

INTORNO ALLA RELATIVITA' DELLA DISTINZIONE TRA NORME SOSTANZIALI E NORME PROCESSUALI

Vittorio DENTI *

1. La tendenza, fondamentalmente empirica, della dottrina giuridica dei paesi di *common law*, mirante a relativizzare il criterio di distinzione tra *substance e procedure*, fra diritto sostanziale e processo, ha trovato da ultimo, fra i giuristi europei, un deciso oppositore nell'Allorio, il quale, richiamandosi alla "interpretazione razionale dei fenomeni giuridici", ha affermato la necessità di individuare un canone generale, da applicarsi ogniqualevolta i singoli ordinamenti non indichino particolari ragioni per derogarvi.¹ Tale criterio, secondo l'Allorio, sarebbe dato dalla distinzione fra situazioni giuridiche idonee a formare autonomo oggetto di un processo autonomo di accertamento, e situazioni rilevanti nel corso del processo: le prime sono regolate dalle norme di diritto sostanziale (e quindi determinano il contenuto dell'accertamento giudiziale); le seconde dalle norme di diritto processuale, il cui ambito resta perciò definito per esclusione, comprendendo anche quelle norme che, pur avendo carattere decisorio, non danno vita a situazioni autonomamente accertabili.²

Ora, a prescindere dai particolari problemi cui la ricordata distinzione dà luogo —problemi troppo intimamente connessi con il "sistema" generale dell'Allorio per essere fatti oggetto di discussione in questa sede— sembra che l'esigenza di "razionalizzare" il criterio di distinzione, riconducendolo a caratteristiche intrinseche alle norme (o alle situazioni dalle medesime regolate) secondo concetti universalmente validi, contrasti con l'esperienza offerta da quei settori degli ordinamenti giuridici in cui la distinzione assume maggiore rilevanza pratica: i conflitti di legge nel tempo e nello spazio. Invero, ciò che è dato particolarmente rilevare, nell'esperienza giurisprudenziale in materia, non è tanto la variabilità dei criteri con i quali viene operata la scelta nelle cosiddette "zone grigie", o di confine, fra diritto sostanziale e processo (tipico il caso del diritto delle prove), quanto piuttosto la forte influenza

* Professore ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Pavia.

¹ Cfr., Allorio, "Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale", in *Jus*, 1955, p. 192 s. ed, in particolare, p. 196, in sede critica contro l'opinione della Schoch, *Klagbarkeit, Prozessanspruch und Beweis im Lichte des internationalen Rechts*, Leipzig, 1934.

² Cfr., per le "norme decisorie non sostanziali", Allorio, *op. cit.*, p. 202 s.

che esercitano, nella scelta medesima, direttive *lato sensu* "politiche", che non hanno nulla a che vedere con la razionalità di un sistema costruito *iuxta propria principia*. Talchè, alla fine, il vero criterio di distinzione sembra offerto, piuttosto che dalla considerazione della natura delle situazioni giuridiche disciplinate dalle norme, dall'indagine intorno alle finalità di politica legislativa che presiedono alle varie forme di tutela, ed alle conseguenze che dalla scelta in un senso o nell'altro discendono per il raggiungimento di tali finalità.

D'altronde, prima di analizzare gli esempi più tipici, nel mondo giuridico contemporaneo, di questo possibile carattere "politico" del criterio di distinzione tra *substance* e *procedure*, giova ricordare che proprio un autore spesso citato come assertore di criteri "razionali" di distinzione, ed in particolare come assertore della processualità delle regole probatorie, il Chiovenda, si era richiamato ad un'analisi teleologica delle finalità della norma, affermando che "le norme relative alle prove hanno o no natura processuale ... secondo che sono determinate o no da ragioni processuali", ossia ispirate alla considerazione, da parte del legislatore, degli scopi, intrinsecamente pubblicistici, del processo civile.³ E' evidente come un criterio del genere sfugga ad ogni tentativo di sistematizzazione, poichè comporta una valutazione storicamente condizionata e soggetta, come tale, ai mutevoli apprezzamenti intorno a ciò che è "pubblico" o che è "privato" nelle finalità della tutela. Tuttavia, quella che sembrerebbe una deviazione dalla corretta valutazione dei fenomeni giuridici, finisce con l'apparire, nella realtà storica, il criterio prevalente, che ovunque infirma, presto o tardi, ogni costruzione eccessivamente generalizzatrice.

