

Gli osservatori angloamericani dei tribunali europei puntano la loro attenzione soprattutto sull'aspetto più visibile dell'accertamento del fatto, l'interrogatorio dei testimoni da parte del giudice, con la conseguenza che tendono a sopravvalutare il ruolo dominante del giudice nell'accertamento dei fatti. In verità questo ruolo è indiscusso soltanto nel processo penale, che non si ritiene riguardi un'effettiva risoluzione dei conflitti. Nelle cause civili, invece, i poteri investigativi del giudice sono notevolmente ridotti. Nella versione classica del processo civile precedente all'avvento dei sistemi comunisti i giudici di regola non possono convocare testimoni di loro iniziativa o contro la volontà delle parti, cosicché su questo punto essi hanno molto meno poteri dei loro cugini in molte giurisdizioni di *common law*⁴⁹. Le parti conservano il controllo non solo sui fatti oggetto di prova ma anche sulle fonti di informazione da usare per dimostrarli. Alcuni sistemi continentali più risalenti — specialmente nei paesi latini — giunsero a limitare l'interrogatorio del giudice nelle cause civili alle sole domande proposte dalle parti⁵⁰, sicché in questi sistemi è rimasta al giudice solo una minima opportunità per essere «inquisitorio» per suo conto. Così, pur essendo efficace e approfondito in sede penale, l'interrogatorio del giudice può essere anemico nel processo civile. Né il relativo vuoto viene colmato dall'esame dei testi ad opera delle parti, poiché dal punto di vista continentale questa pratica è quasi un usurpazione dell'*officium iudicis*⁵¹.

primo grado (*People v. Rigley*, 359 P. 2d 23, 98, Cal. 1961). Almeno nelle cause penali, in America si ammette apertamente che le parti hanno diritto di presentare le prove nella sequenza che ritengono più persuasiva. Vedi T. Amsterdam, *A Selective Survey of Supreme Court Decisions in Criminal Law and Procedure*, in «Crim. Law Bull.», 9 (1973), pp. 389, 404; P. Westen, *Order of Proof*, in «Cal. Law Rev.», 66 (1978), pp. 935, 975.

⁴⁹ Per un esame comparatistico dei casi eccezionali in cui il giudice civile può disporre consulenze tecniche di sua iniziativa, vedi W. J. Habscheid, *Recherches oder Parteifreisetzung*, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 21 (1968), p. 176.

⁵⁰ Per l'Italia vedi M. Cappelletti e J. Perillo, *Civil Procedure in Italy*, 1965, pp. 223-24. La più recente tendenza verso maggiori poteri del giudice nell'interrogatorio nelle cause civili coincide con l'ascesa dell'attivismo statale.

⁵¹ Per questa ragione le parti civili (i loro avvocati) si astengono dal ricercare ed intervistare i possibili testimoni. Sul Continente furono compiuti sprazzi temativi per trasferire l'interrogatorio dei testimoni alle parti, ma queste riforme sono rimaste per lo più lettera morta (come in Germania Occidentale), o sono state ininterrottamente annullate dall'interrogatorio

3.7. Le parti come mezzo di prova

La trasformazione della parte in fonte di informazioni è una deviazione dal modello puro del processo come risoluzione di conflitti? Una risposta a questa domanda si cerca in vano negli studi angloamericani sul processo *adversarial*: un giro d'orizzonte delle procedure vigenti che si qualificano approssimativamente come *adversarial* rivela una ricca e un sorprendente varietà di possibili discipline dello *status probatorio* delle parti. Su questo punto non è disponibile alcun criterio con cui si possano confrontare i sistemi processuali reali sotto il profilo della loro fedeltà all'ideale della risoluzione dei conflitti. Essendo una pagina bianca nella teoria tradizionale, il tema merita di essere studiato nei dettagli.

Le trasformazioni coattive o volontarie presentano problemi distinti, e vanno esaminate separatamente. Per quanto concerne le prime, è facile vedere che la trasformazione della parte in mezzo di prova, su istanza della controparte o su iniziativa della corte, è fonte di anomalie nei processi concepiti come una contesa fra le parti. Una parte che viene convertita in oggetto del processo che intende gestire non può più controllare il suo interesse tattico nella lite; molti aspetti dello stile competitivo, incluso quello della rivalità nell'assunzione della prova, verrebbero gravemente deformati. Certo si può nominare un collaboratore della parte che eserciti i poteri di gestione che le spettano, ma tale sostituzione comporta di per sé gravi problemi e, soprattutto, l'ingresso di questo «secondo» non può aver luogo se vi si oppone la parte che mantiene il suo diritto ad autorappresentarsi. Ma ancora più grave è il venir meno del requisito che ciascuna delle parti provi le sue affermazioni e adempia i suoi oneri probatori. E davvero uno strano onere quello che una parte può soddisfare costringendo l'avversario a sopportarne il carico. Come amavano dire gli studiosi del diritto romano-canonico, una parte del processo non può essere tenuta a diventare *telum adversarii sui*, cioè un'arma

incrociato praticato nelle giurisdizioni di *common law*. Il rigore dell'assunzione competitiva della prova fu mitigato lasciando che i testimoni presentassero un resoconto narrativo prima dell'interrogatorio, e che i verbali delle deposizioni precedenti concorressero con la viva voce del testimone ai fini della valutazione effettuata da chi accertava il fatto.

d'offesa del suo avversario. In sostanza, dunque, affinché i procedimenti strutturati come uno scontro funzionino normalmente ciascuna parte deve rimanere libera di scegliere se trasformarsi o no in mezzo di prova, e sovrana nel determinare a che punto dello svolgimento delle sue difese la conversione debba aver luogo. La conversione coattiva di una parte in mezzo di prova non è una caratteristica dello stile puro dello scontro.

