



IL REGIME DEI FATTI NEI PROCESSI CIVILI DI CIVIL LAW E DI COMMON LAW (UN'INDAGINE STORICO-COMPARATISTICA)

DANIELA NOVIELLO

SOMMARIO 1.- PREMESSA.- 2.- IL MEDIO EVO E GLI *ORDINES IUDICIARI*. 3.- LA FASE PREPARATORIA NELL'ORDO: LA TECNICA DELLE *POSITIONES*. 4.- LIBELLO INTRODUTTIVO E *LITIS CONTESTATIO*. 5.- LA LOGICA SELETTIVA DELL'ORDO: “*DA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS*”. 6. – LA NOZIONE MEDIOEVALE DI DIRITTO. 7. - IL RAPPORTO TRA FATTO E DIRITTO ALLA LUCE DELLA NOZIONE MEDIOEVALE DI DIRITTO: “*EX FACTO ORITUR IUS*”. 8. – IL PROCEDIMENTO DI SELEZIONE DEI FATTI RILEVANTI. 9.- IL RAPPORTO TRA FATTO E DIRITTO ALLA LUCE DELLA MODERNA NOZIONE EUROCONTINENTALE DI DIRITTO: “*EX JURE ORITUR FACTUM*”. 10.- LA RILEVANZA GIURIDICA DEI FATTI NEI SISTEMI DI DIRITTO POSITIVO: L'INSCINDIBILITÀ DI FATTO E DI DIRITTO. 11.- LA TRASFORMAZIONE DEL PROCESSO: DALLA STRUTTURA BIPARTITA ALLA STRUTTURA LINEARE. 12.- IL PASSAGGIO DAL ‘PROCEDIMENTO DI SELEZIONE DEI FATTI’ AL ‘GIUDIZIO DI FATTO’. 13.- IL REGIME DEI FATTI NELL'ATTUALE MODELLO ITALIANO DI PROCESSO CIVILE. 14.-LE CARATTERISTICHE DEGLI ATTUALI MODELLI PROCESSUALI DI COMMON LAW: IN PARTICOLARE, IL PROCESSO CIVILE INGLESE. 15.- CONCLUSIONI.

1. Il metodo di ricerca fondato sulla ricostruzione storica offre al giurista la possibilità di appropriarsi di strumenti d'indagine che promettono di rivelare risultati sorprendenti. D'altra parte, l'approccio storico induce ad adottare contemporaneamente il metodo comparatistico, perché, se da un lato “*History involves comparison*”¹⁾, dall'altro lato, “*Comparison involves history*”²⁾.

Con particolare riferimento al processo civile, tale metodo d'indagine si è rivelato particolarmente fruttuoso, in quanto ha consentito di individuare nel Medio Evo il “*vero punto di partenza, il Neuzeit della processualistica*”³⁾, e nell'*ordo iudicarius* la comune origine

1) F. W. MAITLAND, *Why the History of English Law is Not Written*, in H.A.L. Fisher (Ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 1911, p. 488 .

2) G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in Enc. Dir., vol. 12, Milano 1964, p. 930, nt. 5. In precedenza, T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato* (1945), in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 12.

3) Precisamente, nei secoli XVII e XVIII (N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, Enc. Dir., Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 103 ss., alla lettura del quale si rinvia, anche per le amplissime citazioni di letteratura). Per la prima volta in tale periodo, invero, le regole per lo svolgimento dei giudizi, che fino ad allora erano state



degli attuali modelli processuali propri dei sistemi giuridici di Civil Law e di Common Law⁴), gettando nuova luce su molti temi della letteratura processual-civilistica.

L'applicazione del metodo storico-comparatistico sembra, tra gli altri, poter illuminare il tema del regime dei fatti nel processo civile, oggetto del presente saggio, che è centrale nella logica del giudizio.

Da un lato, infatti, gli studi sulla storia del processo (che hanno evidenziato i riflessi delle trasformazioni storiche sulla modulazione di diversi modelli processuali nei sistemi giuridici di Civil Law e di Common Law) e, dall'altro lato, gli studi comparatistici sulle caratteristiche proprie degli ordinamenti giuridici di Civil Law e di Common Law (che hanno rivelato il carattere relativo della nozione di diritto, soprattutto in funzione della diversità delle fonti di produzione), sembrano consentire di meglio inquadrare i fatti nella complessa articolazione dell'architettura processuale, evidenziando le caratteristiche che differenziano il relativo regime nei processi civili di Civil Law e di Common Law.

2. Benché non si possa parlare di vera e propria legislazione processuale⁵), gli *ordines iudicarii* possono considerarsi un modello di ordinamento processuale, perché, grazie “*all’opera, paziente ed assidua, dei pratici e degli antiquarii*”⁶), nonché all’iniziativa delle autorità

affidate alla prassi dei singoli tribunali, furono scritte e raccolte in trattati denominati *ordines iudicarii*. La più recente sistemazione degli *ordines iudicarii* è dovuta a L. FOWLER MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudicarius. Begriff und Literaturgattung* (Ius comune, Sonderheft, 19), Frankfurt am Main, 1984; ID., *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Brepols Turnhout – Belgium, 1994. In argomento, anche K. W. NÖRR, «*Ordo iudiciorum*» und «*ordo iudicarius*», in *Studia Gratiana*, 11, 1967, p. 327 ss., ora in ID., *Iudicium est actum trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, Goldbach, 1993, 3-19; A.M. STICKLER, *Ordines iudicarii*, in AA. VV., *L'Educazione giuridica*, a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, vol. VI, Modelli storici della procedura continentale, Tomo II, Dall'ordo iudicarius al codice di procedura, Napoli 1994, by Università degli Studi di Perugia (già in *Dictionnaire de droit canonique*, VI, Paris, 1957, p. 1132 ss.). Tra gli studi storici italiani, E. CORTESE, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992; ID., *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso medioevo*, Roma 1995, p. 103-142.

⁴) L'*ordo iudicarius* può considerarsi la comune origine dei modelli processuali dei sistemi di Civil Law e di quelli di Common Law, essendo diffuso, in epoca medioevale, sia nell'Europa continentale, sia in Inghilterra (“*Dans le Moyen Âge l'ordo iudicarius a été construit comme une procédure commune à toute l'Europe, y comprise l'Angleterre*» (A. GIULIANI, *Le rôle du «fait» dans la controverse (à propos du binôme «réthorique-procédure judiciaire»*), in *Archives du Philosophie du Droit*, 1995, p. 231).

⁵) Per la semplice ragione che il primato della legislazione e l'accentramento nel sovrano-legislatore del potere di stabilire le regole di svolgimento dei giudizi si sarebbero affermati molto più tardi, cioè, sul finire del secolo XVIII (N. PICARDI, *Introduzione a Code Louis T. 1 Ordonnance Civile, 1667*, Milano, 1996, p. IX, ss. ; ID. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 105 ss.).

⁶) N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, Enc. Dir., Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 106; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 207 s.



ecclesiastiche, che ne promuovevano l'applicazione per la decisione sia delle controversie interne (come forme di garanzia per i prelati accusati), sia di quelle che vedevano la contrapposizione tra chierici e laici⁷), gli *ordines iudicarii* erano diffusi, durante il Medio Evo, in tutto il continente europeo e si collocavano nel sistema delle fonti del diritto, quali frutto di interpretazioni dottorali.

Sebbene non contenessero una disciplina uniforme del processo, gli *ordines iudicarii* erano tutti caratterizzati dalla suddivisione dell'iter processuale in fasi, ciascuna delle quali era destinata allo svolgimento di specifiche attività. In linea di massima, la trattazione delle cause risultava composta di tre parti: (a) fase preparatoria, destinata all'individuazione dei fatti controversi; (b) fase giudiziale vera e propria, destinata all'accertamento probatorio; (c) fase decisoria, destinata alla formazione della decisione (normalmente la disciplina di tale fase comprendeva anche la disciplina dell'esecuzione della sentenza e dei rimedi di carattere impugnatorio⁸).

⁷) La circolazione dei testi e degli autori tra i centri più progrediti di studio del diritto (quale la scuola bolognese) e le città transalpine rappresenta un processo culturale che “risponde ad un insieme di riassetamenti importanti delle strutture sociali e politiche. Ne ricordiamo due: la spinta potente dell'ordinamento ecclesiastico verso la diffusione dell'ordo iudicii (al proprio interno, come forma di garanzia per i prelati accusati, e verso l'esterno, come disciplina dei conflitti spesso violenti che contrapponevano gli enti religiosi ai signori laici e alle comunità); e la lenta costruzione di una nuova idea di iurisdictio che le comunità politiche urbane dovevano presto fare propria. La diffusione di un ordo relativamente coerente sia nelle corti laiche sia in quelle ecclesiastiche, con una sequenza di atti «giusti» che i rappresentanti della iurisdictio pubblica devono seguire e imporre, fu dunque un momento importante di costruzione del politico, perché riconosceva di fatto un diritto al processo che da quel momento divenne stabile (vale a dire il diritto di presentare la propria querela davanti a una corte pubblica) e legittimava l'autorità ad assumersi il compito di giudicare secondo un ordine regolato” (M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2006, p. 19 s.). L'influenza che il diritto processuale di matrice italiana, attraverso la diffusione degli *ordines iudicarii*, ha determinato nell'ampio contesto dell'Europa centrale fino al XVI secolo, e ancora nei secoli XVII e XVIII, è evidenziata anche da N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, Enc. Dir., Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 103 ss., spec. p. 115, dove il processo romano-canonico, di matrice italiana, viene definito come esempio di “processo comune europeo”. Conferma la dimensione europea del fenomeno anche L. FOWLER MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudicarius. Begriff und Literaturgattung* (Ius comune, Sonderheft, 19), Frankfurt am Main, 1984; ID., *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Brepols Turnhout – Belgium, 1994. Tra gli studi storici italiani, E. CORTESI, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992; ID., *Il diritto nella storia medievale, II, Il basso medioevo*, Roma 1995, p. 103-142. In generale, circa il ruolo della Chiesa nella diffusione in Europa del diritto comune (di matrice romanistica), favorito dalla dimensione universale dell'organizzazione ecclesiale, v. A. GAMBARO in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, nel *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, 2^o Ed., Torino, 2006, p. 263-264.

⁸) “Dans les Ordines iudicarii le plane varie selon les différent ouvrages. Il y a cependant des traits fondamentaux et essentiels qui sont plus ou moins commun à tous les Ordines. Dans la forme, ils présentent trois parties qui correspondent à l'organisation de la matière traitée, dans laquelle on distingue les actes introductifs et préparatoires du procès; les actes qui constituent proprement le procès, de la litiscontestatio à la sentence; enfin les actes qui terminent le procès et le suivent: la sentence, l'exécution de la sentence, et le voies de recours exercées tent contre la sentence que contre son exécution» (A.M. STICKLER, *Ordines iudicarii*, in AA. VV., *L'Educazione giuridica*, a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, vol. VI, Modelli storici della procedura continentale, Tomo II, Dall'ordo iudicarius al codice di procedura, Napoli 1994, by Università degli Studi di Perugia (già in Dictionnaire de droit canonique, VI, Paris, 1957, p. 1132 ss.), p. 6).



La fase preparatoria e quella giudiziale erano separate dall'atto di contestazione della lite⁹). La *litis contestatio* rappresentava uno degli elementi più caratterizzanti della procedura e segnava il passaggio dalla fase preparatoria del giudizio, il cui svolgimento era affidato principalmente alle parti, alla fase del giudizio vero e proprio, nella quale il ruolo principale era attribuito al giudice.