2. Ci consideri, anzitutto, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel problema dell'applicazione del diritto degli stati da parte delle corti federali, nei casi di *diversity of citizenship*. Com'è noto, posta di fronte alla necessità di discriminare i *substantive rights* (riservati alle *local rules* dalla celebre decisione del caso *Erie*) e le situazioni meramente processuali (che l'*Enabling Act* del 1938 demandava alla disciplina federale, concretatasi nelle "Federal Rules of Civil Procedure"), la Corte Suprema aveva finito, inizialmente, col respingere la tradizionale contrapposizione fra *substance*

³ Cfr., Chiovenda, "La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo", in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, p. 243: "Se il legislatore pone una nuova norma probatoria perchè, ispirandosi alle mutate condizioni della civiltà, della società, della morale pubblica, la ritiene conforme allo scopo di assicurare un migliore risultato alle liti, sia dal punto di vista della bontà intrinseca delle decisioni, sia della semplicità e della prontezza del procedimento, sono queste ragioni processuali di riforma, e la norma che a queste è dovuta, sia che estenda, sia che limiti i mezzi di prova, troverà applicazione in ogni processo avvenire, in qualunque tempo sia accaduto il fatto che deve provare."

e *procedure*, affermando doversi considerare come "sostanziali" quelle norme la cui applicazione fosse comunque tale da determinare il risultato della causa.⁴ Questo criterio (il c.d. *outcome determinative test*)⁵ era diretto sostanzialmente a far sì che, nelle controversie in cui la giurisdizione delle corti federali era invocata per la diversa cittadinanza delle parti, l'esito della lite fosse sostanzialmente lo stesso che si avrebbe avuto ove la causa fosse stata discussa in una corte statale: si trattava, in altri termini, di impedire, da parte dei litiganti, il c.d. *forum shopping* tra le corti statali e quelle federali, considerando queste ultime come "only another Court of the State".

Si delineava così, sotto la spinta di considerazioni di politica giudiziaria" (o di *policy*, per usare l'espressione propria dei giuristi nordamericani), un criterio discretivo ispirato a valide ragioni costituzionali,⁶ ma dichiaratamente contrastante con il concetto di *procedure* come "the judicial process for enforcing rights and duties recognized by substantive law". Basti ricordare che per questa via si è giunti a far ricadere sotto l'impero dell'*Erie* anche la scelta fra il procedimento arbitrale e quello ordinario, per il motivo che "the change from a court of law to an arbitration panel may make a radical difference in ultimate result": l'arbitrato non è mera "form of trial", bensì "matter of substantive import", e perciò questione sostanziale, e non processuale.⁷

Il problema, a questo punto, sembrava ridursi alle difficoltà di concreta applicazione dell'*outcome -determinative test*, inerenti alla complessità di valutazione che dovera prendere per base lo "specific predictable effect on the final outcome of a case", e quindi stabilire il grado di "influenza" che una norma federale doveva possedere per essere disapplicata di fronte ad una diversa norma statale.⁸ Si tratta, peraltro, di difficoltà che, in maggiore o minor misura, sono proprie di ogni criterio discretivo: anche quello, di apparente razionale chiarezza, enunciato dall'Allorio, non ne è privo, se non altro per l'incertezza che può sorgere intorno alla idoneità di talune situazioni sostanziali ad essere *autonomamente* accertate in giudizio.

Senonchè, anche la dottrina dell'*Erie* ha recentemente incontrato delle "policy considerations" che, senza distruggerla, ne hanno limitato note-

⁴ Cfr., su questo aspetto delle conseguenze dell'*Erie*, Tunks, "Categorization and federalism: 'Substance' and 'Procedure' after *Erie Railroad v. Tompkins*", in *Ill. L. Rev.*, 3 (1939), p. 271.

⁵ Com'è noto, la precisazione in tal senso dell'*Erie* doctrine si ebbe nella decisione della causa *Guaranty Trust Co v. York* [326 U.S. 99 (1945)], con l'*opinion* del giudice Frankfurter: in argomento, cfr. Kurland, "Mr. Justice Frankfurter, the Supreme Court and the Erie Doctrine in Diversity Cases", in *Yale, L. J.*, 67 (1957), p. 187.

⁶ Sull'aspetto costituzionale del problema, cfr., Hill, "The Erie doctrine and the Constitution", in *Nw. Un. L. Rev.*, 53 (1958), p. 427 e 541.