Come si collegano i sistemi reali al modello puro? Nei paesi di *common law* la posizione delle parti nel processo penale si approssima a quella ideale più di quella delle parti del processo civile. Ciò è evidente sin dalla fase degli atti introduttivi: non è necessario che la dichiarazione di non colpevolezza dell'imputato sia veritiera; egli ha diritto di «mettere alla prova lo Stato». Nel procedimento penale americano la colpevolezza dell'imputato viene ammessa di frequente nel corso delle trattative per il patteggiamento, ma se la trattativa fallisce la difesa propone quasi automaticamente una dichiarazione di non colpevolezza. Questa prassi è ritenuta perfettamente legittima. Viceversa, le parti di una causa civile non hanno un analogo diritto di contestare le affermazioni che sanno essere vere: la parte non ha un diritto riconosciuto di mettere alla prova il suo avversario.

Questa asimmetria si ripropone nel procedimento probatorio. Consentire all'accusa di chiamare l'imputato come teste è considerato assurdo: è prerogativa sovrana dell'imputato decidere se e quando testimoniare nella presentazione del suo caso³². La giustificazione sufficiente è naturalmente il diritto costituzionale dell'imputato a non autoincriminarsi: ma se fossero richiesti di una giustificazione diversa pochi giuristi di *common law* non impiegherebbero argomentazioni relative alla struttura del processo come scontro. Se l'accusa potesse sfruttare l'imputato come testimone a carico verrebbe violata la disciplina dell'onere della prova. Benché influenti nelle cause penali, questi argomenti sembrano privi di peso nelle cause civili.

³² In *Brooks v. Tennessee*, 406 U.S. 605 (1972), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha invalidato una legge del Tennessee che imponeva all'imputato che sceglieva di testimoniare di farlo prima di ogni altro teste a discarico. Vedi anche *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 338 (1970).

Qui una parte può chiamare il suo avversario alla sbarra perché deponga in suo favore. Per quanto questa scelta venga compiuta di rado nella prassi, vi sono considerazioni tattiche contrastanti: è rischioso adoperare un teste non preparato e ostile per farne una prova a favore. Questa non è la sola ipotesi in cui la parte nel processo civile può essere costretta a diventare fonte di informazioni per il suo avversario. In America parte può essere sottoposta a interrogatorio nella fase preliminare, essendo protetta solo dalle regole di tutela dei segreti valgono per i normali testimoni³³. Quindi il processo americano utilizza strumenti più efficaci per ottenere la verità nelle cause civili che in quelle penali: su questo punto, il processo civile è più «inquisitorio» e il processo penale più *adversarial*.

I sistemi continentali rovesciano questo rapporto fra la giustizia civile e quella penale. Nella versione tuttora dominante del processo civile continentale le parti vengono impiegate come fonte di prova con grande riluttanza e spesso vengono chiamate a testimoniare come estremo rimedio quando le altre prove non sono sufficienti per decidere. Tuttavia anche allora le parti hanno diritto di astenersi dal deporre, compreso il diritto più limitato di non rispondere a specifiche domande³⁴. Solo quei paesi europei che sono andati molto in là con l'attivismo manageriale (la Svezia e i sistemi comunisti) si sono effettivamente liberati di questa riluttanza a ricorrere all'interrogatorio della parte: peraltro questi sistemi si sono anche allontanati molto dalla concezione classica della giustizia civile come mezzo per risolvere controversie private³⁵. Nelle cause penali la situazione è molto diversa, soprattutto se si trascurano le

³³ Ciò è assai sorprendente sul piano comparatistico, perché il diritto di astenersi dal deporre è meno ampio in America che nella maggioranza delle giurisdizioni europee. Nei processi del Continente il testimone ha spesso diritto di non rispondere non solo a causa del pericolo di essere incriminato, o che siano incriminate persone a lui vicine, ma anche quando la risposta potrebbe cagionargli un nocumento nell'onore, o esporlo a gravi perdite finanziarie. Così è in molti cantoni svizzeri, in Austria e in Germania Occidentale. Vedi *infra*, cap. VI, nota 55.

³⁴ Per un esempio vedi gli articoli 445-48 del codice di procedura civile della Germania Occidentale.

³⁵ La disciplina classica sopravvive, stranamente, nella Jugoslavia comunista. Vedi S. Triva, *Gradjanstvo Procedno Pravo*, Zagreb, 1965, p. 439.

enunciazioni formali della dottrina e si guarda a quanto accade di solito nella prassi.

Tradizionalmente, la testimonianza dell'imputato veniva ricercata intensamente: il suo interrogatorio era il momento centrale delle indagini preliminari, e il dibattito cominciava con un lungo esame dell'imputato da parte del giudice. Benché tutti i sistemi di giustizia penale adoperino qualche meccanismo per indurre gli imputati a parlare, questi meccanismi sono particolarmente efficaci nei paesi europei. A differenza dell'accusato nei paesi di *common law*, in Europa l'imputato non può scegliere se sottoporsi o meno all'interrogatorio; ha solo diritto di non rispondere in via generale o a specifiche domande, ma sul piano pratico anche questo diritto più limitato è largamente illusorio e vi si rinuncia regolarmente³⁶. In sostanza, il processo penale è uno strumento molto più penetrante per la scoperta della verità di quanto sia la giustizia civile: più «inquisitorio» e quindi più lontano dalle forme pure dello scontro. Questo rapporto fra i due settori della giustizia appare perfettamente razionale agli europei: dal loro punto di vista un processo rivolto all'attuazione della politica del diritto penale dello Stato deve andare più a fondo di un processo strutturato per la risoluzione di controversie interpersonali³⁷.