Nell'atto formale di contestazione della lite venivano raccolti i fatti controversi tra le parti, destinati a confluire nella fase giudiziale, per formare oggetto della prova e, quindi, della decisione. Tali fatti venivano individuati nel corso della fase preparatoria attraverso un meccanismo di scambio di allegazioni tra le parti (*interrogationes/positiones* di una parte, e relative *responsiones* dell'altra parte), meccanismo congegnato appunto per escludere dalla materia controversa i fatti ammessi da entrambe le parti e, pertanto, non bisognosi di prova nella successiva fase giudiziale¹⁰). Tra la fase preparatoria e quella giudiziale esisteva, quindi, un rapporto funzionale, nel senso che lo svolgimento della prima era indispensabile all'ordinato svolgimento della fase successiva: la fase preparatoria era funzionale all'individuazione/definizione del materiale di fatto, che avrebbe formato oggetto della prova e della decisione¹¹). In questo senso, si comprende perché, con la diffusione degli *ordines iudicarij*, si sia affermato l'uso del termine *processus* per indicare l'insieme delle attività processuali, in luogo del termine *iudicium*, originariamente utilizzato; e perché con la parola *iudicium* si indicasse, nell'*ordo*, solo una parte, una fase del *processus*¹²).

3. Il meccanismo dello scambio delle allegazioni tra le parti, necessario all'individuazione dei fatti controversi da trattare nella fase giudiziale, si presentava articolato e complesso: ogni fatto veniva allegato, da ciascuna parte, mediante la formulazione di una domanda (definita *interrogatio* o *positio*), rivolta all'avversario. Quest'ultimo poteva rispondere alla domanda in maniera affermativa o negativa. Nel primo caso, il fatto restava fissato, e veniva, pertanto, escluso dal *thema probandum*; nel secondo caso, si considerava controverso,

⁹) Il modello originario di processo strutturato secondo la bipartizione tra *fase in iure* e fase *in iudicio*, tra loro divise dall'atto formale di contestazione della lite, è, in realtà, proprio del processo civile del diritto romano classico, sia nella forma del processo per *legis actiones*, sia in quella del processo formulare (in argomento, E. BETTI, *Processo civile (diritto romano)*, Nss. Dig. It., Torino 1957, p. 1099 ss.). Rispetto a tale modello originario, il processo di diritto romano – canonico presenta, tuttavia, elementi particolari, che riflettono i mutamenti sul piano dell'ordinamento giuridico ed istituzionale, verificatisi in seguito alla caduta dell'Impero romano.

¹⁰) In particolare, le attività principali riservate alla fase preparatoria, secondo le classificazioni maggiormente diffuse, possono così essere individuate: "a) «*exceptiones dilatoriae*»; b) «*interrogationes ante litem contestatam*»; c) «*ordo cognitionum*» e «*quaestiones incidentes*»" (A. MAZZEO, I «Preparatoria iudicij» nell'*ordo iudicarius* del XIII secolo, in AA.VV., *L'Educazione giuridica*, a cura di A.GIULIANI e N. PICARDI, vol. VI – Modelli storici della procedura continentale, Tomo II – Dall'*ordo iudicarius* al codice di procedura civile, Napoli 1994, by Università degli Studi di Perugia, p. 153).

¹¹) N. PICARDI, *Code Louis, T. I Ordonnance civile 1667*, Milano 1996, *Introduzione*, p. XL.

¹²) N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, Enc. Dir., Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 106 ss., spec. p. 107 e 109.



ed era destinato a confluire nell'atto di contestazione della lite ed a formare oggetto, nella successiva fase giudiziale, della prova e della decisione¹³).

Mediante la formulazione delle *positiones*, la vicenda che aveva dato origine alla controversia veniva suddivisa in tanti piccolissimi elementi (di fatto), su ciascuno dei quali le parti provocavano la risposta positiva della controparte: se le parti avessero, invero, formulato un'unica *positio*, avente ad oggetto l'intera vicenda di fatto, dalla quale la controversia aveva avuto origine, si sarebbero esposte al rischio che la controparte, intendendo negare solo alcuni degli elementi di fatto di cui la vicenda era composta, finisse per negare l'intera vicenda¹⁴). La formulazione delle *positiones* richiedeva, quindi, una grandissima competenza e l'attività dei difensori delle parti risultava, pertanto, caratterizzata da un altissimo (talvolta eccessivo) tecnicismo.

4. L'introduzione del procedimento, secondo l'*ordo*, avveniva mediante la formulazione di un libello introduttivo, contenente la citazione del convenuto, l'indicazione della *res* pretesa nei confronti dell'avversario e il nome dell'azione per la quale si agiva¹⁵).

Occorre, tuttavia, precisare che l'indicazione del nome dell'azione non implicava anche l'allegazione dei fatti. I fatti che avevano dato origine alla controversia venivano dedotti in causa, infatti, attraverso il descritto meccanismo di scambio di *allegationes*

¹³) “*Si tratta di una sorta di somma algebrica dei segni positivi (risposte affermative) e negativi (risposte negative)*” (M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, p. 87).

¹⁴) M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, p. 86. Con il conseguenza aggravio probatorio, nella successiva fase giudiziale.

¹⁵) L. FOWLER MAGERL, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Brepols Turnhout – Belgium, 1994, p. 38: “*In regard to the conception of the libellus, JOHANNES BASSIANUS maintained that the exact name of the action, according to the division of actions in Roman law, did not have to be revealed in the libellus of complaint sent to the defendant, but that it did have to be given when the defendant appeared in Court. His contemporary PLACENTINUS disagreed. He said that the revelation of underlying reason for the action was sufficient. The citizens of Pisa, incidentally, agreed with neither of them and insisted that the name of the action already be specified in the libellus (“Invocato Christi nomine”, written in Tuscany at the end of the twelfth century, edited by WAHRMUND, Quellen, vol. V.1, p. 14: “Placentinus dicebat, actionem esse edendam in libello; sed hoc ipso intelligebat editam quod causa fuisset expressa...Sed dominus Job. dicebat expressim, quod non compellitur actor, nomen actionis in libello inserere; sed post in iudicio debet nomen exprimere. Sed quidam, ut sunt Pisanii et alii, firmiter tenent et observent, quod actor semper nomen actionis expressim in libello scribat et inserat* »). Pope Alexander III rejected entirely the practice of requiring the plaintiff to prepare a description of the complaint before he appeared before the judge. He maintained that the judge himself should inquire about the facts behind the complaint, and that he should do so in a simple manner (X. 2.1.6). GUILLELMUS DE LONGO CAMPO maintained accordingly that the formulation of the complaint was part of the office of the judge (Edited by CAILLEMER, *Le droit civil*, p. 209: “*Canonum enim simplicitas editionem actionis non desiderat, sed sufficit iudicis officium implorare*”)). L'indicazione del nome dell'azione si rendeva necessaria perché, da un lato, nel sistema delle *actiones*, da uno stesso fatto potevano nascere differenti azioni e, dall'altro lato, le stesse *actiones* contemplate dall'ordinamento (ancora fondato, come il diritto romano, sull'idea che il diritto in tanto esisteva, in quanto fosse tutelato da un'azione, configurandosi, così, tanti diritti, quante le azioni consentite), “*offrivano una definizione prestabilita per una gamma enorme di comportamenti possibili e per altrettante rivendicazioni in giudizio*” (M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, p. 82 ss.).



et responsiones, nel corso dell'intera fase preparatoria, precedente l'atto formale di contestazione della lite.

L'indicazione del nome dell'azione nel libello introduttivo aveva, quindi, la limitata funzione di indicare sommariamente, e per implicito, il comportamento del reo, in relazione al quale era originata la pretesa: “*era necessario un filtro iniziale che non tradisse completamente il fatto, ma lo rendesse leggibile agli occhi di tutti attraverso la sua riduzione a pretesa da parte dell'attore*”¹⁶).

Si può, allora, affermare che il vero atto introduttivo del giudizio (vero e proprio) fosse costituito dalla *litis contestatio*, in quanto solo con la contestazione formale della lite si poteva dire individuata la materia controversa tra le parti (sottoposta alla cognizione giudiziale). Tale atto era, invero, considerato “*the constitutive act of the trial because it represented the readiness of both parties to litigate*”¹⁷) e la sua formulazione rappresentava un momento solenne, al quale era destinata un'apposita udienza¹⁸).

La *litis contestatio* svolgeva anche una funzione preclusiva, in quanto segnava il momento in cui, essendo stato definito l'oggetto della causa (o, meglio, l'oggetto della lite - i fatti controversi -), ed eliminate le questioni irrilevanti o improponibili, si poteva passare alla fase istruttoria in senso stretto, cioè, alla prova dei fatti di causa¹⁹).

5. La configurazione del processo in fasi separate, ciascuna delle quali destinata allo svolgimento di particolari attività e alla realizzazione di un autonomo scopo²⁰) e, in particolare, la distinzione tra la fase preparatoria e la fase giudiziale, riflettono la logica

¹⁶) M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, p. 83 ss., spec. p. 85..

¹⁷) L. FOWLER MAGERL, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Brepols Turnhout – Belgium, 1994, 37. In argomento, E. MAZZACANE, *La “litis contestatio” nel processo civile canonico*, Napoli 1954, 19, 24, 26; R. SOHM, *Die litis contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des Zivilprozesses*, Munich, 1914; ROSSI, *Procedimento civile (forme del)*, Dig. It., vol. X, 372.

¹⁸) A. MAZZEO, *I «Preparatoria iudicii» nell'ordo iudicarius del XIII secolo*, in AA.VV., *L'Educazione giuridica*, a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, vol. VI – Modelli storici della procedura continentale, Tomo II – Dall'ordo iudicarius al codice di procedura civile, Napoli 1994, by Università degli Studi di Perugia, 151, dove si sottolinea l'importanza dell'atto anche dal punto di vista soggettivo, in quanto espressione dell'intento delle parti di procedere giudizialmente (più tardi definita «animus litigandi»), allo scopo di ottenere una sentenza sui fatti controversi (come definiti e delineati attraverso la complessa procedura della fase preparatoria).

¹⁹) A. MAZZEO, *I «Preparatoria iudicii» nell'ordo iudicarius del XIII secolo*, in AA.VV., *L'Educazione giuridica*, a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, vol. VI – Modelli storici della procedura continentale, Tomo II – Dall'ordo iudicarius al codice di procedura civile, Napoli 1994, by Università degli Studi di Perugia, p. 160. A seguito della contestazione della lite, invero, “*nulla exceptio dilatoria postea obici potest (...) testes recipiantur, et ad diffinitivam sententiam procedatur, quod ante litem contestatam fieri non potest*” (TANCREDI, in PILLII, TANCREDI, GRATIAE, *Libri de iudiciorum ordine*, ed. Bergmann, Gottingae, 1842 (rist. anastatica Darmstadt, 1965), p. 200, p. 219

²⁰) Sull'autonomia della fase preliminare rispetto a quella del giudizio, A.O. COMEZ, *L'Ordo iudicarius in Ivo di Chartres*, in *L'Educazione Giuridica* a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, vol. II, Tomo II, Napoli 1994 by Università degli Studi di Perugia, p. 61.



selettiva propria dell'*ordo*, secondo la quale, la distinzione tra “fatto” e “diritto” è chiara e definita²¹).