⁷ Si tratta della causa *Bernhardt v. Polygraphic Co. of America* [350 U.S. 198 1956].

⁸ Cfr., da ultimo, sul punto, i rilievi del Ladd, "Uniform Evidence Rules in the Federal Courts", in *Virginia L. Rev.*, 49 (1963), p. 692, ed. *ivi*, p. 711.

volmente la portata, richiamando, per negare l'applicabilità delle *local rules*, e riportare la questione nell'ambito processuale (e quindi nel dominio del diritto federale) il criterio, eminentemente "politico" del "trial according to federal standard", molto vicino a quello che abbiamo visto essere il concetto chiovendiano della norma probatoria ispirata a generali fini di giustizia. Ad esempio, si è negata l'applicazione delle leggi statali a proposito del "trial by jury", riconducendolo al diritto federale in quanto "there is a strong federal policy against allowing state rules to disrupt the judge-jury relationship in the federal court",⁹ e quindi riconoscendo alle corti federali il potere di qualificare il *relief* come *legal* o *equitable* in base alle leggi federali, ai fini appunto di decidere in base a queste dell'esistenza del diritto alla giuria.¹⁰ Con ciò non solo si è posto in dubbio il criterio dell'*Erie*, per cui l'esistenza di un *remedy* e la sua qualificazione come *legal* o *equitable* davano luogo ad una questione "sostanziale", per l'attitudine ad influenzare l'esito della controversia, ma si è affermata, come "counter-vailing consideration" rispetto alla *policy* dell'*Erie*, l'esigenza di assicurare il miglior funzionamento della giustizia, imprimendo, in ultima analisi, il marchio della "processualità" sulle situazioni suscettibili di tutela (di fronte alle *local rules*) sotto questo profilo di interesse generale.¹¹

Ancora più recentemente, l'affermazione di una *federal policy* di contro alla dottrina dell'*Erie* si è avuta a proposito della esclusione di determinate prove in base ad una legge statale, attraverso un'indagine sulle finalità ispiratrici delle singole norme probatorie.¹² Si finisce ora col riconoscere che esistono questioni le quali possono essere definite "sostanziali" solo in assenza di una preminente "federal policy" e che possono invece essere trattate dal legislatore federale come "processuali".¹³ in altri termini, diviene essenziale l'indagine intorno ai fini della

⁹ *Cfr.*, la decisione del caso *Byrd v. Blue Ridge Rural Elec. Co-op. Inc.* [356 U. S. 525 (1958)] e, sull'argomento, Green, "Protection of Jury Trial in Diversity Cases Against State Invasions", in *Tex. L. Rev.*, 35 (1957), p. 768; Sparks, "Federal Courts: right to jury trial in cases involving both equitable and legal issue", in *Calif. L. Rev.*, 47 (1959), p. 760; McCoid, "Right to Jury Trial in the Federal Courts", in *Iowa L. Rev.*, 45 (1960), p. 726.

¹⁰ È noto, infatti, che, secondo la *common law*, nelle *equitable actions* non esiste il diritto al *trial by jury*.

¹¹ *Cfr.*, in proposito il commento a questo indirizzo giurisprudenziale del Vacin, in *Mich. L. Rev.*, 61 (1961), p. 388.

¹² *Cfr.*, la decisione del caso *Monarch Ins. Co. v. Spech* [281 F. 2d 401 (5th Circ. 1960)] e in proposito i rilievi contenuti nello scritto del Vestal, "*Erie R. R. v. Tompkins: A Projection*", in *Iowa L. Rev.*, 48 (1963), p. 248, ed ivi p. 266, scritto di notevole importanza per l'analisi della evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema.

¹³ *Cfr.*, il commento "Federal Rule 43 (a): the scope of admissibility of evidence and the implications of the Erie doctrine", in *Col. L. Rev.*, 62 (1962), p. 1049 ed. ivi p. 1073.

norma, nella contrapposizione fra interessi federali e interessi degli stati, in quanto riconoscere natura "processuale" ad una norma significa dare la prevalenza ai "countervailing factors which reflect the federal interest in such litigation".¹⁴