Sinora ho affermato che la conversione coattiva di una parte in fonte di informazioni non deve essere vista come un fattore integrante dello stile puro di risoluzione dei conflitti. Ma che dire di una conversione volontaria? Inizialmente può sembrare che non sorga alcun particolare problema: una parte

³⁶ Questo problema viene esaminato nel cap. V in relazione al ruolo delle parti nel processo di attuazione di scelte politiche. Nel processo europeo le fasi dell'accertamento della colpevolezza e della commisurazione della pena sono fuse insieme, e quindi l'imputato che sia zitto e non risponde alle domande del giudice può privarsi di argomenti per mitigare la pena, per non parlare della sua sfida all'autorità giudiziaria nel non rispondere. Gli imputati continentali che esercitano effettivamente il loro diritto al silenzio sono pochi.

³⁷ Esaminerò nell'ultimo capitolo le cause delle stupefacenti differenze, nelle giurisdizioni anglosassoniche ed europee, della disciplina dello *status probatorio* delle parti nelle cause civili e penali, e farò riferimento alla diversa struttura del potere giudiziario. Anche le diverse concezioni della funzione dello Stato possono essere d'aiuto per spiegare la disegualianza fra la giustizia civile e quella penale nei paesi anglosassonici e continentali.

che sceglie liberamente di diventare una fonte di informazioni dovrebbe essere assimilata allo *status* di un normale testimone. A un esame più approfondito, tuttavia, compaiono differenze significative tra le parti e i testimoni ordinari, che suggeriscono la necessità di una disciplina differenziale. Nella sua veste di testimone, la parte continua a tenere d'occhio i suoi interessi tattici nella lite, valutando l'informazione che dovrebbe dare alla luce di come inciderà sulle sue possibilità di vittoria. Alcune modifiche delle regole applicabili ai testimoni ordinari potrebbero quindi essere imposte dall'esigenza di proteggere il controllo delle parti sulla causa, così importante per il processo come risoluzione di conflitti. Ad esempio, mentre un testimone ordinario può essere escluso dall'aula quando gli altri depongono, è difficile poter rifiutare alla parte la presenza costante in aula, anche qualora ne derivi la possibilità che essa modelli la sua deposizione su quella di altri testimoni.

Si possono prevedere altre modifiche fondate sul contrasto fra l'interesse personale e il dovere di dire la verità, contrasto che è sicuramente più grave per la parte che per il normale testimone. Si considerino quei diritti di astenersi dal deporre la cui *ratio* si dice risieda proprio nella comprensione per le conseguenze di questi contrasti. Invocando questi diritti un testimone ordinario può evitare con relativa facilità sia il danno al proprio interesse sia la falsa testimonianza: non ha un interesse immediato nella causa. La parte, d'altro canto, spesso teme che si possano trarre conseguenze sfavorevoli dal mero fatto che sia ricorsa al diritto di astenersi dal deporre, conseguenze che possono comportare la soccombenza nella lite. A parità di tutti gli altri fattori, quindi, la parte è molto più portata a mentire per proteggere il proprio interesse di quanto sia un normale testimone. Le regole che disciplinano la testimonianza della parte non dovrebbero riflettere questa rilevante differenza? La compassione per il dilemma della parte non dovrebbe condurre ad attenuare il dovere del testimone di dire la verità? Nel pensare a questa sgradevole possibilità non si deve necessariamente immaginare un «caso limite», ossia aiutare un litigante disonesto o un criminale colpevole a tentare di evitare con la menzogna una decisione che merita ampiamente. Una parte con una pretesa fondata può comunque temere conseguenze sfavorevoli per aver risposto in modo sincero a una domanda, o a una sequenza di domande abilmente concepite ma fuor-

vante. Visto che di rado il discorso umano informa in maniera univoca, solo chi non sa come vadano le cose del mondo può sottovalutare i possibili costi del dire la verità, costi che non sono sfuggiti nemmeno all'attenzione dell'Inquisizione medievale³⁹.

Qual è la probabile posizione di uno Stato di *laissez-faire* estremo su questo punto? Può apparire attraente una disciplina che attenni le regole applicabili ai normali testimoni, specialmente quelle che comminano gravi sanzioni per la falsa testimonianza. Quando lo Stato non promuove valori ai quali si debba sacrificare l'interesse personale degli individui, l'apprezzamento per la condotta guidata dagli impulsi delle esigenze personali è massimo e il contrastante desiderio di stabilire la verità è minimo. Ovviamente si deve prevedere un'obiezione alla «liberalizzazione» della disciplina della testimonianza: chi accetta il fatto non verrà preso in giro con versioni preconfezionate raccontate da parti ormai virtualmente punibili? Un apparato giudiziario in cui chi è incaricato di accertare il fatto è inesperto e prevedibilmente ingenuo non può prendere alla leggera questa possibilità. La miglior soluzione per questo apparato può consistere nell'escludere del tutto che le parti testimonino, invitandole a combattere la loro battaglia probatoria con mezzi di prova indipendenti dalla loro persona⁴⁰. Ma dove ad accertare il fatto è un esperto di profes-

³⁹ Mentre l'avvocato può obiettare l'improprietà delle domande fuorvianti, questa obiezione, anche se accolta dalla corte, può facilmente danneggiare la credibilità generale della parte come fonte di informazioni. («Di sicuro ha qualcosa da nascondere alla corte» è la frequente reazione di chi accetta il fatto).