Tale logica selettiva incide anche sul ruolo assegnato ai soggetti del processo (giudice e parti) nelle diverse fasi: nella fase preliminare, destinata alla fissazione degli elementi di fatto della controversia, il ruolo attivo era attribuito alle parti (alle quali era assegnato il compito di porre in essere una serie di attività processuali: proposizione del libello introduttivo; formulazione delle *interrogationes/positiones*; formulazione delle *exceptiones*)²²); nella fase giudiziale vera e propria, invece, il ruolo predominante veniva assolto dal giudice, il quale gestiva la fase istruttoria e decideva la causa con sentenza definitiva, mentre alle parti era consentita solo un'attività argomentativa, che si estrinsecava essenzialmente nella discussione (giuridica) della causa davanti al giudice, in ordine alla rilevanza giuridica dei fatti che risultavano essere stati provati²³).

Insomma, alle parti il fatto, al giudice il diritto (“*da mihi factum, dabo tibi jus*”).

Il ribaltamento dei ruoli del giudice e delle parti, nella fase preliminare e nella fase giudiziale, costituisce, altresì, espressione di un altro principio proprio dell'*ordo*. Si tratta del principio di divisione della conoscenza²⁴), in virtù del quale si riteneva che la ricerca della verità non fosse attribuita in via esclusiva al giudice, ma si dovesse perseguire attraverso il pari contributo del giudice e delle parti. Tale principio era concepito come rimedio alla fallibilità del giudizio, e comportava, appunto, il riconoscimento della signoria sul fatto alle parti, e della signoria sul diritto al giudice. Ecco perché lo svolgimento della fase preparatoria, destinata alla fissazione degli elementi di fatto della controversia, era sostanzialmente affidato alle parti²⁵); mentre nella fase giudiziale, destinata al giudizio, l'attenzione era spostata sul giudice, e sulla decisione.

Le due fasi del processo, fase preliminare e fase giudiziale, risultavano, insomma, totalmente distinte ed autonome, (a) sia per quanto riguarda i soggetti ai quali risultava affidato lo svolgimento delle attività processuali; (b) sia per quanto riguarda l'oggetto di tali attività processuali; e (c) sia per quanto attiene allo scopo.

²¹) A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio al pleading system (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, RDP 1993, p. 961, p. 963.

²²) Nell'ordine isonomico proprio dell'*ordo*, infatti, la supplenza del giudice sui fatti “è illogica ed iniqua” (A. GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in Riv. Dir. Proc. 1988, p. 600) e la definizione/individuazione dei fatti della causa non può che essere assegnata in via esclusiva alle parti (*judex non potest in facto supplere*).

²³) “*Judicium describi potest legitima causae discussio, ac definitio inter litigantes coram iudicem. Judicium dicitur tum discussio, tum definitio; praecipuus iudicii finis utique est causae definitio, sed judex sententiam rite ferre non potest, nisi diligenti prius adhibita causae cognitione, atque discussione*” (THOM. MAURITIO RICHERI, *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, Venetiis, 1841, III, 445, § 1566).

²⁴) Sul quale si basa la ragione pratica (A. GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in Riv. Dir. Proc. 1988, p. 605, p. 607).

²⁵) L'affidarsi alla libera ricerca del giudice nella ricostruzione del fatto rappresenta una concezione moderna e, ad essa, si accompagna il declino della *litis contestatio* (A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 170, p. 226 s.).



6. La struttura procedimentale della fase preparatoria, nella quale il confronto tra le parti era stato dialetticamente configurato secondo una logica dialogica²⁶), era coerente con la nozione di fatto, propria del processo di diritto comune. Qui, invero, i fatti non erano concepiti nella loro naturale e tangibile consistenza, preesistente al processo, ma erano considerati quali costruzioni dialettiche, che dovevano essere definite dalle parti nel dibattimento e messe alla prova dal giudice. In questo senso, i fatti venivano “svelati” nel processo, ed assumevano consistenza -ai fini del processo e del giudizio- per come risultavano dal confronto tra le contrapposte affermazioni delle parti²⁷): “*Lo scontro delle versioni diverse ha come risultato finale un terzo ipotetico fatto, formato dalle proposizioni negate che devono essere provate*”²⁸).

Una tale nozione di fatto non deve meravigliare. Essa risente, infatti, dei modelli epistemologici di riferimento, propri dei compilatori degli *ordines iudicarii*. Al pensiero medioevale era estranea, infatti, l'idea che potesse essere accertata in giudizio la verità, nella sua naturalistica, oggettiva consistenza; ed apparteneva, al contrario, l'idea che nel processo non potesse essere accertata altro, se non una verità probabile, la cui dimensione fattuale veniva “costruita” nel processo, ai fini della decisione, ai fini dell'accertamento della c.d. verità “processuale”²⁹).

7. La descritta suddivisione in fasi del procedimento, che corrispondeva alla distinzione tra fatto e diritto propria della logica selettiva dell'*ordo*, sembra trovare

²⁶) V., al riguardo, il bel volume di F. MACIOCE, *La lealtà – Una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005.

²⁷) “*Affidare ad una ragione individuale – per quanto onnisciente (poco importa se di un legislatore o di un giudice) – la ricerca del fatto è contro le istanze della ragione pratica, che è basata sulla divisione della conoscenza. Il contraddittorio insomma è un ineliminabile strumento di ricerca della verità in un settore legato – sia nella questione filosofica come nella controversia giuridica – a quella prova naturale costituita dalla testimonianza umana?*” A. GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *iv. Dir. Proc.*, 1988, p. 606 s.) Nel sistema di diritto comune, si possono distinguere “*almeno tre fasi del processo nelle quali il fatto viene presentato, ricostruito e verificato: la prima, nel libello all'inizio del procedimento, riguarda la scelta dell'actio da rivendicare; la seconda nelle positiones, contiene la ricostruzione del fatto presentata dalle parti in forma di dialogo; la terza nelle intentiones raccoglie articoli che le parti vogliono dimostrare e sui quali si redigono le domande da fare ai testi?*” (M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, p. 81). L'analogia con il moderno principio della *discovery* nei moderni processi anglosassoni è sorprendente.

²⁸) M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, p. 87.

²⁹) Il concetto di verità intesa in termini oggettivi, che deve essere accertata in giudizio secondo criteri scientifici, sarebbe, invero, apparso solo più tardi: è nel seicento che alla logica argomentativa si sostituisce una logica scientifica; ed è con l'applicazione della logica ramistica allo studio del processo, che si verifica “il momento di transizione da un modo di pensare orientato sul problema ad un modo di pensare sistematico, modellato sul sapere scientifico; e la procedura, da una disciplina che studia verità ‘probabili’, diviene, almeno tendenzialmente, una scienza delle verità ‘assolute’” (così N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, Enc. Dir., Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 111).



corrispondenza anche nel particolare rapporto tra fatto e diritto, dipendente dalle caratteristiche dell'ordinamento giuridico sostanziale proprio dell'epoca medioevale.

Al riguardo, viene in rilievo la circostanza che nel mondo medioevale “*prevaleva la concezione del diritto come un complesso di regole che precede l'agire umano e che dunque era da “scoprire”:* da parte del legislatore in sede di emanazione della *lex*, del giudice in sede di giudizio e del giurista di scuola in sede di elaborazione dottrinale; e il *corpus giustiniano* conteneva essenzialmente, se non esclusivamente, i capisaldi delle direttrici cui attenersi”³⁰).

Soprattutto nel tardo Medioevo, con l'affermazione del neo-umanesimo e del giusnaturalismo, si era affermata l'idea che il diritto, in quanto connaturato all'essenza umana, non è prodotto, ma preesiste, in natura, alla normazione: il diritto non è creato, ma è “scoperto” attraverso il pari concorso dell'attività legislativa del principe, dell'interpretazione dei *doctores*, dell'applicazione dei giudici nei processi.

L'eredità del diritto romano, in particolare, le fonti riordinate nel *corpus juris* di Giustiniano, non erano considerate un parametro vincolante, ma solo un punto di partenza. La stessa legge non proveniva da una fonte unitaria, coesistendo contemporaneamente, sullo stesso territorio, una pluralità di fonti legislative: alla normazione laica si accompagnava, infatti, una normazione di origine canonica, che concorreva con la prima; inoltre, con la formazione dei regni romano – barbarici, si era affermata la concezione della coesistenza di diritti separati per i popoli barbarici, e per quelli già stanziati sul territorio dell'impero romano: la legge era, quindi, non territoriale, ma personale³¹).

A ciò si aggiunga che si collocavano sullo stesso livello della legge, nel sistema delle fonti del diritto, le interpretazioni dei *doctores*, che producevano testi e manuali e si ritenevano autorizzati ad intervenire direttamente sul testo originario, introducendo persino nel *Corpus juris* glosse esplicative, alle quali era riconosciuto lo stesso valore delle norme interpolate³²).

Infine, un ruolo di particolare importanza, nel sistema di produzione del diritto, era assegnato ai giudici, che si ritenevano autorizzati a decidere anche in base a regole normative create appositamente per il caso deciso. Non a caso si parla, al riguardo, di diritto giurisprudenziale.

³⁰) I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine – Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, p. 8.

³¹) A. GAMBARO in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, nel *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, 2° Ed., Torino, 2006, p. 252, nota 11: “Una legge territoriale si impone per sua natura su tutto lo spazio geografico soggetto ad una entità politica, la quale mediante le sue strutture di governo assume il compito di istituire il diritto che deve valere nel paese. La scelta a favore della legge personale significa, invece, che ciascuna etnia stanziata su un territorio continua a vivere secondo la sua legge. Ma il riconoscimento che ciascuna etnia ha già una propria legge, implica che il soggetto politicamente sovrano effettua riguardo al diritto solo una attività di riconoscimento di ciò che preesiste alla sua autorità ed è pertanto indipendente da essa”.

³²) Si rileva, infatti, comunemente, in seno alla comunità scientifica degli storici del diritto, la difficoltà di estrapolare, dai testi che ci sono pervenuti attraverso il Medioevo, le originarie formulazioni del *corpus*, che si presenta, il più delle volte, artefatto dalle interpolazioni dei glossatori.



“L’ordinamento era vivo proprio in quanto attraverso l’interpretatio era possibile adeguarlo (...) e anche produrre ius novum”³³); “solo se il caso era espressamente e chiaramente deciso dalla legge, non vi era spazio per l’attività interpretativa. Al di là di questo limite, cioè in presenza di un casus omissus o di un casus dubius, si apriva il campo dell’interpretatio della giurisprudenza, dottorale o giudiziale, che assumeva una funzione senz’altro creativa, In altri termini, si trattava di un’attività di produzione di norme e, quindi, di un fatto normativo, non di una semplice attività ermeneutica”³⁴). In questo senso, i Tribunali non erano vincolati a schemi precostituiti³⁵) e, concorrendo a determinare l’ordinamento giuridico, partecipavano, all’esercizio della sovranità³⁶).

³³) I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine – Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002, p. 92, dove si precisa che, in relazione alla funzione creatrice del diritto, al fine di limitare il ricorso all’arbitrio dei Tribunali, si impose il dovere di attenersi alla *communis opinio* (criterio, peraltro, di difficile individuazione), oltre che quello di attenersi ai precedenti giudiziali, in relazione al quale si determinava la creazione di un vincolo, “costituendo la soluzione espressa in un precedente una legittima aspettativa di decisioni conformi, per casi analoghi, salva la presenza di una ragione ben ponderata che giustificasse il discostarsi da essa. Un segno di forza, perché, in fondo, la determinazione dei requisiti necessari per formare un giudizio consolidato era rimessa alla giurisprudenza degli stessi Tribunali (e se talora si affermò un termine decennale, talora si dichiarò addirittura che bastasse una sola pronuncia, mentre più spesso si accolse il principio che bastassero solo due giudicati conformi – le cosiddette *binæ iudicaturæ* – per creare il precedente). Inoltre il vincolo valeva per l’arvenire e dunque importava una sorta di trasformazione erga omnes dell’indirizzo giurisprudenziale accolto nel precedente).