3. La problematica, che si è sopra illustrata, assume particolari aspetti a proposito del diritto delle prove, soprattutto perchè le medesime "policy considerations" che vengono in rilievo nella recente evoluzione della giurisprudenza suggeriscono di attrarre tutto il diritto probatorio nell'ambito del diritto processuale, al fine di agevolare la promulgazione di regole probatorie uniformi federali, attraverso l'esercizio del potere normativo che l'*Enabling Act* del 1938 ha attribuito alla Corte Suprema per la disciplina del processo civile. Infatti, se le norme probatorie dovessero essere considerate come "sostanziali", non solo l'*Enabling Act* non potrebbe trovare applicazione, ma un eventuale ulteriore intervento autorizzativo del Congresso a favore della Corte Suprema incontrerebbe, nei *diversity cases*, le limitazioni costituzionali imposte dall'*Erie doctrine*.¹⁵

L'orientamento nel senso della "processualità" delle norme probatorie trova un terreno assai agevole nei giuristi nord-americani, tradizionalmente favorevoli a considerare le norme stesse come "relating to the judicial process for enforcing rights",¹⁶ secondo la concezione prevalente nella soluzione dei conflitti di leggi.¹⁷ Tuttavia, è chiaro che il criterio corente urta contro l'*outcome determinative test* dell'*Erie*, in base al quale molte norme probatorie (come quelle sull'onere della prova e sulle presunzioni, e la *parol evidence rule*) sono state considerate sostanziali,¹⁸ per ciò che la loro applicazione avrebbe potuto determinare il risultato della causa.

Se pure, infatti, valesse il rilievo che le norme probatorie "provide the means of finding fact, but they do not make them",¹⁹ sarebbe

¹⁴ Cfr., su questo punto, Vestal, *Op. cit.*, p. 272.

¹⁵ Su questi problemi, cfr., L'ampia esposizione del Ladd, "Uniform evidence rules...", *cit.*, p. 692 s. Cfr. pure Degnan, "The Law of Federal Evidence Reform", in *Harv. L. Rev.*, 76 (1962), p. 275.

¹⁶ Cfr., da ultimo, Morgan, "Rules of evidence - substantive or procedural?", in *Vand. L. Rev.*, 10 (1957), p. 467 ss., il quale muove da una precisa analisi del significato dei termini "substance" e "procedure".

¹⁷ Cfr., Morgan, "Choice of Law Governing Proof", in *Harv. L. Rev.*, 58 (1944), p. 157 e per riferimenti generali alla dottrina anglo-americana in argomento, Durante, "La legge regolatrice della prova nel diritto internazionale privato", in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 494 ss.

¹⁸ Cfr., sul punto, Ladd, *op. cit.*, p. 697.

¹⁹ Ladd, *op. cit.*, p. 712. Il problema non può essere qui discusso: basti ricordare che una larga corrente dottrinale è diversamente orientata, in quanto ritiene che la prova sia un elemento costitutivo dell'effetto giuridico che viene accertato nel processo, e come tale vada ricompresa fra gli istituti del diritto sostanziale. Cfr., ad esempio, Pau, "La prova nel diritto internazionale privato", in *Studi Economico-*

difficile negare, per la maggior parte delle norme stesse (e soprattutto nel sistema delle *rules of exclusion*, proprio della *common law*) l'attitudine ad influenzare direttamente la decisione. Di questa caratteristica delle norme probatorie, d'altronde, si è reso ben conto l'Allorio, quanto ha ricondotto "tutte le regole di prova legale, ivi comprese le regole sulla ripartizione dell'onere della prova" alla categoria autonoma delle "norme decisorie non sostanziali", in quanto conducono a porre "a fondamento del decidere fatti, i quali non coincidono con quelli che formano il substrato della situazione di diritto materiale".²⁰ E' evidente che la "deroga per motivi processuali alla regola del diritto sostanziale" che consegue, secondo l'Allorio, all'applicazione di queste norme, finisce con l'escludere quella possibile "neutralità" della norma, rispetto all'esito della lite, che sola potrebbe sottrarla all'impero della *Erie doctrine*.