⁴⁰ È ben noto che le parti furono ritenute incapaci di testimoniare in molte fasi della storia dei sistemi anglosassoni e continentali. Alcuni Stati americani conservarono l'incapacità di testimoniare dell'imputato fino al ventesimo secolo. Comunque la principale ratio di questa incapacità era il dubbio sull'affidabilità della testimonianza della parte: le dichiarazioni favorevoli a se stessi sembravano probabilmente inquinare dall'interesse personale. Inoltre le autorità ecclesiastiche romano-canoniche temevano che la parte cui fosse consentito di testimoniare potesse commettere il peccato mortale di spergiuro. Vedi Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica, tomus III, pars II, quest. 69, art. 1*. Ma sarebbe erroneo presumere che le dichiarazioni non giurate delle parti non fossero nella prassi un' apprezzata fonte di informazioni, pur non essendo una prova in senso tecnico. Ciò vale in parti colare per l'Inghilterra, dove non ci si poteva aspettare che i giudici lasci-

sione la liberalizzazione delle regole applicabili ai testimoni ordinari ha senso; anche se si ritiene che la testimonianza della parte contenga un elemento di potenziale inganno — come i gesti del prestigiatore — questa testimonianza può essere comunque utile, perché la verità può emergere dalla scoperta delle sue contraddizioni. È dato che l'incapacità di testimoniare delle parti ridurrebbe la loro libertà di agire e di scegliere le armi della loro contesa forense, la seconda soluzione si accorda meglio con il carattere generale della disciplina del processo nello Stato reattivo.

Si osservi infatti che le procedure europee distinguono fra testimoni e parti come fonti di prova. Nell'epoca del *laissez-faire* gli imputati in Europa erano esenti dalla responsabilità penale per falsa testimonianza: diventò consueto parlare del loro «diritto di mentire»⁴¹. Nello stesso periodo si credeva diffusamente che anche le parti nel processo civile non avessero alcun obbligo di compiere allegazioni veritiere; esse in effetti erano esenti dalla responsabilità per falsa dichiarazione in un gran numero di giurisdizioni europee⁴². Importe loro il dovere di dire la verità e quindi di danneggiare i loro stessi interessi fu ritenuto inumano, simile a una forma di tortura morale, benché le parti nel giudizio civile avessero già acquisito il diritto di rifiutarsi di testimoniare.

Queste attitudini cavalleresche nei confronti della falsità in giudizio era estranea all'amministrazione della giustizia angloa-

ignorassero gli sfoghi della parte che discuteva con il suo avversario in udienza. Solo nell'epoca liberale la giustificazione primaria dell'incapacità di testimoniare divenne la compassione per il dilemma di una persona che rischia di ferire gravemente il suo interesse personale dicendo la verità sotto giuramento.

⁴¹ Anche adesso la falsa testimonianza dell'imputato costituisce un reato penale solo in casi eccezionali (per es. la falsa accusa contro una persona innocente). Per la Germania Occidentale, vedi K. Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin, 1977, pp. 37-40.

⁴² Vedi A. Hefner, *System des römischen und deutschen Civilprozesses*, Bonn, 1843, p. 227. L'introduzione della responsabilità penale per le false dichiarazioni è fondamentalmente uno sviluppo del ventesimo secolo, ma anche ora la falsità della parte viene trattata come una fattispecie meno grave del reato di falsa dichiarazione nella maggioranza delle giurisdizioni europee. Per un buon esame comparatistico, vedi E. Cohn, *Zur Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien*, *Vierteljahrsschrift für Rechtsgeschichte*, Tübingen, 1967.

mericana, anche all'apice del *laissez-faire*, ed è rimasta a tutt'oggi immutata. Sotto il profilo della teoria del diritto la parte che viene interrogata viene trattata come un testimone ordinario. Nella prassi un'attenuazione di questo atteggiamento rigido, ossia una maggior tolleranza verso l'insincerità della parte, ha luogo soprattutto nelle cause penali⁶²; di nuovo, la giustizia civile presenta un maggior bisogno di verità. Si ha la tentazione di vedere in questo atteggiamento più severo verso le menzogne un sintomo della peculiare riluttanza dell'autorità giudiziaria coordinata a distinguere gli obblighi giuridici da quelli morali. Qualunque sia la ragione di questa differenza tra i sistemi continentali e angloamericani, il comparatista è portato a concludere che lo *status* probatorio della parte nelle giurisdizioni di *common law* — ossia la sua equivalenza ai normali testimoni — devia dalle forme pure della risoluzione dei conflitti più di quanto faccia la disciplina europea.

3.8. *Esibizione di documenti e di altre informazioni non testimoniali*

Le parti hanno un dovere di esibire su richiesta materiale potenzialmente significativo sul piano probatorio? Questo problema si può esaminare in un ambiente in cui l'accertamento del fatto è compito di qualche organo imparziale (sicché l'esibizione vuol dire esibizione all'organo) e in un ambiente in cui esso è gestito dalle parti (sicché l'esibizione vuol dire esibizione alla controparte). Ma, dato che il secondo metodo è stato considerato in armonia con il processo di risoluzione

dei conflitti puro, mi concentrerò solo sullo scambio di informazioni tra le parti (*discovery*).

