELMHOLTZ, *Thomas More and the Canon Law*, in *Medieval Church Law and the Origins of the Western Legal Tradition: A Tribute to Kenneth Pennington*, a cura di Müller-Sommarr, Washington 2006, 375 ss.

⁴⁹ Secondo l’ incisiva definizione di STEIN (*Roman Law in European History*, cit., 63), quando si è formato il processo di *common law* la procedura romano-canonica era ancora allo stadio dell’infanzia.

⁵⁰ Sul trapianto di concetti propri del diritto canonico nel sistema anglo-americano – tema molto controverso e dibattuto – si vedano STEIN, *Roman Law in European History*, già menzionato; VAN

law non è stato oggetto di insegnamento sino al XVIII secolo e che sino a quella data il giurista *civil lawyer* si formava unicamente sul diritto romano e sul diritto canonico.⁵¹

5. CENNI ALLA SUCCESSIVA EVOLUZIONE DEL TEMA

Certamente, questo è solo l'inizio della storia della *discovery* anglo-americana. La *discovery* ha avuto un grande successo.⁵² Quella che è stata presto chiamata la giurisdizione ausiliaria della *Chancery* – e che abbiamo visto illustrata da Sant German –⁵³ ha finito per rappresentare la sua sfera di applicazione più significativa: la parte del processo di *common law*,⁵⁴ e di ogni altro processo, poteva chiedere alla Corte un *bill* al fine di ottenere l'interrogatorio della controparte e il deposito dei documenti rilevanti per la controversia pendente davanti ad un altro giudice.⁵⁵ Secondo le parole di autori del tempo, l'*equity* era superiore al *common law* proprio per la possibilità che offriva di arrivare ai “*real facts by the most direct methods*”,⁵⁶ dato che la scoperta della verità è fondamentale per il bene della società.⁵⁷

Con il passare dei secoli, tuttavia, la *Court of Chancery* è entrata in crisi⁵⁸ (tempi irragionevoli e costi altissimi⁵⁹ l'hanno trasformata nel set, lugubre e foriero di

CAENEGER, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1982, e *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge 2000; SHAPIRO, *A Culture of Fact. England, 1550-1720*, Ithaca-London 2000, 8, e *Beyond reasonable doubt and probable cause*, cit., 121.

⁵¹ Cfr. HELMHOLZ, *The Canon Law and the Ecclesiastical Jurisdiction*, cit., 145; CARAVALE, *Lo spartiacque tra ius commune e common law*, in *Relations between the ius commune and English law*, Soveria 2009, 57. Il *common law* veniva insegnato nelle *Inns of Courts*, le corporazioni di avvocati (su cui BAKER, *The common law tradition. Lawyers, books and the law*, London 2000, 37 ss.).

⁵² Si veda al riguardo GUY, *Introduction al Little treatise*, cit., 64 ss., il quale ricorda come il carico di lavoro delle corti centrali di *common law* fosse notevolmente diminuito dopo il 1440 a causa del massiccio spostamento delle liti presso la Corte di *Chancery* e la *Star Chamber*.

⁵³ *Supra*, par. 2.

⁵⁴ Nell'originario processo di *common law* mancava la possibilità di sentire la parte. La testimonianza della parte è stata introdotta nel 1851 (al riguardo si veda LOBBAN, *Preparing for fusion: reforming the nineteenth century court of chancery*, I, in *Law and History Review*, 2004, 391) e si arrivava al *trial* senza conoscere nulla circa le prove altrui.

⁵⁵ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 437; BARTON, *Introduction*, cit., XLI s.

⁵⁶ HOLDSWORTH, *A History of English Law*, IX, London 1926, vol. 5, 284 ss.

⁵⁷ Così BINGHAM, *A New Practical Digest of the Law of Evidence containing the Substance of all Statutes and adjudged cases respecting the credibility and competence of witnesses in the courts of law and equity*, London 1796, 1 s., per il quale “*the discovery of truth is of the utmost consequence to the good of society, so it lays men under the strongest obligations, when called upon to give their evidence, to adhere inviolably to truth; and this is a matter not only enjoined by the precept of religion, but also by those of reason; the violation of truth being a sin against human society, as it breaks in upon that correspondence which is necessary to sociable creatures, by destroying the end of language, which is the common tie and hand of society*”.