Ciò spiega perchè i giuristi nord-americani, favorevoli alla creazione di un diritto probatorio uniforme federale, abbiano fondato le loro argomentazioni non tanto sulla tesi della processualità delle norme probatorie, quanto sulle "countervailing considerations" insite nella ricordata evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema, e soprattutto sull'interesse pubblico ad un *fair trial* ed al corretto uso degli strumenti giudiziari per l'accertamento della verità. In particolare, si è osservato che il superamento dei principi dell'*Erie* per favorire il *trial by jury* secondo il diritto federale, comporta l'implicito richiamo alle regole probatorie che sono connesse col procedimento federale e si è rilevato che la stessa Corte Suprema ha più volte sottratto alle limitazioni derivanti dall'*outcome determinative test*, per le stesse considerazioni, quelle norme probatorie che già sono codificate nelle "Federal Rules of Civil Procedure".²¹

Appare, quindi, evidente il ruolo decisivo che, nell'alternativa fra la "processualità" e la "sostanzialità" delle norme probatorie, giocano le scelte "politiche" intorno ai fini delle norme medesime, secondo la già ricordata idea chiovendiana: il "miglior risultato delle liti" ed il "fair trial" sono principi analoghi, ed esprimono un'identica visione degli scopi "pubblici" del processo. Inoltre, la preminenza delle "policy considerations" conduce, pur nel generale orientamento nel senso del carattere processuale delle norme probatorie, ad individuare, fra le norme di questo tipo, quelle che hanno carattere sostanziale, per la finalità non "processuale" che le ispira. Il Laud ha recentemente addotto

giuridici dell'Università di Cagliari, 1948, p. 22 ss., il quale considera la prova "il grado di evidenza dei fatti giuridici necessario per il prodursi degli effetti giuridici". Cfr. pure, per analogo orientamento difondo, se pure diversamente motivato, Satta, "Sulla legge regolatrice delle prove", in *Giust. Civ.*, 1958, I, p. 1252.

²⁰ Allorio, "Per una teoria dell'oggetto...", *cit.*, p. 203.

²¹ Cfr., in argomento, Ladd, *op. cit.*, p. 707 s.

l'esempio della distinzione fra *competency* e *privilege* nella disciplina della prova testimoniale: mentre la *competency* si richiama all'attitudine del test a dire la verità e decidere intorno ad essa rientra nella funzione del giudice, secondo gli *standards* che regolano la testimonianza veritiera, i *privileges* sono previsti per finalità diverse, essendo diretti a tutelare determinati rapporti sociali (il rapporto fra il medico e l'ammalato, o fra l'avvocato e il cliente, ovvero fra marito e moglie), onde la norma che li prevede ha natura sostanziale.²² Perciò, da un lato si afferma l'esigenza di lasciare agli stati la disciplina dei *privileges*, e dall'altro si proclama la libertà di intervento delle corti federali per ampliare la *competency* dei testi, soprattutto allo scopo di evitare l'applicazione dei "dead man statutes", ancora vigenti in molti stati e che si ritengono contrastanti con i principi moderni intorno alla ricerca della verità nel *trial*.²³

Anche nel campo del diritto probatorio, dunque, la qualificazione delle situazioni giuridiche come "sostanziali" o "processuali" viene compiuta in vista delle conseguenze che dalla scelta derivano quanto alla prevalenza di un dato principio costituzionale (l'*Erie doctrine*) o alla attuazione di una disciplina normativa che meglio realizzi le esigenze di giustizia, anzichè essere compiuta in base alla tradizionale contrapposizione fra "substance" e "procedure". Se ad un certo momento, quindi, poteva sembrare che il richiamo ad uno scopo sostanzialmente affine (quello di ridurre l'influenza della scelta del foro sulla regolamentazione del rapporto) avvicinasse il criterio adottato per i conflitti interlocali a quello valido per il diritto internazionale privato,²⁴ è chiaro ora che le "countervailing considerations" riportano il problema su un diverso terreno, avendo di mira il perseguimento di finalità di interesse generale, secondo il diritto federale. Talchè è perfettamente giustificato concludere, come si è già ricordato, che determinate questioni possono essere considerate come "sostanziali" solo in assenza di una politica legislativa federale, mentre possono essere trattate, in presenza di questa politica, come questioni "processuali".²⁵

4. La riprova della validità, su un piano generale, dell'esperienza sopra riferita, si ha considerando il ripetersi di un'analogha prospettiva,

²² Cfr., Ladd, *op. cit.*, p. 714 s. Nel senso che i "privilege statutes" abbiano natura sostanziale e che la loro regolamentazione, secondo i principi dell'*Erie*, debba essere lasciata alle norme statali, cfr., Louisell, Confidentiality, conformity and confusion: privileges in Federal Courts today, in *Tul. L. Rev.*, 31 (1956), p. 101; Louisell e Crippin, "Evidentiary Privileges", in *Minn. L. Rev.*, 40 (1956), p. 413.