³⁴) N. PICARDI, *Code louis, T. I Ordonnance civile 1667*, Milano 1996, *Introduzione*, p. XXVII s. Quanto alla funzione normativa assunta dall’interpretazione dei *doctores* nell’ordinamento giuridico medioevale, ed il suo inquadramento nel sistema delle fonti del diritto medioevale, si rinvia alla ricostruzione di A. GAMBARO (in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, nel *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, 2° Ed., Torino, 2006, 255 ss., p. 261-262), il quale descrive i passaggi che hanno consentito all’interpretazione dottorale di acquisire l’autorità necessaria per imporsi quale fonte normativa, chiarendo che la funzione di creazione normativa attribuita all’interpretazione dottorale rispondeva all’esigenza di adattare alle nuove esigenze espresse dalla società la fonte normativa vecchia di secoli (il *Corpus juris iustinianeo*) assunta a fondamento dell’ordinamento giuridico; così, si ammetteva l’interpretazione estensiva del testo originario, “ma questa interpretazione acquistando autorevolezza con il trascorrere del tempo e con il diffondersi della fama del suo autore, poteva essere oggetto a sua volta di interpretazione estensiva, sicché l’ininterrotta attività dei giuristi consentiva di percorrere traiettorie costruttive i cui esiti ultimi erano molto lontani dal significato del testo originale”.

³⁵) I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine–Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002, p. 34.

³⁶) I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine–Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002, p. 93 s., dove si riporta, a titolo esemplificativo, il contenuto di una celebre pronuncia del Consiglio Supremo del Regno di Napoli, reso in sede di appello avverso la decisione della Magna Curia della Vicaria, tra una certa Elena Carasola ed un notaio, Francesco de Lungano: il Tribunale di primo grado aveva deciso, in favore del notaio, dichiarando non vincolante la promessa dallo stesso formulata. Il principio di diritto applicato era quello per il quale la semplice promessa era ritenuta inefficace: *ex nudo pacto actio non oritur*; ma il termine “promessa” era ambiguo, potendo riferirsi tanto ad un semplice accordo, quanto ad una promessa vincolante (*stipulatio*). In punto di fatto, risultava certamente che la promessa era stata fatta, e che, in ipotesi di mancata esecuzione, l’appellante avrebbe subito un danno, tutelabile con l’*actio de dolo*. In tal caso, il Supremo Collegio ha ritenuto di poter applicare un giudizio equitativo, per far prevalere la sostanza del rapporto: se il *ius civile Romanorum* non prevedeva l’azionabilità del singolo patto, avrebbe potuto riconoscersi l’esistenza di un’obbligazione naturale, soggetta ad esecuzione in base ad un giudizio d’equità del sovrano, svincolato da formalità. In tal caso, sarebbe, tuttavia, dovuto intervenire direttamente l’imperatore, o il pontefice, unici titolari dell’*interpretatio* equitativa; ma il Supremo Consiglio ritenne di potersi sostituire al sovrano stesso, ed esercitare direttamente la prerogativa



In mancanza di precisi vincoli normativi precostituiti, si può affermare, che il rapporto tra fatto e diritto si adeguava, in tale periodo, al principio “*ex facto oritur jus*”.

8. Considerate le ricordate caratteristiche del diritto medioevale, da un lato, il giudice era libero di creare la regola di diritto, da applicare alla specifica vicenda sottoposta al suo giudizio; dall'altro lato, le parti non erano vincolate ad allegare in giudizio specifici fatti. In altri termini, in un sistema di diritto che non era di diritto positivo, la mancanza di una fattispecie astratta precostituita, comportava che né il giudice (al momento della decisione), né la parte (nel momento della proposizione della domanda giudiziale) subivano particolari vincoli nello svolgimento delle rispettive attività processuali.

L'aspettativa di accoglimento della domanda giudiziale non dipendeva, allora, dalla conformità della situazione di fatto alla descrizione contenuta in una (inesistente) precostituita disposizione normativa, e i fatti rilevanti ai fini della decisione potevano essere individuati solo nel processo, mediante il descritto procedimento di confronto dialettico sui fatti, che si svolgeva nel corso della fase preparatoria. In mancanza di una norma precostituita e precettiva, i fatti rilevanti per la decisione non potevano, infatti, essere individuati al momento della proposizione della domanda³⁷⁾, e la fase preparatoria svolgeva, allora, proprio la funzione di filtro nella individuazione del materiale di fatto rilevante ai fini della causa³⁸⁾.

sovrana (del giudizio d'equità), in base al seguente ragionamento: nel regno il re esercitava poteri analoghi a quelli dell'imperatore, secondo la pacifica formula per la quale *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*; e, piché, il Supremo Consiglio, nel regno, “rappresentava” il re, allo stesso Consiglio doveva ritenersi attribuito il potere (sovrano) di decidere in via equitativa, con la stessa larghezza dell'imperatore e del re (Matteo D'AFFLITTO, *Decisiones Sacri Regii Neapolitani Consilii*, Lugduni, ex officina haeredum S. Beraud, 1608 – ma già pubblicata nel 1509 -, dec. CXX, pp. 255-256. Su tale raccolta e sulla fortuna della decisione in vari ambienti della cultura europea, I. BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, in *Towards a General Law of Contracts*, ed. by J. Barton, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, . 311 ss.; ma anche U. PETRONIO, *Senato (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Torino 1989, p. 1159 s.; ID., *I Senati giudiziari*, in *Il Senato nella storia. Il Senato nel Medioevo e nella prima Età moderna*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1997, p. 401 s.). La configurazione di uno Stato sovrano, nel senso da oggi da noi inteso, comincia a diffondersi già nel cinquecento, sulla base delle intuizioni espresse già da Machiavelli, e poi sviluppate attraverso il pensiero politico di un lunghissimo periodo, durato oltre un secolo e mezzo, sino alle opere di Bodin e, poi, di Hobbes, al quale si deve la compiuta teorizzazione dello Stato quale macchina artificiale. Ma, in concreto, sino al XVIII secolo, anche le leggi fondamentali degli Stati conservavano una origine pratico-consuetudinaria, che costituiva manifestazione della partecipazione dei ceti alla vita dello Stato e una sorta di “costituzione” d'Antico Regime (I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine – Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, p. 96 ss.).

³⁷⁾ Come, invece, accade oggi nei sistemi di diritto positivo, attraverso il c.d. procedimento di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta. In argomento v. *infra*, § 10.

³⁸⁾ È stato rilevato, infatti, che proprio la tecnica delle *positiones* ha introdotto, per la prima volta, nel processo, il concetto di “rilevanza”(A. GIULIANI, *The Influence of Rethoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *Juridical Review*, 1962, p. 230).



Il fatto rilevante ai fini del giudizio era quello che si “costruiva” all’interno del processo, attraverso lo scambio delle contrapposte affermazioni delle parti: non quello affermato dall’attore (primo fatto), né quello opposto dal reo (secondo fatto), ma quello che risultava dalla combinazione/confronto tra le affermazioni dell’attore e quelle del reo (c.d. “terzo fatto” ipotetico), attraverso una sorta di somma algebrica tra fatti positivi (risposte affermative) e fatti negativi (risposte negative), destinati a costituire l’oggetto della prova, nella fase giudiziale successiva alla contestazione della lite.

Non si trattava, quindi, di un ‘giudizio’ sul fatto, ma di un procedimento di ‘selezione’ dei fatti rilevanti, fondato sul principio (proprio del processo medioevale) di divisione della conoscenza.

9. A partire dal tardo Medioevo, si sono verificate trasformazioni storiche essenzialmente caratterizzate dal sempre crescente accentramento dei poteri nell’organo sovrano, nonché dalla nascita di una coscienza degli individui di appartenenza ad un medesimo territorio³⁹⁾. A tali trasformazioni, culminate nella Rivoluzione francese del 1789, è corrisposto l’affievolimento e, poi, la scomparsa degli ordinamenti particolari.

Mano a mano che si è fatta strada, sul piano storico, l’idea dell’accentramento dei poteri (in funzione della realizzazione di quel processo che avrebbe dato vita agli Stati nazionali), si è venuto delineando il principio di divisione del potere legislativo da quello giudiziario (e della soggezione del giudice alla legge). Il primo germe di tale nuovo assetto del quadro dei poteri sovrani (tradizionalmente ricondotto all’affermazione dei principi Rivoluzionari⁴⁰⁾) è rinvenibile nelle ordinanze che Luigi XIV di Francia, sul finire del 1600, adottò (senza, tuttavia, riuscirvi⁴¹⁾) allo scopo di risolvere il conflitto manifestatosi, tra il 1653 e il 1673, tra il re ed i magistrati. Questi ultimi, in ragione della possibilità, che avevano, di creare le norme da applicare nei giudizi, si ritenevano, infatti, co-legislatori, e si proclamavano organi sovrani⁴²⁾.

Tra tali ordinanze, particolarmente importante è quella sulla procedura civile del 1667, che, all’articolo 1 del Titolo I, stabiliva che le ordinanze e le altre norme emanate dal re “*soient gardées et observées par tout nous cours*” e l’articolo 6 aggiunge “*sans*

³⁹⁾) Che costituisce il prodromo della formazione degli Stati territoriali moderni e del nazionalismo: “*Siamo nell’ambito di una concezione secolare del diritto, tutta relativizzata attorno all’uomo riunito in comunità e specificamente in quella comunità che si costituisce in ordinamento sovrano. È nel Cinquecento, infatti, che tra i giuristi emerge il concetto di “patria” come comunità resa coesa alla finalità del bene comune e dal legame (il diritto) che unisce i singoli membri: si apparteneva ad una patria in quanto si sottostava al complesso normativo che definiva un certo ordinamento sia verso l’interno sia verso l’esterno*” (I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine – Fonti e cultura giuridica nell’Età moderna*, Torino 2002, p. 52).

⁴⁰⁾) In particolare, a quelli espressi nel celeberrimo “*L’esprit de loi*” di MONTESQUIEU.

⁴¹⁾) Senza, tuttavia, riuscirvi (N. PICARDI, *Code louis, T. I Ordonnance civile 1667*, cit., p. LII).