⁵⁸ Le ragioni della crisi sono anzitutto dovute a problemi organizzativi: basti pensare che ancora nel 1813 i giudici della Corte erano soltanto due, il *Chancellor* e il *Master of the Rolls* (il *Master of the Rolls*,

disgrazie, della *Bleak House* di Charles Dickens)⁶⁰ ed è infine stata abolita alla fine del XIX secolo.⁶¹

Nel frattempo, però – come abbiamo ricordato *supra* – la *discovery* era stata recepita dal processo di *common law*.⁶² Essa è stata mantenuta nell'unico modello processuale adottato nel 1875: è nata la fase *pre-trial*, con la *discovery* dei documenti e l'interrogatorio della parte.⁶³ Se marginale diviene l'applicazione dell'interrogatorio della parte, ben diverso è il rilievo della produzione di documenti, il cui ambito viene fissato nel 1882. La *Supreme Court*, nel *leading case* *Peruvian Guano*, ha affermato che deve essere comunicato all'avversario non soltanto il documento rilevante per la dimostrazione dei fatti allegati nel processo, ma pure quello che può – non necessariamente deve – portare la parte a rafforzare la propria posizione o a danneggiare quella dell'avversario.⁶⁴

6. CONCLUSIONE

inizialmente un assistente del *Chancellor*, si è gradualmente trasformato in giudice) e che nel 1875, quando la Corte è stata abolita, i giudici erano sette (al riguardo cfr. MAITLAND, *Equity*, cit., 14).

⁵⁹ PARKES, *A History of the Court of Chancery*, cit., 4.

⁶⁰ Il romanzo di Dickens (1853) è infatti incentrato su una processo (*Jarndyce and Jarndyce*), dalla durata interminabile, che si svolge davanti alla Corte di *Chancery*. Dickens, che all'età di quindici anni aveva lavorato come *clerk* presso un *solicitor* ed era quindi divenuto uno dei migliori giornalisti di cronaca giudiziaria del suo tempo, si era ispirato ad una causa reale, il caso *Jennens*, che era iniziato nel 1798 ed era ancora pendente nel 1850.

⁶¹ Cfr. JENKS, *A short History of English law*, London, 19385, 357 ss.

⁶² Parallela è stata l'evoluzione dell'istituto negli Stati Uniti, ove la *discovery*, presente nel processo di *equity*, è stata adottata dal processo di *common law* e ha trovato, con le *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, la propria consacrazione (per un quadro dello sviluppo della *discovery* prima delle *Federal Rules* cfr. JAMES JR., *Discovery*, in 38 *Yale Law Journal*, 1928-29, 746-774), tanto che la Corte Suprema, dopo aver premesso che le parti hanno diritto di ottenere la conoscenza più completa possibile dei fatti, ha qualificato le regole 26-37 come “una delle innovazioni più significative” delle *Rules* (*Hickman v. Taylor*, in 329 U.S. 1947, 495, 500 s., 507).

⁶³ Secondo le *Rules* della *Supreme Court* del 1875, terminato lo scambio dei *pleadings*, vi era l'obbligo di ciascuna parte di depositare l'elenco dei documenti rilevanti ai fini della decisione, obbligo che in origine doveva essere stabilito dal giudice a seguito dell'istanza di parte ed è poi divenuto automatico nel 1962 (JOLOWICZ, *Some Twentieth-Century Developments in Anglo-American Civil Procedure*, in *On Civil Procedure*, Cambridge 2000, 44, e *La production forcée des pièces en droit français et anglais*, in *Mélanges Perrot*, Paris 1996, 170).

⁶⁴ *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.*, in 11 *Queen's Bench Decisions*, 1882, 55, in partic. 63. Secondo le parole della Corte “any document that relates to the matters in question in the action, which not only would be evidence upon any issue, but also which, it is reasonable to suppose, contains information which may – not which must – either directly or indirectly enable the party – either to advance his own case or to damage the case of his adversary”.

Quali sono i motivi di questo successo e, soprattutto, perchè la *discovery*, coerente con un modello processuale incentrato sulla figura del giudice, è stata trapiantata nel processo di *common law*, processo, come abbiamo già ricordato, molto distante da quello romano-canonico e, anzitutto, focalizzato sul ruolo delle parti con un giudice passivo e privo di poteri di direzione del processo?

La risposta a questo interrogativo va, a mio avviso, identificata in fattori culturali, ossia nell'influenza che l'empirismo, e l'idea ad esso correlata che per giungere ad una decisione razionale è necessario che tutti i fatti rilevanti siano portati alla conoscenza di chi deve decidere, ha esercitato sullo sviluppo della *discovery*.