Sebbene possa sembrare che lo scambio coattivo di informazioni tra le parti — cooperazione forzata — non trovi posto in un modello di contesa puro, esso gode in effetti di qualche spazio anche nelle procedure che portano questo modello all'estremo. Non c'è bisogno di insistere sulle difficoltà della preparazione del combattimento forense nella totale ignoranza delle armi che la controparte intende adoperare; anche i cavallieri medievali si scambiavano qualche informazione prima di affrontarsi in torneo. Quando i processi sono di tipo concentrato, qualche prova *discovery* appare assolutamente necessaria per ridurre le imboscate processuali a un livello compatibile con l'idea di correttezza dello scontro⁶³. Più interessante a scopi comparativi, comunque, è un'altra ragione che favorisce lo scambio di informazioni, e che può essere ricondotta all'ideologia dello Stato reattivo. Anche dopo l'inizio del processo, lo Stato preferisce che le trattative e i negoziati fra le parti continuino, condotti oramai nell'ombra del procedimento in corso; quanto più di frequente tali negoziati portano a una transazione stragiudiziale e all'estinzione del processo, tanto meglio è. E qui che si inserisce la *discovery*. Lo scambio coattivo di informazioni costringe le parti a interagire, consentendo loro di conoscere le rispettive forze, e così ne incoraggia la conciliazione. Naturalmente, le richieste di esibizione possono elevare i costi della lite e favorire la parte finanziariamente più agiata, ma, come ho rilevato, un sistema *laissez-faire* estremo non è indubbiamente disturbato da questa prospettiva.

Dimostrare che c'è qualche spazio per la *discovery* nel processo puro di risoluzione dei conflitti non significa negare che lo scambio forzato di informazioni possa stravolgerlo. Un processo destinato all'assorbimento delle controversie non tollera l'esibizione coattiva di materiale al di fuori dell'ambito delle questioni definite dalle parti: tali informazioni possono fomentare nuove controversie invece di facilitare la risoluzione di

⁶² Imputati che testimoniano dichiarando la loro innocenza vengono condannati ogni giorno nei tribunali anglosassoni, ma pochi sono incriminati per falsa testimonianza. Tuttavia, anche se si può dire che la «sanzione» per la falsa testimonianza viene incorporata nella pena (più elevata), in effetti è raro che sia questa la finalità esplicita del giudice che la stabilisce. Ma vedi *United States v. Grogson*, 550 F.2d 103 (3d Cir. 1977). Inoltre, anche gli imputati assolti la cui testimonianza si rivela in seguito falsa raramente vanno incontro all'incriminazione per falsa testimonianza. Per una rassegna delle fonti su questo problema vedi *Regina v. Humphrys*, *Weekly Law Reports* (London), 4 luglio 1976, p. 890.

⁶³ Una reazione efficace ad alcuni atti del processo (per es., l'offerta di un alibi) richiede preparazione. Dove i processi sono a puntate, come nei sistemi europei, il bisogno di scambiare informazioni acquista una dimensione diversa, e l'esibizione immediata è meno impruante.

Proprio come nei processi di canonizzazione della Chiesa di Roma, un funzionario può essere un mero avvocato del diavolo, che si contrappone al promotore della fede per ragioni di pura forma. Un motivo ulteriore per attenuare la competizione si ricollega al ruolo del giudice del fatto nel processo attivo: non ci si può aspettare che egli rimanga distante dall'assunzione della prova, e gli si deve permettere di intervenire ogni qual volta ritenga di aver bisogno di informazioni. Quando egli partecipa attivamente alla ricerca della soluzione ottimale la controversia fra i due funzionari si ritrae sullo sfondo; non è infatti inconcepibile che i due funzionari contrapposti si coalizzino contro di lui. I rapporti competitivi non solo si affievoliscono, ma sono anche instabili: l'accertamento *adversarial* del fatto si adegua solo con difficoltà alle concezioni attive delle basi di fatto desiderabili per il giudizio. In un processo diretto all'attuazione di orientamenti dello Stato — come nella scienza tradizionale — uno scontro prolungato di opinioni viene percepito come un segnale che la materia in questione sfugge a una soluzione definitiva. Più un'indagine va avanti, più diventa auspicabile che la materia contestata dagli investigatori ufficiali si restringa; invece di essere una forma ideale, una controversia persistente sulle prove diventa irritante. Una decisione resa scegliendo l'ipotesi prevalente nella contesa fra i funzionari su versioni alternative dei fatti è accettabile soltanto in mancanza di un'alternativa migliore. Sembra di gran lunga preferibile decidere dopo che entrambi i funzionari abbiano raggiunto un accordo secondo cui una delle due versioni deve emergere dalle loro indagini. Nel processo attivo, dunque, si arriva a un punto in cui i funzionari cessano di rivestire i loro ruoli e gettano le loro maschere *adversariali*: insistere su uno scenario di scontro fine a se stesso non ha senso per lo Stato attivo.

È allora possibile trarre una conclusione: dato che la controversia non è l'acqua del mulino giudiziario, solo in alcune occasioni il processo di accertamento del fatto può essere organizzato nella forma di una contesa tra due funzionari. Questa forma si diluisce e sfocia in uno sforzo collaborativo dei funzionari dello Stato in cerca della soluzione ottimale al problema giuridico in questione. Mentre in uno Stato reattivo ogni indagine giudiziaria si può rapidamente convertire in una

contesa agonistica²⁹, nell'ambito di uno Stato che realizza il suo potenziale attivo tutte le controversie non sono in definitiva che forme di indagine collaborativa o parallela. Evidentemente il caso limite di un modello attivo puro non va confuso con le procedure attive più moderate in cui ci può essere molto più spazio per la controversia istruttoria fra funzionari. Ci sono Stati attivi in cui non si è sviluppata alcuna concezione complessiva della vita sociale, e non è emerso alcun orientamento statale che, come Briareo, abbia cento mani per tenere insieme i funzionari. Posseduta da impulsi attivisti e tuttavia divisa nel concepire gli interessi dello Stato, l'organizzazione del potere somiglia molto a quei cactus i cui frutti durano un giorno solo, mentre le spine durano per sempre. Le controversie permanenti su quale versione dell'interesse comune debba essere incorporata nella decisione non lasciano al giudice altra scelta che selezionare una delle ipotesi in conflitto come base della sua sentenza.