⁴²⁾) N. PICARDI, *Code louis, T. I Ordonnance civile 1667*, Milano 1996, *Introduzione*, p. XVI ss; p. XX ss.



contrevenir...dispenser ou en modérer les dispositions”⁴³). “*Si tratta di norme che, seppure non prive di qualche precedente nelle antiche ordinanze, appaiono una prima, matura espressione sul piano legislativo, del principio «de l’obeissance que doit le Magistrat aux lois» (...). Si tratta, però, di un principio che non assumeva quel valore di garanzia – per il cittadino e per il giudice – che, successivamente rivestirà nel modello liberale ottocentesco e che conserva ancora nel costituzionalismo contemporaneo. All’epoca esso rappresentava, piuttosto, la rottura con i tradizionali principi politico-costituzionali. La soggezione del giudice alla legge andava, infatti, letta nel quadro di una ideologia che riconosceva al re la sovranità assoluta, non limitata nelle sue prerogative da alcun organo costituzionale. Il diritto veniva ormai ricondotto alla legge e la legge alla volontà del sovrano*”⁴⁴). Proprio il *Code Louis*, allora, – e in genere le grandi *Ordonnances* di Luigi XIV – introducono un nuovo modo di intendere la legislazione, segnando il punto di rottura con l’ordinamento giuridico, di tipo giurisprudenziale, proprio del periodo medioevale: “*la Rivoluzione francese non avrebbe inaugurato un nuovo movimento di idee in tema di legislazione; l’unica novità sarebbe rappresentata dal fatto che l’opera di codificazione sarebbe stata imputata ormai al popolo e non più al re*”⁴⁵)

⁴³) N. PICARDI, *Code louis*, T. I *Ordonnance civile 1667*, cit., p. XVIII, XXVI, dove si riporta, sottolineandone la rilevanza, anche il testo del successivo art. 7 dell’ordinanza, col quale si tenta addirittura di vincolare i giudici al testo della legge, vietandone l’interpretazione: “*Nel caso di dubbio o di difficoltà nell’«exécution» di normative, il re vieta, infatti, ai giudici di interpretarle («nous leur défendons de les interpréter») ed impone loro di rivolgersi a lui per conoscere la voluntas principis («pour apprendre ce qui sera de notre intention»). Con tale disposizione il Code Louis, da un alto, tenta di risuscitare il divieto giustiniano di interpretatio, in quanto riservava all’imperatore: «tam conditor quam interpres legum solus imperator». Dall’altro, precorre le ideologie illuministiche e l’esperimento del référé législatif della rivoluzione*”.

⁴⁴) N. PICARDI, *Code louis*, T. I *Ordonnance civile 1667*, cit., p. XVIII s., il quale prosegue: “*Al re-giudice del costituzionalismo medioevale si sostituiva il re-legislatore: la iurisdictio finiva, conseguentemente, per perdere il significato originario di potere sovrano tout-court e, con la sua immagine del giudicare, era destinata a coprire una sfera di potere diverso dal potere di fare le leggi, potere quest’ultimo che diventa ormai il segno distintivo della sovranità*”.

⁴⁵) N. PICARDI, *Code louis*, T. I *Ordonnance civile 1667*, cit., p. XLIX. Tali ordinanze segnano un punto di rottura anche sul piano delle concezioni razionali, in quanto appaiono “*imprégnées d’une philosophie antirhétorique sans communication et sans dialogue*” (A. GIULIANI, *Le rôle du «fait» dans la controverse (à propos du binôme «rétorique-procédure judiciaire»*), in *Archives du Philosophie du Droit*, 1995, p. 231). Siamo, del resto, all’origine dell’affermazione dei principi illuministici che hanno determinato (come è stato già esposto) l’affermazione della logica sulla retorica e la sostituzione di un modo di pensare problematico con un pensiero modellato secondo gli schemi del ragionamento scientifico; circostanze che hanno fortemente influito sulla configurazione del diritto europeo continentale moderno. “*In Europa continentale il bisogno di legittimarsi come scienza teoretica volta alla conoscenza del diritto è ciò che spiega la costante imitazione in seno alla giurisprudenza europea dei modelli epistemologici già accreditati altrove. Nella loro attività di interpretatio del testo giustiniano i Glossatori imitarono le tecniche filologiche collaudate nell’esegesi biblica, e fecero sfoggio di logica dialettica, sulle orme dei filosofi da Abelardo a San Tommaso. I giuristi Culti del ‘500 muteranno queste tecniche alla luce di quelle, ben più filologicamente corrette, adottate in campo letterario dagli Umanisti. La diffusione del pensiero razionalistico in filosofia, ben esemplificato dal successo delle opere di Cartesio, si tradurrà in un nuovo modo di intendere la costruzione del giuridico cui si dedicarono gli esponenti della Scuola del diritto naturale, da Grozio in poi, i quali lavorano tanto a gomito a gomito con i filosofi del loro tempo da confondersi spesso con essi come avvenne nel caso emblematico di Leibnitz. La demolizione kantiana dei postulati del Giusnaturalismo ebbe immediato riscontro nella rivoluzione metodologica di cui si fece banditore von Savigny, la cui Scuola storica mantenne lo studio della giurisprudenza dentro le linee di riferimento fornite dalla grande filosofia tedesca del suo tempo. Ma è ancor oggi quasi stupefacente osservare il modo pressoché*



Siamo alle origini della positivizzazione del diritto, dell'affermazione del principio per il quale la fonte legislativa "istituisce", non "descrive" la situazione regolata⁴⁶).

Il nuovo modo di pensare impose una nuova determinazione dei criteri in base ai quali si stabilisce la rilevanza giuridica dei fatti umani; il primato della legge condusse ad una complessiva riorganizzazione del sistema giuridico generale, nel quale l'attività applicativa (dei giudici), e quella interpretativa (dei *doctores*) scomparvero dal novero delle fonti del diritto: "La legge determina i fatti giuridicamente rilevanti: ossia a quali fatti devono seguire effetti giuridici"⁴⁷).

Nel nuovo contesto, la dimensione giuridica prevale su quella empirica e si apre la strada alla (ri)configurazione della stessa nozione di fatto, che è "offerta dalla logica delle relazioni: i fatti nel diritto sono fatti relazionali (in ordine ad ius) (...) il fatto è voluto, creato dalla norma"⁴⁸).

Si può, allora, dire che il rapporto tra fatto e diritto, che sino ad allora si era adeguato al principio "ex facto oritur ius", si configura ora secondo il principio "ex iure oritur factum"⁴⁹): sino ad allora, il fatto era stato considerato nella sua naturalistica consistenza, e la sua rilevanza giuridica liberamente stabilita (nel giudizio); ora la rilevanza giuridica del fatto è preventivamente stabilita (dalla legge), e la sua considerazione è filtrata attraverso il ragionamento giuridico.

naturale con cui la dottrina tedesca dell'ottocento scivolò dal vigoroso positivismo scientifico della prima metà, tutto nutrito di organicismo idealistico, al positivismo legislativo della seconda metà, che, quanto a metodi di costruzione giuridica, era il suo esatto opposto, ma presentava l'instimabile vantaggio di scimmiettare nel timbro e nel registro di analisi i metodi delle scienze naturali allora catapultate al vertice del prestigio culturale" (A. GAMBARO in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, nel *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, 2° Ed., Torino, 2006, p. 260 s.).

⁴⁶) Tale nuovo modo di intendere il diritto si ravvisa già nella concezione della legge politica fondamentale, la costituzione, che "non [è] più intesa come ordine consuetudinarmente esistente ("leggi fondamentali"), bensì come carta scritta contenente norme di carattere precettivo... che istituiva (non semplicemente descriveva) l'organizzazione politica" (I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine – Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Torino 2002, p. 546).

⁴⁷) A. GIULIANI, *Leibniz e la teoria dei fatti relazionali*, Riv. Int. Fil. Dir., 1992, p. 265.

⁴⁸) A. GIULIANI, *op. loc. cit.*

⁴⁹) Il passaggio dal diritto comune al giuspositivismo illuministico trova, invero, un fondamento razionale nell'affermazione dei principi del giusnaturalismo; in particolare, nella teoria leibnitziana dei fatti relazionali: "Leibniz rifiuta non solo la contaminazione del diritto col fatto (implicita nella configurazione della controversia giuridica come questione retorica), ma anche la frattura tra fatto e diritto (sottintesa nella configurazione sillogistica del ragionamento giudiziario): a) la struttura retorica del giudizio giuridico è inaccettabile in quanto il «fatto» è ricostruito sulla base dei precari criteri della rilevanza della prova: una concezione argomentativa – legata ad una logica del conoscere attraverso testimonianze – porta alla rivalutazione della conoscenza sensoriale, assimilando il giudizio retorico-dialettico a quello storico; b) la struttura sillogistica appare insoddisfacente per la distinzione tra «questione di diritto» e «questione di fatto»: come un fatto inteso nella sua materialità può essere produttore di effetti giuridici? Dal «fatto» non si può passare al «diritto», in quanto nel momento empirico non si può trovare la ragione sufficiente della conseguenza giuridica" (A. GIULIANI, *Leibniz e la teoria dei fatti relazionali*, Riv. Int. Fil. Dir., 1992, p. 264 s.).



10. Il nuovo modo di intendere il rapporto tra fatto e diritto non poteva non incidere sui criteri di individuazione dei fatti giuridicamente rilevanti. Secondo il nuovo modo di intendere il diritto, la dimensione concreta dei fatti rilevanti per il diritto, sfuma sino ad annullarsi: ciò che conta è la rilevanza giuridica del fatto, che è determinata, in via esclusiva dalla previsione legislativa del collegamento, ad un certo fatto, di determinate conseguenze giuridiche⁵⁰⁾.

Un fatto esiste per il diritto solo se è giuridicamente rilevante; dove la rilevanza giuridica del fatto si stabilisce attraverso un procedimento di selezione, tra i molti fatti naturali, di quelli ai quali la norma collega la produzione di un determinati effetti giuridici. Il fatto irrilevante è, invece, un “non-fatto”, perché fatto, per il diritto, equivale a fatto giuridico⁵¹⁾; il fatto concreto produce effetti nel suo ordine (natura o storia) ma è inidoneo a produrre effetti nel mondo giuridico; «*il fatto giuridico non è un fatto, ma un noema*», e «*gli effetti si producono non in virtù di un fatto, ma di un giudizio*»; attraverso la sussunzione (che è indispensabile ai fini della selezione del fatto rilevante, il fatto storico perde, quindi, la sua individualità, e si trasforma in noema. La produzione dell'effetto giuridico non trae, quindi, causa immediata dal fatto naturalistico astrattamente contemplato nella descrizione della fattispecie normativa, ma dal noema, nel quale quel fatto si trasforma attraverso l'attività di sussunzione⁵²⁾).

La selezione del fatto rilevante, che postula il confronto del fatto con la norma, implica un'attività di giudizio, che consiste in un procedimento logico di analisi, individuazione e qualificazione del fatto⁵³⁾. Quando tale procedimento si attiva, già il fatto “storico”, “naturale”, cioè, il fatto verificatosi nella sfera del tangibile, non esiste più: si trasforma in fatto giuridico⁵⁴⁾.

Si realizza, allora, «il paradosso del giudizio giuridico: il giudizio di esistenza del fatto presuppone il giudizio di esistenza del diritto: e il giudizio di esistenza della norma presuppone il giudizio di esistenza del fatto»⁵⁵⁾. Il che val dire che non è possibile distinguere, nel processo logico di selezione dei fatti rilevanti (indispensabile ai fini della dichiarazione degli effetti giuridici collegati dalla norma ai fatti dalla stessa contemplati), l'elemento

⁵⁰⁾ In questo senso, si può dire che i fatti materiali (umani o naturali), una volta inseriti nella struttura normativa, acquistano la qualità di atti (o fatti) giuridici: N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, s.d. (ma 1949), 139 ss., spec. 143 («forma' significa una certa struttura (...) entro cui s'inseriscono determinati comportamenti sociali dell'uomo (e anche determinati fatti naturali), che, una volta inseriti in quella struttura, acquistano la qualità di atti (o fatti) giuridici»), già citato da N. IRTI, *Norme e fatti – saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1984, p. 27, nota 100).

⁵¹⁾ N. IRTI, *Norme e fatti – saggi di teoria generale del diritto*, cit., p. 58.

⁵²⁾ N. IRTI, *Norme e fatti – saggi di teoria generale del diritto*, cit., p. 60 s.

⁵³⁾ La rilevanza giuridica dipende da una serie di *concetti* (il concetto particolare è riportato sotto il concetto generale); gli *effetti* dipendono da un nesso di *giudizi* (se si è verificato il soggetto della protasi, allora segue il soggetto dell'apodosi) (N. IRTI, *Norme e fatti – saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1984, p. 59).