La tesi, in generale, non è nuova: Barbara Shapiro ha infatti da tempo dimostrato il legame esistente, nell'Inghilterra del XVI e XVII secolo, tra diritto, filosofia e scienza, all'epoca non certo confinata nell'ambito degli scienziati di professione, anzitutto perchè non vi era ancora una tale categoria e poi perchè coloro che erano interessati alla scienza provenivano da altre professioni, tra le quali spiccava quella giuridica.⁶⁵

Ora, lo stretto collegamento esistente tra la filosofia dell'empirismo e l'ideologia sottostante la *discovery* è evidente nei due momenti decisivi per il nostro istituto, ossia l'assestamento del processo di *chancery* alla fine del XVI secolo (quando, come abbiamo visto, il *bill of discovery* è divenuto un profilo rilevante della procedura) e la sua abrogazione nella seconda metà del XIX secolo (quando la *discovery* è stata integrata nel processo di *common law*), ed è legato a due personaggi che sono stati al tempo stesso grandi giuristi e grandi filosofi, Francis Bacon e Jeremy Bentham.

Bacon, inventore del metodo induttivo e indubbiamente uno dei protagonisti della rivoluzione scientifica del XVII secolo,⁶⁶ è infatti stato uno dei grandi avvocati della sua epoca e ha ricoperto per alcuni anni il ruolo di *Chancellor*,⁶⁷ dando un decisivo contributo al processo di *chancery* con i 101 provvedimenti da lui emanati nel

⁶⁵ Il tema è stato studiato dalla SHAPIRO sin dal 1970 (cfr. *John Wilkins 1614-1672*, Berkeley, 1970; *Probability and Certainty in Seventeenth-Century England*, Princeton, 1983; *Beyond reasonable doubt and probable cause. Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, già citato; *A Culture of Fact. England, 1550-1720*, Ithaca-London, 2000).

⁶⁶ Sui profili controversi della figura di Bacon, per i più appunto il primo esponente della scienza moderna, ma per alcuni un "ciarlatano immorale – cfr. al riguardo la nota successiva – che non aveva nulla di originale da dire" si veda PELTONEN, *Introduction*, in *Cambridge Companion to Bacon*, Cambridge, 2006, 1.

⁶⁷ Bacon, nominato *Lord Chancellor* nel 1617 e che nel suo discorso di insediamento sottolineò che "*fresh justice is the sweetest*", fu costretto a lasciare la carica nel 1621 perchè incriminato per corruzione nell'esercizio delle sue funzioni (cfr. PARKES, *A History of the Court of Chancery*, cit., 81 ss.).

1619.⁶⁸ L'importanza della conoscenza dei fatti nel metodo scientifico di Bacon – appunto basato sulla catalogazione di tutti i fatti osservabili, passaggio necessario per giungere alla formulazione di leggi generali – non ha bisogno di essere sottolineata ⁶⁹ e trova un parallelo in questa sua dichiarazione circa la *discovery*: “*you must know that all subjects, without distinction of degrees, owe to the king tribute and service, not only of their deed and hand, but of their knowledge and discovery (..) if they be called and examined, whether it be of their own fact or of another's, they ought to make direct answer*”.⁷⁰

Bentham, il filosofo utilitarista, che ha abbandonato la professione di avvocato disgustato dalla prassi forense del tempo per dedicarsi alla riforma delle istituzioni, politiche e sociali, oltre che di quelle giuridiche, si è posto l'obiettivo di estendere il metodo sperimentale dalle scienze fisiche a quelle morali.⁷¹ Nel suo monumentale lavoro sulla prova giuridica,⁷² Bentham sottolinea che, di un modello processuale, uno dei profili fondamentali è quello relativo alla “presentazione, o, meglio, esibizione delle prove”, e che “se manca la prova necessaria per convincere il giudice dell'esistenza del fatto, allora si ha come risultato l'ingiustizia”. Ne consegue che uno degli obiettivi del legislatore deve essere che la prova necessaria sia presentata. Il legislatore, quindi, deve anzitutto garantire la completezza della prova, facendo in modo che questa entri nel processo, ossia “obbligando le persone e le cose, in quanto fonti di prova, a essere presenti nel processo e a dare la prova di cui hanno la capacità di essere fonte”. Bentham ha giocato nel XIX secolo un ruolo fondamentale nello sviluppo del diritto delle prove ⁷³ e ha posto le basi per la creazione della c.d. *Rationalist Tradition of*

⁶⁸ Così PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, cit., 702. Cfr. anche BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 54; MILLAR, *Civil procedure of the trial court in historical perspective*, cit., 29.