3.5. Le parti come fonti di informazioni

Poiché lo Stato attivo si attende che i tutti partecipino agli sforzi comuni, esso pretende anche che i cittadini collaborino con le autorità nell'amministrazione della giustizia. Questo dovere si estende anche alle parti del processo; dove la supremazia degli interessi dello Stato viene riconosciuta ed esaltata, il rifiuto delle parti di collaborare con le autorità a causa della spinta contraria del loro interesse personale, o di legami di

²⁹ In America si sono levate alcune voci in favore dell'applicazione delle regole dello scontro per risolvere anche i problemi scientifici. Vedi Levine, *Scientific Method and the Adversary Model*, in «Amer. Psych.», 29 (1974), p. 661. E ciò non stupisce in un paese caratterizzato dall'assenza di ortodossia e dalla mancanza di stabili sistemi intellettuali in così numerosi campi: quando l'esigenza non è tanto di trovare la soluzione di un problema nell'ambito di un paradigma scientifico accettato quanto di risolvere uno scontro fra paradigmi concorrenti, è naturale che una visione stereoscopica e un metodo di discussione *adversarial* appaiano allettanti. Sulla distinzione fra il risolvere problemi nel contesto di una struttura accettata di «scienza normale» e lo scegliere fra matrici disciplinari concorrenti, vedi T. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1970, p. 120 (trad. it. *Struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1978).

lealtà verso la famiglia, gli amici, e così via, non trova giustificazioni né grande simpatia.³⁰

Il dovere di cooperare ricomprende naturalmente il dovere di esibire i documenti e le altre prove rilevanti ai funzionari incaricati del processo.³¹ Sprovatati dal desiderio dello Stato di governare la vita sociale, gli incaricati possono penetrare nella vita privata con relativa facilità, alla ricerca di tali prove. Ma a questo riguardo è ancora più importante il dovere delle parti di sottoporsi all'interrogatorio e di rispondere in qualità di testimoni. Dal processo come attuazione di direttive politiche sono assenti non solo gli scrupoli ideologicamente determinati nei confronti della trasformazione della parte in testimone (ossia le concezioni forti dell'autonomia della persona) ma anche i vari impedimenti strutturali a una siffatta conversione che sono generati dal processo in quanto diretto alla risoluzione dei conflitti. La parte, cui non spetta mai il pieno controllo dell'iniziativa processuale, e che non è mai un *soggetto* padrone di gestire i propri interessi nel processo, può essere rapidamente trasformata in *oggetto* dell'azione processuale, vale a dire in una fonte di informazioni. Di conseguenza, un processo come strumento puro di attuazione di scelte politiche incorpora come uno dei suoi tratti distintivi il dovere delle parti di rispondere sinceramente alle domande dei funzionari. Questo dovere non viene limitato dai vari diritti di astenersi dal deporre, e nemmeno dal diritto a non autoincriminarsi.

Se si dovesse costruire un modello del processo come attuazione di scelte politiche senza questi aspetti, molti noti sistemi processuali storici costruiti sul modello dell'indagine ufficiale apparirebbero troppo «inquisitori» e verrebbero privati di un posto nella classificazione. Per esempio, sino al vent-

³⁰ Questo atteggiamento si riflette nelle norme relative ai testimoni ordinari. Così sia il rifiuto di deporre sia la reticenza del testimone diventano reati contro la giustizia. Vedi per es. l'art. 182 del Codice penale della RSFSR. Inoltre molti diritti di astenersi dal deporre imposti da finalità indipendenti dal desiderio di scoprire la verità dei fatti della causa (per es. quelli del medico curante, del confessore, del giornalista) possono essere esclusi o concepiti in modo molto ristretto.

³¹ Nei sistemi «paritari» di attuazione di scelte politiche, che tollerano le «investigazioni civili» (e la lite privata ai fini dell'applicazione della legge), il dovere di esibire può essere in favore di un investigatore «semiprivato» piuttosto che della Corte.

simo secolo inoltrato alcuni paesi europei stabilivano espressamente che l'imputato avesse il dovere di rispondere, e non è affatto sicuro che molti sistemi attualmente in vigore non lo presumano tuttora in modo tacito.³² A meno di credere che lo Stato sia una forza malefica, non necessariamente l'esistenza di un tale dovere simbolizza di per sé un livello morale inferiore.

Mentre quindi in uno Stato attivo il dovere di deporre e di dire la verità può essere facilmente giustificato, la sua realizzazione pratica può presentare delle difficoltà. Non è semplice elaborare un metodo efficace e tuttavia accettabile per punire la parte che non fornisca informazioni accurate alle autorità processuali. Quando una parte ha un forte interesse a non rivelare un fatto (ad esempio per il timore di gravi sanzioni), solo la prospettiva di pene draconiane la indurrà a deporre e dire la verità. Ma queste pene draconiane mettono in evidenza un ulteriore problema relativo al meccanismo delle sanzioni: il suo costo umano. Misure efficaci per indurre una parte a rispondere alle domande possono offendere la compassione umana e le idee prevalenti sull'adeguatezza del trattamento dei cittadini da parte dello Stato. Persino i malformati autori dell'*ancien régime*, che legalizzarono la costrizione fisica per ottenere risposte dagli imputati, non erano del tutto insensibili a questo problema e imponevano alcuni limiti al ricorso ai mezzi coercitivi.³³

³² Vedi per es. i commenti al Progetto per un Codice di procedura penale per il Cantone svizzero di Ginevra del 1937: *Projet de Code de Procédure Pénale, Chancellerie de l'État, Genève, 1937*, p. 133. Più in generale, vedi F. Waldler, *Das Verhör, in Strafrecht und Rechtsstaat, Festschrift Pfenniger, Zürich, 1936*, p. 184.