²³ Sulle critiche della dottrina nord-americana ai "dead man statutes" (secondo i quali è vietata la testimonianza del sopravvissuto circa i rapporti con un defunto) cfr. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, 1, Milano, 1962, p. 467.

²⁴ Cfr., in argomento, i rilievi del De Nova, in *Jus*, 1953, p. 128.

²⁵ Cfr., il citato commento in *Col. L. Rev.*, 62 (1962), p. 1073.

sia pure con posizioni, per così dire, rovesciate, nel diritto svizzero, per l'esistenza di un'unica legge sostanziale federale e di una pluralità di codici processuali cantonali.²⁶ Anche qui il problema è dato dall'esigenza di perseguire determinati fini di politica legislativa, secondo le indicazioni del diritto federale, e dalla possibile resistenza che a tale finalità potrebbe opporre, se applicato, il diritto dei cantoni.

Poichè una precisa norma costituzionale riserva alla competenza dei cantoni la "procedura giudiziaria e l'amministrazione della giustizia" (art. 64 della Costituzione federale), la direttiva che ne è scaturita, nella giurisprudenza del Tribunale federale svizzero, è nel senso di ricondurre al diritto sostanziale un gran numero di situazioni di cui non sarebbe dubbia, secondo i criteri correnti, la natura processuale: ad esempio, la legittimazione ad agire, la capacità processuale, l'ammissibilità di determinati mezzi di prova,²⁷ il grado di certezza necessario per la formazione del convincimento del giudice,²⁸ ecc. La giustificazione di questo orientamento, che trova pienamente consenzienti i fautori della più ampia unificazione legislativa nell'ambito della Confederazione, è precisa: la Confederazione, nella misura in cui accorda un'azione ai contendenti, garantisce loro necessariamente il diritto di provare i fatti sui quali l'azione deve essere fondata; diversamente, il legislatore cantonale potrebbe far fallire il diritto federale.²⁹ In sostanza, siamo molto vicini alle ragioni per cui la Corte Suprema degli Stati Uniti, con la dottrina dell'*Erie*, ha attratto nel diritto sostanziale, a favore delle *local rules*, le norme, la cui applicazione sarebbe stata determinante per l'esito della lite. Giustamente si è rilevato che "il legislatore e il Tribunale della Confederazione si atteggiavano come se essi pure distinguessero, accanto a quelle sostanziali, una classe di norme di dubbia natura processuale, tali che la loro attitudine a condizionare la sorte del processo conduce a farle gravitare nell'orbita del diritto sostanziale".³⁰

Tuttavia, sarebbe erroneo dedurre da questo orientamento un criterio suscettibile di "razionalizzazione" in senso dogmatico, poichè la presenza di una "policy" federale, diretta alla più efficiente tutela delle situazioni giuridiche attraverso il miglior funzionamento dei processi, comporta valutazioni che possono divergere norma per norma, rendendo impossibile la sistemazione delle scelte nell'ambito di un principio "razionale".

²⁶ Sull'argomento, *cf.*, il recente scritto del Dones, "Diritto privato svizzero e processo cantonale", in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 257 s.

²⁷ Si veda, per una rassegna della giurisprudenza del Tribunale federale al riguardo, Guldener, "Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht", in *Zeit. f. Schweiz. Recht*, 80 (1961), p. 3 s.; Voyame, *Droit privé fédéral et procédure civile cantonale*, *ivi*, p. 67 ss.; Dones, *op. cit.*, p. 264 s.

²⁸ *Cfr.* Voyame, *op. cit.*, p. 156.

²⁹ *Cfr.* Voyame, *op. cit.*, p. 155.

³⁰ Dones, *op. cit.*, p. 272.