⁶⁹ Si veda al riguardo POOVEY, *A History of the Modern Fact*, Chicago, 1998, 92 ss.

⁷⁰ *Charge against the Countess of Shrewsbury (1612)*, in *Works of Francis Bacon*, libro XI, *Letters and the life*, London 1868, 299. Sullo stretto rapporto tra i contributi di Bacon quale scienziato e quale giurista si veda SHAPIRO, *Probability and Certainty*, cit., 168.

⁷¹ Cfr. TWINING, *Globalisation & Legal Theory*, London 2000, 16, 91.

⁷² BENTHAM, *Rationale of judicial evidence*, libro I, London 1827, 25, 27, 37, e, circa la nozione di completezza della prova, libro II, 511.

⁷³ Per una revisione dell'idea tradizionale, che assegna a Bentham un ruolo fondamentale nello sviluppo del diritto delle prove, cfr. ALLEN, *The law of evidence in Victorian England*, Cambridge 1997. Circa l'importanza, in ogni caso, esercitata da Bentham sulla società dell'epoca basti pensare al romanzo *Hard Times*, incentrato sulla figura, caricaturale, di un utilitarista, Mr. Gradgrind, che nell'incipit del libro declama: “*Now, what I want is, Facts. (..) Facts alone are wanted in life*” [Dickens, *Hard Times* (1854), London 1995, 9].

Evidence Scholarship,⁷⁴ ove la completezza della prova rappresenta una imprescindibile assunzione.

Una regola, una volta che sia stata trapiantata in un altro sistema legale, muta, non è più la medesima formatasi nel sistema originario.⁷⁵ L'affermazione di Alan Watson vale certamente anche per la regola, propria del diritto romano-canonico, dell'interrogatorio della parte, che è stata profondamente trasformata dallo "spirito" del sistema anglo-americano.

Questo però non rende inutile il conservare la traccia dell'origine e del trapianto della regola.

Come ho sottolineato in premessa, il tema dell'accesso alla prova divide profondamente gli ordinamenti di *common di law* da quelli di *civil law*.⁷⁶ La consapevolezza che l'obbligo di *discovery* ha le sue radici nella tradizione dello *ius commune* può servire a vedere l'obbligo come non estraneo allo spirito dei sistemi europei continentali e pertanto ad accettare forme di *discovery* che se da un lato evitino gli eccessi dell'istituto anglo-americano – ed in particolare statunitense – dall'altro lato garantiscano al cittadino l'accesso alla prova necessario affinché sia effettivo il diritto di azione.⁷⁷

⁷⁴ Si veda TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London 1985, 1 ss.

⁷⁵ WATSON, *Legal History and a Common Law for Europe. Mystery, Reality, Imagination*, Stockholm 2001, 104.

⁷⁶ La divisione è emersa negli ultimi anni con particolare evidenza nell'ambito del contenzioso che presenta profili transnazionali. Per una riflessione al riguardo – collegata al commento della pronuncia della Corte Suprema americana nel caso Intel v. Advanced Micro Devices – si veda BESSO, *Discovery all'estero: un nuovo capitolo del confronto tra Europa e Stati Uniti*, in *Il diritto processuale civile internazionale*, a cura di Consolo- De Cristofaro, Milano 2006, 1387 ss.

⁷⁷ In questa direzione si veda il principio 16 (*Access to Information and Evidence*) elaborato dall'American Law Institute e da Unidroit: "Upon timely request of a party, the court should order disclosure of relevant, nonprivileged, and reasonably identified evidence in the possession or control of another party or a non-party. It is not a basis of objection to such disclosure that the evidence may be adverse to the party or person making the disclosure". Il principio fa parte dei *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, un progetto – iniziato nel 1997 dall'American Law Institute cui si è unito nel 1999 Unidroit – che aveva l'obiettivo di costruire un processomodello da utilizzare per le liti commerciali transnazionali, che costituisca un punto di equilibrio tra le due tradizioni di *common law* e di *civil law*, e che è culminato nella approvazione nel 2004 dei principi (il testo, insieme con un commento, può essere letto in *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge 2006).