³³ Su questo problema vedi G. Del Vecchio, *Studi sul diritto*, Milano, 1938, vol. II, p. 211; J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, p. 127; Tommaso d'Aquino, *loc. cit.*

³⁴ Non sorprende che questi limiti dipendessero in larga misura dalla situazione sociale dell'imputato. Vedi le fonti originali raccolte in M. Damaška, *op. cit.*, pp. 878-79. I mezzi coercitivi erano ammessi non solo a uno stadio avanzato del processo per ottenere la confessione (dopo aver raccolto le prove sufficienti richieste per la loro applicazione) ma anche sin dall'inizio per far parlare gli imputati recalcitranti. Vedi I. Clarus, *Opera omnia*, London, 1672, *Lib. V, quest. 45*, n. 6, p. 350. Ma questi mezzi erano relativamente benévoli se comparati con i tormenti permessi per estorcere la confessione: Beccaria, il famoso nemico della tortura giudiziaria, li raccomandava come utili antidoti all'ostinato silenzio di alcuni imputati. Vedi C. Beccaria,

Comunque il problema delle risposte è solo una parte delle difficoltà. Anche se si impiegano sanzioni efficaci per indurre una parte a rispondere alle domande, essa avrà sempre la tentazione di mentire; con una falsa testimonianza può tentare di evitare sia il danno all'interesse personale messo in pericolo dalle risposte sincere, sia il male della sanzione per il rifiuto di parlare. E poiché la falsità della sua testimonianza può di rado essere accettata in modo attendibile nel processo in corso, il sistema della giustizia corre il rischio di trovarsi ingolfato da informazioni imprecise⁵⁵. Alla fine, dunque, i sistemi che attuano valori devono adattarsi al fatto che il dovere della parte di cooperare con le autorità mancherà spesso di qualsiasi sanzione efficace, il che tramuta la minaccia in una spada smussata.

La maggior parte delle procedure che oggi sono rivolte all'attuazione di scelte politiche sembrano aver abbandonato questa soluzione estrema. Prendiamo per esempio l'accusa penale nell'Europa continentale: la legislazione di molti sistemi occidentali e di alcuni sistemi comunisti stabilisce che l'imputato — benché tenuto a sottoporsi all'interrogatorio — ha diritto di rifiutarsi di rispondere: il diritto al silenzio. Inoltre, se sceglie di deporre, le bugie che ne risultano non sono punibili come falsa testimonianza: il diritto di mentire. Naturalmente la costrizione fisica per ottenere la deposizione è ormai proibita in via generale. Al livello della retorica giuridica queste sono certamente deviazioni drastiche dalla forma pura dell'attuazione.

Der delitti e delle pene, Milano, 1987. Sotto il nome di *poenae inobediens*, questi mezzi sopravvissero all'abolizione della tortura giudiziaria in Francia per più di un secolo.

⁵⁵ Né ciò risolve il dilemma dello schema applicativo. Nei giudizi penali determinare in modo attendibile che l'imputato ha mentito presuppone (nella maggioranza dei casi) che la sua colpevolezza sia stata accertata, sicché le misure per punire le false negazioni (ossia per far valere l'obbligo di dire la verità) non trovano posto prima del verdetto finale, ossia quando tali misure non possono più essere efficaci per facilitare la ricerca della verità. La tortura giudiziaria per estorcere la confessione aveva senso solo perché le prove negative cessarie per il suo uso legittimo erano ritenute sufficienti a convincere il giudice della colpevolezza dell'imputato. Ma allora perché torturare? Una delle ragioni più importanti era connessa a convinzioni religiose: si credeva che una confessione ripetuta sotto tortura indicasse pentimento e potesse così salvare l'imputato dall'eterno tormento per il peccato mortale del suo reato. Immergerlo nel mare assolutorio del dolore prima di proclamare ed eseguire la sentenza sembrava quindi razionale.

zione di scelte politiche, con la sua enfasi sul dovere della parte di cooperare con le autorità. L'effettiva amministrazione della giustizia è però stata influenzata da queste conquiste retoriche solo in misura limitata, sicché il diritto vivente in questo campo merita di essere riconsiderato.

In primo luogo bisogna riconoscere che anche sul piano dei principi giuridici il diritto di rifiutarsi di collaborare si riferisce di rado alle fasi iniziali delle indagini di polizia, quando informazioni decisive vengono di frequente ottenute con un interrogatorio decisivo dei sospetti. Concesso unicamente in una fase successiva, questo diritto può dunque assomigliare spesso ad un pettine dato a una persona che ha già perduto i capelli. Quando è applicabile, il diritto al silenzio è *sui generis*, perché i funzionari conservano il loro diritto di interrogare: il semplice fatto che l'imputato possa essere condotto con la forza e assoggettato alle domande di un potente funzionario è di per sé sufficiente a creare un'atmosfera che spinge a rispondere. La pressione aumenta in quei sistemi che non prevedono avvertimenti a proposito del diritto al silenzio. Essa si intensifica ulteriormente poiché i funzionari che interrogano esercitano ufficialmente importanti poteri sull'imputato. Quindi costoro possono interpretare il suo rifiuto di aiutarli a chiarire i fatti come un'indicazione che egli può interferire con gli sforzi investigativi; essi possono ordinare la detenzione in pendenza del processo senza la possibilità di essere rilasciato su cauzione⁵⁶. I giudici del dibattimento, che sopportano il maggior peso degli interrogatori, sono anche quelli che stabiliscono la pena, sicché il timore dell'imputato di sfidarsi non rispondendo in modo adeguato agisce come un potente incentivo a parlare, del tutto a prescindere dal fatto che, poiché il giudice del dibattimento