Ad esempio, mentre si riconosce in via generale la competenza dei cantoni quanto alla disciplina dei mezzi di prova, si afferma che il diritto federale può occuparsi dell'idoneità di determinati mezzi alla verifica di certi fatti, soprattutto laddove sono in gioco tecniche di ricerca (come la perizia psichiatrica o la perizia ematologica) connesse col progresso tecnico-scientifico dell'indagine giudiziale.³¹

Questa *policy* federale assume naturalmente maggiore rilevanza laddove sono in discussione rapporti che presentano un accentuato aspetto pubblicistico, come nelle controversie sullo stato e la capacità delle persone. Le norme emanate dai cantoni rimangono, quindi, "processuali" sin quando non urtino contro l'esigenza di "assicurare ovunque nel territorio statale un'identica fissazione processuale del fatto" e di "impepire che l'ordinamento processuale abbia ad alterare il regime stabilito dal diritto sostanziale circa l'esercizio o la perdita dei diritti soggettivi":³² in tal caso, infatti, anche in difetto di una espressa disposizione del diritto federale, la questione viene considerata come "sostanziale", al fine di legittimare i giudici federali ad imporre la regola più consona alla loro interpretazione della *policy* ritenuta conforme ai fini di giustizia.

Assistiamo, dunque, ad un processo inverso a quello dell'esperienza statunitense, ossia all'attrazione nel diritto sostanziale di situazioni e norme che secondo gli schemi correnti dovrebbero ritenersi "processuali", e ciò nel dichiarato ripudio dei criteri che presiedono alla normale contrapposizione "substance-procedure"³³ ed in base a scelte "politiche" eminentemente relative.

Resta così confermato che, in determinati ordinamenti, le esigenze di una particolare politica giudiziaria, mentre impongono l'esame delle finalità cui si ispirano le singole norme, conducono a considerare le norme stesse, di volta in volta, come "sostanziali" o "processuali" per ragioni che nulla hanno a che vedere con la loro intrinseca natura, ma hanno di mira unicamente le conseguenze della loro applicazione o disapplicazione, in un dato ambito di validità territoriale.

5. Nell'indagine precedente, si è considerato soltanto l'ipotesi di criteri di valutazione adottati in via generale, per risolvere il problema posto dal conflitto interno fra ordinamenti di grado diverso, trascurando

³¹ Cfr., sul punto, Dones, *op. cit.*, p. 266, il quale rileva che in tali ipotesi "il Tribunale federale non si limita a pronunciare l'obbligo diricorrere ai predetti mezzi tecnico-scientifici, ma esamina esso stesso, volta per volta, i vari procedimenti che in progresso di tempo vengono proposti dalla biologia, e si esprime circa la loro validità."

³² Dones, *op. cit.*, p. 263.

³³ Cfr., infatti, Voyame, *op. cit.*, p. 151, il quale afferma espressamente, a proposito dell'onere della prova, l'irrelevanza dei criteri di distinzione fra norme sostanziali e norme processuali, propri del diritto internazionale privato.

deliberatamente le deviazioni che possono manifestarsi, rispetto a criteri assunti come razionalmente validi, nell'ambito della soluzione del problema dei conflitti di legge sul piano internazionale. Ciò che interessa, infatti, non è tanto segnalare le divergenze nella qualificazione di una data situazione come sostanziale o, processuale (divergenze che possono rifarsi al diverso modo di concepire il processo e l'attività giurisdizionale in generale, rispetto al problema della tutela dei diritti), quanto piuttosto mettere in luce la variabilità dei criteri che presiedono alla qualificazione, in funzione di esigenze di *policy giudiziale*, come tali non suscettibili di sistematizzazione.

L'idea del Chioyenda, mirante ad individuare la *ratio* della singola norma dal punto di vista delle finalità politico-legislative che l'hanno ispirata, appare dunque — verificata alla luce delle esperienze sopra ricordate — assai più feconda, sul piano metodologico, di quanto non sia stato anche recentemente ritenuto.³⁴ Non solo, infatti, questo criterio discretivo riemerge fatalmente anche in coloro che lo ripudiano in via di principio (e sia pure per giustificare le eccezioni alla applicazione delle categorie concettuali correnti),³⁵ ma esso costituisce un valido strumento di lavoro laddove si tratta di rendersi conto dell'esperienza di ordinamenti in cui una diversità di fonti normative (diritto federale e diritto statale o cantonale) comporta una diversa competenza per la disciplina delle situazioni processuali e di quelle sostanziali.

La conclusione cui vogliono pervenire queste rapide note è che la qualificazione come "processuale" o "sostanziale" di una data fattispecie non può essere univocamente ricondotta ad un astratto criterio sistematico, di immediata validità sul piano razionale, ma appare assai spesso il frutto di valutazioni compiute dalla giurisprudenza, in base a considerazioni di *policy* riferite alle caratteristiche proprie dei vari ordinamenti, e con riguardo alle conseguenze che, nell'ambito degli ordinamenti medesimi, possono scaturire dalla preferenza per l'una piuttosto che per l'altra qualificazione.