⁵⁴⁾ N. IRTI, *Norme e fatti – saggi di teoria generale del diritto*, cit., p. 48.

⁵⁵⁾ N. IRTI, *Norme e fatti – saggi di teoria generale del diritto*, cit., p. 54 ss.: la forma del giudizio giuridico è la sussunzione (KANT); ed anche «*gli effetti giuridici non dipendono dal fatto concreto, ma dall'operazione sussuntiva*».



“materiale”, da quello “giuridico” (e, nel processo, il giudizio “di fatto”, dal giudizio “di diritto”).

In questo senso, si possono, allora, comprendere le difficoltà di distinzione tra fatto e diritto, che emergono in relazione alla nota dicotomia *quaestio facti/quaestio iuris*⁵⁶⁾.

11. All'affermazione della nuova nozione di diritto, verificatasi nel continente europeo sul finire del secolo XVIII in ragione delle trasformazioni sopra descritte, si è accompagnata una nuova configurazione della struttura del processo⁵⁷⁾, che corrisponde alla demolizione del sillogismo, quale criterio di configurazione del ragionamento giudiziale e all'introduzione di criteri matematici, scientifici per la determinazione delle verità giudiziali⁵⁸⁾

Alla netta bipartizione del processo in due fasi, tipica dell'*ordo* medioevale, che rifletteva la distinzione tra fatto e diritto, si è definitivamente sostituita una struttura unitaria, lineare, nella quale il fatto trova ingresso, sin dal principio, nella sua dimensione di fatto giuridico (o, se si preferisce, giuridicamente rilevante). Invero, l'idea che solo la legge possa stabilire la giuridica rilevanza dei fatti umani, attraverso la specifica descrizione, nella fattispecie normativa, dei fatti (rilevanti), e delle relative conseguenze giuridiche, ha reso

⁵⁶⁾ Binomio nel quale si è logicamente scisso, nella moderna procedura, il ragionamento giudiziale, secondo gli schemi propri del ragionamento sillogistico, che è stato poi sostituito dal modello del ragionamento scientifico (N. PICARDI, *Processo (diritto moderno)*, Enc. Dir., vol. XXXVI, Milano 1987, p. 108 ss.).

⁵⁷⁾ “L'introduzione del «calcolo» nel ragionamento giuridico implica la assimilazione della controversia giuridica al «casus» inteso *more geometrico*: «casus est antecedens propositionis hypotheticae». Nell'utilizzazione analogica di un tale modello, il *casus* si identifica come un fatto relazionale” “«Applicando vero ad iurisprudentiam tale antecedens dicitur factum, consequens jus, et casus definitur factum in ordine ad jus». La rilevanza del fatto non dipende dalle circostanze, ma dalla legge” (A. GIULIANI, *Leibnitz e la teoria dei fatti relazionali*, Riv. Int. Fil. Dir., 1992, p. 265 s., nel richiamare Leibnitz, *Specimen difficultatis in iure*, Die Philosophische Schriften, Berlin, 1882, VI, 1, 231, dove è esplicito il riferimento all'opera del suo Maestro, Weigel.

⁵⁸⁾ Il primo a tentare l'applicazione delle relazioni matematiche nel campo dell'etica fu Erhard WEIGEL, che fu maestro di Pufendorf e di Leibnitz (A. GIULIANI, *Leibnitz e la teoria dei fatti relazionali*, cit., p. 256). Tale tentativo implicava, in via preliminare, la necessità di omogeneizzare le verità contingenti (nelle quali si esplicano i comportamenti umani, che costituiscono oggetto di legislazione e possono, pertanto, costituire oggetto di giudizio), alle verità necessarie (ossia, ai principi oggettivi, che regolano i procedimenti scientifici): “Il principio di ragione sufficiente viene introdotto nelle verità contingenti per realizzare una loro omogeneizzazione con le verità necessarie: nel settore delle prime (ossia delle verità de fait) la razionalizzazione è legata alla possibilità di costruire l'art d'estimer la verisimilitude in sostituzione di quella logica del probabile – assiologicamente orientata ed impegnata – offerta dalla dialettica aristotelica” (A. GIULIANI, *Leibnitz e la teoria dei fatti relazionali*, cit., p. 257, il quale richiama, al riguardo, il pensiero di LIEBNITZ, espresso in *Die Philosophische Schriften*, Berlin, 1882, VII, p. 353, dove è una critica esplicita dell'*endoxon* aristotelico (“le vraisemblable est plus etendu: il faut le tirer de la nature des choses”); pertanto, “une probabilité dans le supreme degré...pourra passer par consequent pour une certitude morale” (Ib. Preface, 61). Sulla scienza della legislazione in Leibnitz, A. GIULIANI, Osservazioni introduttive ad AA. VV. *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, in *L'Educazione giuridica*, VI, t. 1, 1988, p. 12.



inutile il procedimento di selezione dei fatti oggetto del giudizio; ha reso inutile la fase preparatoria, alla quale si è sostituita l'individuazione legislativa dei fatti rilevanti.

E' venuta meno anche l'importanza dell'atto di contestazione della lite, e l'allegazione dei fatti (la cui postulazione di rilevanza giuridica è implicita nell'affermazione della corrispondenza alla norma) è stata anticipata all'atto introduttivo⁵⁹). Corrispondentemente, si è determinata un'inversione nell'ordine (non solo logico, ma anche cronologico) della trattazione, e si è prefigurato il passaggio dal principio di selezione (proprio del modello isonomico di processo), al principio di concentrazione (proprio del modello asimmetrico)⁶⁰).

12. L'affermazione del principio di concentrazione, al quale è improntato il moderno modello processuale eurocontinentale, da un lato, ha comportato un cambiamento della posizione e dei ruoli dei soggetti del processo, incidendo, in particolare, sulla figura del giudice, che, anche da un punto di vista concettuale, *“si trasforma, eludendo quel divieto di supplenza nella ricostruzione dei fatti che era il cardine basilare del processo accusatorio: ora il giudice può e deve «de facto supplere» cercando di capire cosa è stato fatto e chi lo ha fatto”*⁶¹). Dall'altro lato, ha influito sulle modalità di formazione del materiale del giudizio, in quanto *“Il disconoscimento del ruolo selettivo della quaestio iuris rispetto alla veritas facti da un lato determina un disordinato ingorgo d'informazione irrilevante, e dall'altro lato rende incontrollabile sul piano logico la dilatazione dei poteri istruttori del giudice”*⁶²).

Sotto tale profilo, viene in considerazione la circostanza che, eliminato il controllo preventivo della rilevanza dei fatti, che nella logica selettiva dell'*ordo* si realizzava nella fase preparatoria, i fatti finiscono per essere introdotti in causa attraverso la mera allegazione di parte.

⁵⁹) *Al posto della contestazione, atto preliminare e solenne, ora subentrò un'insieme di attività progressive e reciproche, mercé le quali le parti, via via che accudiscono alla causa, fra loro e col giudice, raccolgono gli elementi di fatto e di diritto, foggiano, completando e fissando sulla base dei medesimi i rispettivi assunti di difesa e di resistenza*”; le attività che prima erano rigidamente disciplinate nella scansione logica tra determinazione della questione di fatto (concretamente accaduta) e il giudizio, *“ora costituiscono un operare continuato”*, e *“la causa gradatamente viene consolidandosi nei precisi termini che ciascuna delle parti ha concorso a determinare [attraverso il reciproco incrocio di azione ed eccezione] e nei quali essa chiede e persiste che venga conosciuta e decisa dal giudice”*. Le espressioni riportate tra virgolette sono tratte da A. CASTELLARI, *Volontà ed attività nel rapporto processuale civile*, in Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Chiovenda, Padova 1927, p. 352.

⁶⁰) I valori fondamentali dell'*ordo iudiciarius* hanno resistito più a lungo nell'Europa meridionale e, soprattutto in Italia; nell'Europa centrale, invece, il mutamento dall'ordine isonomico all'ordine asimmetrico sembra svilupparsi in modo parallelo alla trasformazione da *iudicium* a *processus* (N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, cit., p. 116).

⁶¹) M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Torino, 2005, p. 45.

⁶²) A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio al pleading system (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, RDP 1993, p. 956, testo e nota 6, dove l'Autore rimanda, per riferimenti sul processo civile in Francia, a C. VAN CAENEGEM, *History of European Civil Procedure*, Tübingen, 1973, 32, 60 (*International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, chapt. 2).



La postulazione di rilevanza giuridica di tali fatti è implicita nella relativa allegazione in giudizio, ma non costituisce altro che un filtro formale ed astratto: in effetti, la mancanza di una fase pre-giudiziale appositamente destinata al controllo sui fatti allegati, comporta che anche fatti superflui o irrilevanti possano essere introdotti in causa e costituire oggetto del giudizio. In effetti, il controllo circa la rilevanza giuridica dei fatti allegati resta assorbito nella decisione della causa, nel senso che, come si è già rilevato, costituisce, sotto forma di giudizio di fatto, una delle parti in cui è logicamente scomponibile il ragionamento giudiziale. Rappresenta, quindi, un'attività propria del giudice, e presuppone l'attribuzione a questo del potere di incidere sulla definizione del materiale di fatto della causa (non nel senso che il giudice possa acquisire d'ufficio elementi di fatto relativi alla causa, né nel senso che possa utilizzare, ai fini della decisione, la propria scienza privata, ma) nel senso che il giudice può selezionare i fatti rilevanti attraverso una serie di facoltà processuali, che spaziano dalla ammissione delle prove richieste dalle parti, fino alla decisione vera e propria della causa: “*quaestio facti est in arbitrio iudicis*”⁶³).

Dal ‘procedimento di selezione dei fatti’ (affidato alle parti), si passa al ‘giudizio di fatto’ (riservato al giudice).

13. Nell’attuale modello italiano di processo civile, l’allegazione dei fatti in causa avviene secondo uno schema dialettico che si sviluppa nel confronto tra l’indicazione dei fatti posti dall’attore a fondamento della domanda e l’allegazione dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, opposta dal convenuto. Precisamente, la vicenda di fatto dedotta in giudizio si individua gradatamente, mediante l’allegazione progressiva dei fatti, che avviene mediante la formulazione degli atti introduttivi e le precisazioni e modificazioni consentite durante la fase di trattazione⁶⁴).

I fatti oggetto della causa sono, quindi, acquisiti al processo per come (complessivamente) indicati dalle parti, e vengono assunti immediatamente quali temi di prova, salvo il giudizio di ammissibilità e rilevanza, riservato al giudice in sede di ammissione dei mezzi istruttori.

Lo svolgimento della fase introduttiva, pur consentendo l’astratto confronto tra la posizione dell’attore e quella del convenuto (posizioni che prendono corpo progressivamente, nel corso della preordinata successione dei termini di preclusione), non contempla la possibilità di un intervento delle parti sulle allegazioni rispettivamente effettuate

⁶³) A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio al pleading system*, 967; Id., *Il concetto di prova*, 216.