⁵⁶ Il pericolo che l'imputato possa ostacolare gli sforzi investigativi (*Verdunklungsgefahr*) è un motivo invocato in via di routine per ordinare la carcerazione preventiva in quasi tutti i sistemi continentali di procedura penale. Ma vi sono anche diversi motivi apocritici, uno dei quali è il desiderio dell'investigatore di facilitare l'interrogatorio. Su questi motivi apocritici in Germania occidentale vedi W. Hassener, *Die Voraussetzungen der Untersuchungsgefahr*, in *Äußerer Strafrecht*, 1984, II, 65. Sino a molto di recente la mancata cooperazione dell'imputato con gli investigatori poteva costituire un motivo ventiva. Vedi P. Thorman e A. Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, Zürich, 1940, vol. I, p. 226.

decide sulla colpevolezza e sulla pena allo stesso tempo, l'imputato che si rifugia nel silenzio si priva anche dell'opportunità di dire qualcosa che possa attenuare la sanzione. I giudici sono legittimati a trarre conseguenze sfavorevoli dal rifiuto dell'imputato a rispondere alle domande, ed è facile capire perché in Europa gli imputati che scelgono di esercitare il loro diritto di silenzio sono pochi³⁷. Il loro diritto di mentire è parimenti designo del circolo Pickwick: le contraddizioni ravvisate nelle loro dichiarazioni diminuiranno o distruggeranno la loro credibilità globale; in pratica, un caparbio rifiuto di confessare viene subito trattato come circostanza aggravante, così come la confessione è per converso ritenuta un motivo attenuante ai fini della determinazione della pena³⁸. Di fronte a questa ricchezza di strumenti utilizzati per indurre gli imputati a parlare e a dire la verità, un osservatore esterno potrebbe facilmente concludere che tali strumenti sono in realtà sanzioni lievi e indirette per il permanente dovere degli imputati di collaborare con le autorità del processo. Privo di dimestichezza con i vaghi schemi legislativi che forniscono agli studiosi le argomentazioni per costruire un diritto al silenzio e un diritto di mentire, l'osservatore sarebbe più incline a interpretare la situazione come se il silenzio e le menzogne dell'imputato fossero appena tollerate dal sistema — poiché nessuna pena diretta è prevista per sanzionarle — invece che a configurare il silenzio dell'imputato e le bugie non punibili come diritti soggettivi che gli spettano personalmente³⁹. L'ideale dell'imputato che coopera con le au-

³⁷ Vedi *supra*, cap. IV, nota 58. Si ricordi la facilità con cui le dichiarazioni rese dall'imputato prima del dibattimento possono essere introdotte in udienza se questi opta per il silenzio.

³⁸ Gli accademici e le corti supreme di solito si oppongono a un ricorso «automatico» alle confessioni per attenuare la pena e ai rifiuti di rispondere o minore colpevolezza e pericolosità dell'imputato. Nella prassi delle corti di primo grado, tuttavia, le confessioni tendono a operare come attenuanti senza ulteriore determinazione. Per la prassi della Germania occidentale, vedi H. Bruns, *Strafzumessungrecht*, 1967, p. 526. Per un ragionamento più generale vedi ancora G. Foschini, *Confessione dell'imputato e misura della pena*, in «Archivio Penale», 1945, I, p. 29. Le menzogne dell'imputato sono perdite come tali possono essere punibili in alcune circostanze come reati contro l'amministrazione della giustizia. Vedi *supra*, cap. IV, nota 60.

³⁹ Bisogna rendersi conto della discrepanza dei ruoli dello studioso continentale e dell'osservatore esterno: mentre il primo cerca di partecipare al

torità rimane vicino alla superficie del diritto, se il diritto viene concepito come un'impresa vivente.

4. La posizione dell'organo giudicante

Ho messo in evidenza la centralità dell'immagine di un organo giudicante imparziale nello stile reattivo della risoluzione dei conflitti, e ho esaminato come questa immagine richieda che il giudice sia disinteressato ed essenzialmente passivo. Lo scopo dell'attuazione di scelte politiche ha bisogno di un'immagine diversa: ciò che innanzitutto ci si aspetta dall'organo giudicante è che esso raggiunga un risultato accurato o che trovi la soluzione più idonea a un problema, così come si è cristallizzato nel processo. Che possa dover assumere l'iniziativa è sottinteso. È altrettanto chiaro che la questione della sua neutralità tra due parti non ha neppure bisogno di nascere, poiché non è sempre necessario che nel processo vi siano due parti. Ma anche quando il processo non è privo di tensioni bipolari, l'organo giudicante attivo non è tenuto a trattare entrambe le parti in modo eguale; in alcune circostanze ci si può attendere che favorisca colui che fa valere la tesi che sembra essere fondata, e che lo assista se questi non riesce a formulare le sue giuste ragioni in modo efficace. Quindi nel valutare la migliore posizione e i caratteri più auspicabili dell'organo giudicante attivo la questione principale è identificare quelle posizioni e quei caratteri che più probabilmente favoriscono una decisione sostanzialmente corretta della controversia. In sostanza, quindi, l'immagine di un organo giudicante giusto piuttosto che imparziale esprime l'ideale del giudice nel processo volto all'attuazione di orientamenti dello Stato.

sistema della giustizia e di deformarlo nel modo voluto, l'osservatore esterno è interessato a capire cosa succede in realtà nel sistema, per comprenderlo. Questo non vuol dire che gli autori europei non assumano mai un ruolo informativo e non valutino mai la reale posizione dell'imputato come fonte di informazioni. Non sorprende che ciò accada di solito quando essi si trovano ad adottare una prospettiva comparatistica. Vedi V. Bayer, *La signification de l'accusé de l'inclaire dans le droit de procédure pénale de certains états occidentaux européens*, in «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1959, II, p. 724.