Ciò non significa che si debba limitare lo studio del problema ad un'analisi di casi giurisprudenziali, pragmaticamente orientata: le vedute in tal senso della dottrina nord-americana sono senz'altro eccessive,³⁶

³⁴ Cfr., le critiche avanzate in proposito dal Balladore Pallieri, "L'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato", *Relazione al Congresso intern. di diritto proc. civile* (Venezia 12-15 aprile 1962), Milano, 1962, p. 15, il quale nega che si possa giustificare la distinzione fra norma processuale e norma sostanziale "in base semplicemente agli intendimenti più o meno presunti del legislatore."

³⁵ Cfr., infatti, quanto alle limitazioni all'ammissibilità di dati mezzi di prova, Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 18, il quale riconosce che "non mancano esempi in cui, ai fini particolari del diritto internazionale privato, certe norme siano qualificate in altro modo da quello che sarebbe ad esse proprio".

³⁶ Cfr., Cook, "Substance' and 'Procedure' in the Conflict of Laws", in *Yale L. J.*, 42 (1933), p. 333 (anche in *The Logical and Legal Bases of the Conflicts of Law*,

poichè le soluzioni che abbiamo esaminato sono dotate di coerenza, nell'ambito di una determinata problematica dei conflitti di leggi. I giudici, infatti, non scelgono l'una o l'altra soluzione in base a considerazioni attinenti alle caratteristiche del caso singolo, bensì —come si è visto sul presupposto di valutazioni generali di "politica giudiziaria", per la preminenza riconosciuta a determinati fini di interesse pubblico. La *relatività* del criterio discrezionale è data, quindi, dal suo porsi come valido solo in relazione ad una concreta soluzione dei conflitti di leggi, attuata storicamente, alla luce di determinati problemi politici e costituzionali.

Se un insegnamento "razionale" si può trarre da queste esperienze, è dunque nel senso che la natura "processuale" o "sostanziale" di una norma non si deduce necessariamente dai suoi connotati intrinseci (o, il che è lo stesso, dalla natura degli effetti giuridici che dall'applicazione della norma scaturiscono), ma può discendere dalla comparazione degli effetti che conseguono alla diversa qualificazione, sul piano delle competenze normative, ed alla luce di criteri desunti dai singoli ordinamenti giuridici. Ciò almeno sin dove la distinzione non abbia finalità meramente classificatorie, o di pura teoresi, ma tenda a risolvere concreti problemi dell'esperienza giuridica: in altri termini, dove la contrapposizione *substance-procedure* cessi di essere un esercizio accademico e divenga una "questione" per il giudice, posto di fronte ai divergenti risultati che i contendenti pretendono di dedurre dall'una o dall'altra qualificazione.

D'altronde, la "relatività" del criterio discrezionale risulta, oltre che dalla comparazione nello spazio dei diversi ordinamenti giuridici (e dal raffronto fra i diversi tipi di conflitti di leggi, previsti dai singoli ordinamenti), dalla comparazione nel tempo: basti pensare all'evoluzione storica che ha portato ad allargare i confini del "processo", sotto la spinta della concezione pubblicistica dei suoi fini, e ad affermare la natura processuale di norme e situazioni già considerate come "sostanziali".³⁷ se è giustificato, quindi, che in un determinato contesto storico e normativo si elaborino categorie concettuali dotate di rigore e coerenza, per qualificare le norme (e le situazioni giuridiche) come "sostanziali" o "processuali",³⁸ è necessario non dimenticare i limiti di tale concettualizzazione e la intrinseca relatività dei suoi risultati.

Cambridge, Mass., 1949) e, al riguardo, la critica di Allorio, *op cit.*, p. 198. Cfr., in argomento anche Ailes, "Substance and procedure in the conflict of laws", in *Mich. L. Rev.*, 39 (1941), p. 392.

³⁷ Cfr., al riguardo, Liebman, "Norme processuali nel codice civile", in *Riv. dir. proc.*, 1948, 1, p. 154 ss.

³⁸ E' appena il caso di avvertire che tale qualificazione non opera soltanto ai fini della soluzione del conflitto di leggi, ma anche per determinare l'ordine delle questioni che debbono essere decise dal giudice e l'efficacia delle relative decisioni.