⁶⁴) Con la precisazione che l’allegazione dei fatti costitutivi della pretesa (ovvero, dei fatti contemplati dalla norma, di cui si invoca l’applicazione, come produttivi dell’effetto giuridico preteso dall’attore in giudizio) costituisce elemento essenziale della domanda giudiziale, la cui mancanza comporta la nullità della citazione ai sensi dell’art. 164 c.p.c. mentre l’eventuale incompletezza (valutata alla luce della fattispecie normativa astratta descritta nella disposizione di legge, della quale sia stata richiesta l’applicazione nel caso concreto) rischia di non poter essere sanata, se sono maturate le preclusioni stabilite dalla legge; mentre le allegazioni difensive del convenuto sono ammesse soltanto entro limiti temporali prestabiliti (preclusioni).



dall'altra parte. Il materiale di fatto complessivamente risultante dalle attività di allegazione svolte dalle parti nel corso della fase di trattazione, giunge al giudice come una massa informe: è il giudice che compie la selezione dei fatti rilevanti, prima con l'ammissione dei mezzi istruttori, poi, con la decisione. Fino al momento della decisione finale, i fatti restano acquisiti al processo in forma ipotetica: "il loro status *epistemologico* è quello dell'incertezza, tipico delle ipotesi non ancora controllate. (...)nel corso del processo questo status è destinato a mutare in funzione dell'acquisizione di conoscenze sui fatti, ma solo con la decisione finale l'incertezza verrà rimossa in modo definitivo"⁶⁵).

Il giudizio di fatto si presenta, insomma, principalmente sotto forma di giudizio probatorio, e si può dire che anche il giudice contribuisce a determinare il *thema decidendum*, sia pure nei limiti delle allegazioni di fatto compiute dalle parti⁶⁶).

14. La separazione tra fase preliminare e fase giudiziale, cui corrisponde la logica distinzione tra fatto e diritto, propria dell'*ordo iudiciarius* medioevale si rinviene, tuttora, nei modelli processuali di area anglosassone. Più in generale, i modelli processuali dei sistemi giuridici di Common Law conservano le caratteristiche proprie degli originari modelli del diritto comune sia sul piano dell'organizzazione giudiziaria⁶⁷), sia sul piano della strutturazione dell'iter processuale⁶⁸).

D'altra parte, anche sul piano del diritto sostanziale i sistemi di Common Law - e dell'Inghilterra in particolare -non essendo stati interessati dai fenomeni della positivizzazione e della codificazione del diritto -che hanno determinato, nei territori dell'Europa continentale, la radicale frattura rispetto al modello medioevale-, hanno conservato le caratteristiche proprie dello *jus commune*⁶⁹); e si presentano come sistemi di diritto consuetudinario, nei quali la *rule of law*, che si forma attraverso lo spontaneo adeguamento della comunità ad un determinato comportamento, trova un punto di emersione nelle decisioni dei giudici. Come nel Medio Evo, quindi, nei sistemi giuridici di Common Law la giurisprudenza gioca un ruolo determinante nella formazione del diritto ed ha conservato una funzione di creazione del diritto (c.d. *judge made law*)⁷⁰).

⁶⁵) M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1995, p. 789.

⁶⁶) Circa il ruolo del giudice nella determinazione dei fatti della causa, si veda anche M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, cit., p. 792., p. 798 s., il quale rammenta l'incisivo potere che il giudice può esercitare, al riguardo, nelle (benché) eccezionali ipotesi di rilevanza di eccezioni d'ufficio.

⁶⁷) N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, *passim*.

⁶⁸) A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio al pleading system (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, Riv. Dir. Proc., 1993, p. 961.

⁶⁹) Su tali temi, ancora N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 45 ss.; ID, *Processo civile (diritto moderno)*, in Enc. Dir., vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 102: "alcuni scavi di storia del processo medioevale hanno rilevato una sorprendente continuità fra processo comune e processo di Common Law".

⁷⁰) Sulla natura giurisprudenziale della Common Law, nei suoi rapporti con la matrice del diritto comune medioevale, e sui caratteri della creazione giurisprudenziale del diritto, la letteratura è vastissima. Per un quadro



Come è noto, infatti, i giudici dei Paesi di Common Law rendono giustizia “according to all the circumstances of the case”: sono chiamati ad estrarre la regola di diritto dal caso sottoposto al loro giudizio, e si può sostenere che, pertanto, i giudici svolgono, in un certo senso, un’attività di tipo legislativo⁷¹).

L’ampiezza del potere di individuare la *rule* applicabile al caso concreto trova limite solo nei principi cc.dd. dello *stare decisis* e della vincolatività del precedente giudiziale⁷²), alla luce dei quali, il giudice è vincolato (*bound*) all’applicazione, nel caso di specie, della regola dichiarata in precedenti decisioni (di giudici superiori, o del medesimo grado), relative a casi identici o analoghi a quello oggetto dell’attuale decisione.

Peraltro, i giudici di Common Law “*are not sanctioned for declining to follow precedent, and so precedents do not constrain judges in the classical positivist sense*”⁷³), ed hanno la possibilità di discostarsi dal precedente vincolante, utilizzando gli istituti del *distinguishing* e dell’*overruling*: con il primo, è possibile disapplicare il precedente che sia stato pronunciato in un caso che presenti elementi di fatto non identici a quello di specie⁷⁴), con il secondo, come è noto, è

sintetico, tra gli altri, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Milano, 1982 (rist. inalterata), p. 479 ss.; A. GAMBARO in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, nel *Trattato di diritto comparato* di R. SACCO, 2° Ed., Torino 2006, p. 150 s.

⁷¹) N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 22.

⁷²) Tali principi non appartengono originariamente ai sistemi di Common Law ed è difficile stabilire con precisione il momento in cui le Corti inglesi abbiano cominciato a ritenersi vincolate dai precedenti; pur essendo stato suggerito che l’affermazione del principio potrebbe essere coeva all’affermazione del positivismo in area continentale (così N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 17 ss.).

⁷³) N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 14 ss.

⁷⁴) Sebbene il punto possa apparire ovvio, la distinzione tra un caso e l’altro può rivelarsi difficoltosa, in ragione della difficoltà, che spesso si riscontra, nell’individuazione della *ratio decidendi* (la regola di legge del precedente giudiziale) e nella separazione di questa dai c.d. *obiter dicta*, dovuta anche alla discorsività propria delle sentenze. D’altra parte, la stessa nozione di *ratio decidendi* è incerta: “(...) even though there was general agreement that the *ratio decidendi* is the binding part of a decision, there was little if any agreement about what the *ratio decidendi* is. Leaving aside the difficulties identified so far, nobody could say for sure whether the *ratio decidendi* is best characterized as the rule, the principle, or the reason embodied in a case, though there was little doubt that the principle of a case is not the same as either the reasons given in a judgment or the rule on which a court has relied” (N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent?*, Cambridge University Press, 2008, p. 78; A. L. GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*”, in his *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge – Cambridge University Press, 1931, p. 1-26). Inoltre, la disapplicazione del precedente è consentita mediante il *distinguishing*, solo se la differenza rilevata tra il precedente ed il caso di specie è “*material*”, relativa, cioè, ai fatti rilevanti per l’esistenza del diritto affermato nella *rule* (in argomento, N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 111 s., p. 113 s.). Ma anche l’individuazione dei *material facts* può essere problematica: far riferimento al ragionamento giudiziale aiuta a comprendere quali fatti siano stati considerati “*material*” dal giudice, “*But this is not the only round on which the*



contentito ai giudici di dichiarare una regola di diritto diversa, in relazione alla medesima situazione di fatto oggetto della precedente decisione⁷⁵).

Insomma, la *rule of law* non è immutabile, non è statica: pur avendo in mente una determinata regola, al momento della proposizione della domanda, non è detto che la ricorrenza, in concreto, di elementi analoghi a quelli propri del caso già deciso produrrà le conseguenze giuridiche stabilite nella *rule* già espressa nel precedente; è possibile, infatti, che le conseguenze siano diverse, o addirittura contrarie a quelle attese⁷⁶).

In un certo senso, i giudici di Common Law sono omologhi, quanto alla libertà di individuare la regola di diritto da applicare al caso di specie, ai progenitori dell'epoca medioevale e non sono soggetti agli stretti vincoli formali, imposti ai giudici dei sistemi di Civil Law, nell'applicazione del diritto positivo.

D'altra parte, come è stato sopra già evidenziato, i modelli attuali di processo civile, propri dei sistemi giuridici di Common Law, presentano sorprendenti analogie con il modello del processo comune⁷⁷).

Al riguardo, si rileva, in particolare, che nei modelli processuali dei sistemi di Common Law è stata mantenuta la suddivisione del processo in fasi e, in particolare, la distinzione tra fase preparatoria (*pre-trial*) e fase giudiziale (*trial*), destinate alla determinazione dei *material facts* (la prima), e alla verifica probatoria e alla decisione della causa (la seconda). Tale distinzione (che corrisponde alla razionale separazione tra fatto e diritto, propria dell'*ordo*) appare, anzi, persino rafforzata dall'assegnazione della relativa gestione a giudici diversi⁷⁸), ovvero -dove prevista- dall'attribuzione del giudizio sui fatti alla giuria, e del diritto al giudice⁷⁹).

Anche nei modelli del processo civile di Common Law, inoltre, si svolge nella fase *pre-trial*, nel confronto tra le parti, un procedimento di selezione analogo a quello proprio della fase preparatoria del processo comune: lo scambio di asserzioni tra gli avvocati delle parti, che si svolge nella fase *pre-trial*, serve, infatti, ad individuare la questione di diritto (*issue of law*) o la questione di fatto (*issue of fact*) controversa tra le parti, che deve essere decisa nella fase del *trial*⁸⁰). E, come nel processo comune, anche il giudice di Common Law non svolge, in

reasons given by a judge in his opinion or his statement of the rule of law are of importance? For it is sometimes important to discover not just which facts were considered material but why they were considered material, and so we will look to the judicial reasoning in an effort to discover "what portions of the law were in the mind of the court when selection of material facts] was made" (N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 84-85).

⁷⁵) Da ultimo, ancora N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 116 s.

⁷⁶) V., di recente, il caso Jones v. Kaney, della Corte Suprema, riportato nel *White Book* 2011.

⁷⁷) V. *supra*, nota 69.

⁷⁸) A. GIULIANI, N. PICARDI, *L'Educazione giuridica – Modelli storici della procedura continentale*, Vol. VI, Tomo I – Profili filosofici, logici, istituzionali, Napoli 1994, by Università degli Studi di Perugia, *premessa*.

⁷⁹) R.W. MILLAR, *La "ficta confessio" come principio di allegazione nella procedura civile anglo-americana*, in Studi in onore di Giuseppe Chiovenda, Padova 1927, p. 587.

⁸⁰) Sir JACK I. H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, London, Stevens & Sons, 1987, p. 87.



tale fase, un ruolo attivo⁸¹⁾, in quanto non può, in alcun modo, intervenire nella scelta e nell'ordine di presentazione delle informazioni sulla base delle quali dovrà essere assunta la decisione⁸²⁾.

Ancora. Come nel processo comune, nei modelli di processo civile di Common Law, con l'atto introduttivo del processo si indicano solo i fatti e non si possono formulare affermazioni di diritto. Tale circostanza è particolarmente evidente nel sistema inglese dei *pleadings*: “*only material facts should be pleaded*”⁸³⁾. Infine, i *pleaders*, ovvero i soggetti che in Inghilterra professionalmente “riducono” in *pleas* la vicenda da sottoporre a giudizio, svolgono un'attività molto simile a quella dei difensori che, nel processo di diritto comune, dovevano formulare le *positiones* sulla base dei fatti oggetto della causa.

Persino la nozione di fatto, rilevante ai fini della decisione, corrisponde a quella propria del modello processuale di diritto comune: tale non è quello materialmente accaduto fuori del processo, considerato nella sua tangibile consistenza, ma quello che viene definito nel processo, attraverso lo scambio dialettico tra le parti, che riflette una logica

⁸¹⁾ Ovvero, affidato esclusivamente allo scambio di affermazioni tra le parti, al quale il giudice resta totalmente estraneo: l'analogia con il sistema delle *positiones* è sorprendente, tanto più se si considera che lo stesso sistema della c.d. cross-examination appare improntato alla medesima logica dialogica, esclusivamente svolgentesi tra le parti, che è propria del sistema romano-canonico delle *positiones*. Nel senso che la struttura dialettica e l'accoglimento dei principi della retorica siano alla base del procedimento adversarial di tipo anglo-sassone, anche L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 137 (“*Gracias a su estrecho ligamen con la retórica, la ciencia jurídica procesal...incorpora por tal vía los valores democráticos y liberales, además de racionales y laicos, de la contraposición entre razones opuestas como método mayéutico de discusión y de investigación, la igualdad y el derecho a la calabra que excluyen verdades de autoridad y postulan la libertad y la paridad de los disputantes, la tolerancia de las hipótesis y argumentaciones en conflicto, y la relatividad y la provisionalidad de las pruebas y los juicios en el campo de las civiles quaestiones. Estos presupuestos humanistas fueron los que dieron origen y alimento – aun dentro de innumerables caídas y discontinuidades – a la estructura acusatoria del proceso penal clásico y la la mayor parte de la garantías procesales: la carga de la prueba a cargo del acusador y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, el contradictorio entre las partes como método de búsqueda de la verdad..., los criterios de exclusión de las pruebas increíbles por la fuente o irrelevantes por el objeto, la libre convicción del Juez argumentada sin embargo iuxta alligata et probata*”). “*En definitiva, en la medida que los sistemas jurídicos incorporan el modelo adversarial se instaura un proceso entendido como una contienda o disputa entre dos adversarios que se desarrolla frente a un árbitro relativamente pasivo cuya principal obligación es llegar a un veredicto*” (F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, 2000, p. 32).

⁸²⁾ M. R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. it. Bologna 2003 (Ed. originale: *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, Yale University Press, 1997), p. 130 s.

⁸³⁾ RCS Ord. 18, r. 7. Le principali regole per la formulazione dei pleadings nel processo inglese sono le seguenti: “(a) pleadings sholud generally be confined to points of fact; however, raising a point of law is permitted under RSC ord. 18, r. 11 (namely, usually objections to a claim, made in defence, on a point of law); it sholud be noted that the latter rule is permissive, so that a point of law need to be raised (RSC Ord. 18, r. 11); (b) only material facts sholud be pleaded (RCS Ord. 18, r. 7); (c) the pleading sholud refer to facts but not to the evidente which will be adduced to substantiate these allegations (Ibid.); (d) the pleading sholud be concise (Ibid., r. 7 (1))” (N. ANDREWS, *Principles of civil procedure*, London (Sweet & Maxwell), 1994, p. 107 s.)



argomentativa, funzionale non all'accertamento di una verità materiale, preesistente al processo, ma alla scelta della narrazione più coerente e persuasiva⁸⁴).

15. Il regime dei fatti nei modelli processuali messi a confronto disvela la complessità della problematica del fatto, che è centrale nella logica giudiziaria ma che, tuttavia, essendo stata assorbita nella nota dicotomia *quaestio facti/quaestio iuris*, ha finito con l'essere elusa⁸⁵).

In particolare, l'attenzione rivolta al modello processuale dell'*ordo*, che per molti aspetti corrisponde ai modelli processuali dei sistemi giuridici di Common Law, ha consentito di portare alla luce un modo di intendere il fatto oggetto della causa, che si discosta dalla nozione di fatto propria dei modelli eurocontinentali di processo.

Tale divergenza si manifesta in relazione ai diversi profili (caratteri del rapporto tra fatto e diritto, strutturazione dell'iter processuale, modalità di allegazione dei fatti nel processo) che sono stati fatti oggetto di indagine. Ma forse, più in generale, si può dire che rifletta il diverso modo di intendere il rapporto tra la realtà ed il processo; il diverso modo di intendere la verità processuale

Al riguardo, viene alla mente, in particolare, la distanza tra l'idea che il processo serva ad accertare la realtà, perseguendo una verità oggettiva, scientifica, logica (propria dei moderni modelli processuali eurocontinentali); e l'idea che la verità "vera", i fatti "realmente" accaduti non possano essere accertati nel processo, perché i fatti umani, una volta accaduti, possono solo essere rappresentati e sfuggono a metodi scioentifici d'indagine (idea propria dell'*ordo* che resiste nei modelli processuali di Common Law, improntati ad una logica argomentativa).

Ebbene, i più recenti studi (rinvenibili nell'ambito della ricerca in tema di prove), tendono ad evidenziare i limiti della rigorosa logica di matrice illuministica, che domina il tema della verità nei modelli di processo eurocontinentali.

"Già Karl Popper, nella sua *Logica della ricerca scientifica* del 1934, distaccandosi dalla tradizione neopositivistica, ha avuto modo di osservare come «la teoria domina il lavoro sperimentale, dalla sua pianificazione iniziale ai tocchi finali che esso riceve in laboratorio»; per poi concludere che «le osservazioni, e a maggior ragione le asserzioni d'osservazione e le asserzioni riguardanti i risultati sperimentali, sono sempre interpretazioni

⁸⁴) W. TWINING, *Lawyers' Stories*, in *Id.*, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, 219 ss.; LaRUE, *Stories versus Theories at the Cardozo Evidence Conference*, in *It's just Another Metaphor To Me*, in 14 *Cardozo L. Rev.*, 1993, 122 ss.; PENNINGTON-HASTIC, *A Cognitive theory of Juror Decision Making: The Story Model*, in 13 *Cardozo L. Rev.*, 1991, 519 ss.; LEMPET, *Telling Tales in Court: Trial Procedure and the Story Model*, *ivi*, 559 ss, tutti citati da M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1995, p. 787, nota 4.

⁸⁵) A. GIULIANI, *Liebnitz e la teoria dei fatti relazionali*, *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1992, 255, nota 3, dove si rinvia ad *ID.*, *Il concetto di prova*, Milano 1971, p. 223 ("*quaestio facti est in arbitrio iudicis*").



dei fatti osservati; sono interpretazioni alla luce delle teorie”⁸⁶⁾. Anche la prova più rigorosamente scientifica non consente di pervenire a risultati univoci, universalmente validi, in quanto la determinazione del risultato è condizionata dal metodo scientifico in concreto applicato, che a sua volta dipende dalla teoria scientifica, alla luce della quale è stato concepito: con la conseguenza che l’applicazione di metodi diversi (fondati su teorie scientifiche diverse) ai medesimi risultati empirici può condurre a risultati diversi⁸⁷⁾.

“In sostanza, nell’epistemologia contemporanea, si riconosce che la conoscenza dei dati empirici – per lo meno di quei dati empirici che non siano elementari e isolati – non può fare a meno di scelte di tipo assiologico; che è priva di fondamento la distinzione tra attività percettiva e attività valutativa, tra giudizio di fatto e giudizio di valore; che la conoscenza empirica implica sempre la formulazione di giudizi, di apprezzamenti, da porre in essere alla luce di valori e di riferimenti teorici presupposti; che, in altre parole, non esistono, se non forse in casi del tutto marginali, «fatti bruti», «fatti duri» (hard facts), ma esistono solo «fatti soffici» (soft facts), fatti cioè suscettibili di essere giudicati diversamente a seconda dei contesti e delle prospettive adottate”⁸⁸⁾.

⁸⁶⁾ L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, Riv. Dir. Proc., 2007, p. 38, che riporta, *in parte qua*, le parole di K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, (1934), trad. it, 6° Ed., Torino 1983, p. 103 e nota 3; e *rinvia, inoltre*, a K. POPPER, *Problemi, scopi e responsabilità della scienza*, (1963), in Id. *Scienza e filosofia. Problemi della scienza*, trad. it., Torino 1969, 128; WAISMANN, *I principi della filosofia linguistica*, (1965), trad. it. Roma, 1969, 295; FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, (1975), 6° ed., trad. it. Milano 1994, p. 185.

⁸⁷⁾ “(...) nel pensiero postpositivista è stato posto in luce come le osservazioni empiriche siano comunque influenzate da tutta una serie di assunti teorici presupposti, che costituiscono l’orizzonte entro il quale si muove lo scienziato. Si è mostrato infatti che, per poter pervenire all’adozione o alla verifica di una certa teoria, per mettere in relazione una teoria scientifica con i fenomeni empirici, è necessario che, prima della ricerca empirica, siano adottate tutta una serie di *decisioni preliminari* tra gli scienziati; che siano adottati *convenzionalmente* – ancorché implicitamente – gli assiomi relativi al quadro teorico entro il quale muovere la ricerca, alla determinazione del campo da descrivere (cioè alla selezione, tra i dati osservati, di quelli idonei a essere assunti a base di una generalizzazione e di quelli inidonei), al metodo di osservazione dei dati empirici, ai criteri di valutazione del grado di attendibilità di tali dati, alla determinazione del grado di probabilità iniziale della ipotesi, etc. Sono tutte queste decisioni preliminari a porre le basi perché la relazione «fatti empirici – teoria scientifica» possa essere instaurata. Si è riconosciuto, perciò, che nel mondo scientifico, come in qualsiasi altro campo, ogni dialogo, ogni argomentare, presuppone una cornice di premesse, un insieme di fattori ammessi convenzionalmente, una serie di assunzioni semplificanti, «idealizzanti», che limitano la capacità degli enunciati fattuali di rappresentare la realtà empirica «per quella che è» e ne consentono invece solo una rappresentazione per così dire «caricaturale». Ne deriva, non solo che possono darsi rappresentazioni alternative dello stesso dato empirico quando muti il quadro di riferimento teorico, ma anche che, quando si tratta di decidere quale sia la teoria scientifica (c.d. «teoria esplicativa») più controllata empiricamente tra due diverse, può farsi riferimento all’esito del controllo empirico soltanto quando le due teorie si collocano all’interno dello stesso quadro teorico presupposto (c.d. «teoria interpretativa»); se, invece, le due teorie scientifiche sono associate a presupposto teorici diversi, è chiaro che la scelta implica una opzione teorica a monte, che non può essere compiuta solo sul piano empirico” (L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, Riv. Dir. Proc. 2007, p. 39-40).

⁸⁸⁾ L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, cit., p. 40, che richiama anche UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, 20 ss.; PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico – filosofiche*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Milano 1992, p. 195



Tale rinnovata consapevolezza è alla base della rivalutazione, negli ultimi anni, delle tecniche argomentative di tipo dialettico – retorico; non solo nel campo delle scienze umane, ma anche in quelle di carattere scientifico⁸⁹).

ss.; WEINBERGER, *Fatti e descrizione di fatti. Riflessioni logico – metodologiche su un problema fondamentale delle scienze sociali*, in MacCORMICK – WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, (1985), trad. it., Milano 1990, p. 95 ss.

⁸⁹) L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, Riv. Dir. Proc., 2007, p. 41, testo e nota 27, dove i richiami a KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), 4° ed., trad. it., Torino 1978; PLEBE – EMANUELE, *Manuale di retorica*, Roma – Bari 1988; PERA, *Scienza e retorica*, Roma – Bari 1991, p. 85 ss.; GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961; Id., voce *Logica del diritto: b) Teoria dell'argomentazione*, Enc. Dir., Milano 1975, 13 ss.; CAVALLA, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, 1984, p. 469 ss.; Id. *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991.