

IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE E GIUSTO PROCESSO^(*)

ADOLFO ALVARADO VELLOSO¹
PROFESSORE DI DIRITTO PROCESSUALE
ROSARIO, ARGENTINA

SOMMARIO

1. Le origini del problema
2. L'uso della forza
3. L'uso della ragione
 - 3.1. Il sistema accusatorio
 - 3.1.2. La descrizione del sistema accusatorio
 - 3.2. Il sistema inquisitorio
 - 3.2.1. Antecedenti
 - 3.2.2. La descrizione del sistema inquisitorio
 - 3.3. L'incompatibilità tra i due sistemi
4. Imparzialità del giudice e giusto processo
5. Conclusione

Esporrò alcune idee riguardanti l'imparzialità del giudice quale elemento essenziale per la realizzazione del giusto processo.

A tale scopo devo, per forza, cominciare con un po' di storia.

1. LE ORIGINI DEL PROBLEMA

Con le ovvie limitazioni dovute dalla scarsa conoscenza che ancora oggi si ha della storia giuridica antichissima, mi pare che sia possibile affermare che in un principio ogni conflitto intersoggettivo di interessi (cioè la coesistenza sul piano della realtà sociale di una pretesa e di una resistenza riferita a un medesimo bene della vita.) finiva -non poteva essere altrimenti- per la forza che un coassociato esercitava su di un altro più debole.

Tale era che dinanzi all'esistenza di un conflitto, la soluzione solo si conseguiva attraverso un atto di forza.

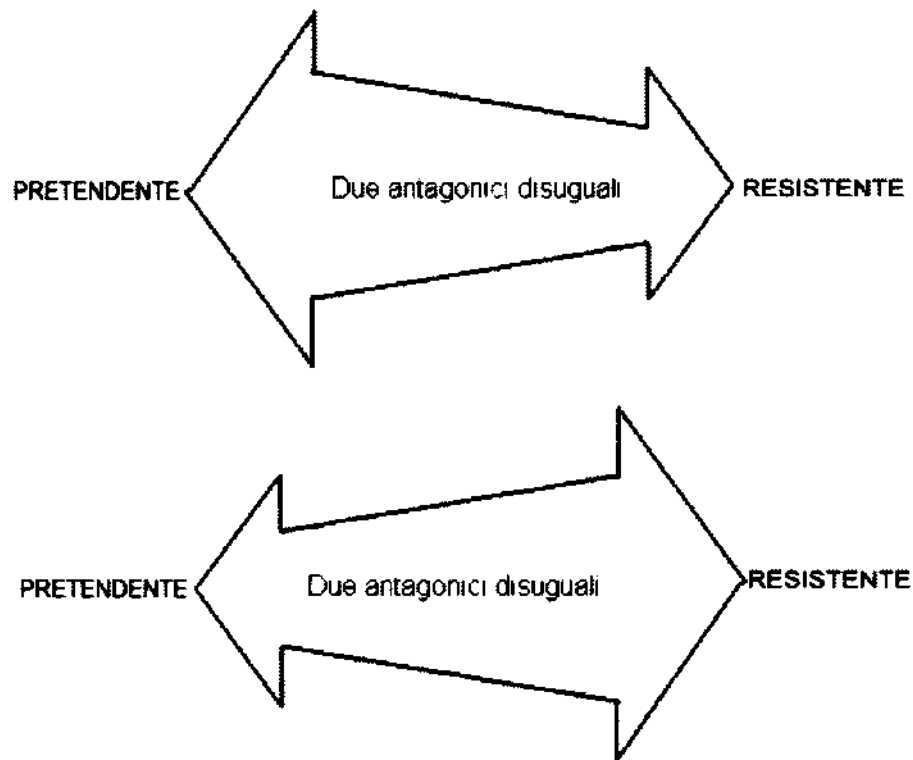
In altre parole: adoperando la *ragione della forza*.

^(*) Relazione alle *II Giornate internazionali di diritto processuale civile su Stato di diritto e garanzie processuali*, tenute a Bari il 8-9 giugno 2007.

¹ Vedere curriculum vitae nel sito www.alvarado-abogados.com oppure in www.academiadederecho.org

2. L'USO DELLA FORZA

Se consideriamo l'ovvia naturale disuguaglianza esistente da sempre tra gli uomini che formano un conglomerato sociale, la struttura di ogni conflitto può sintetizzarsi con una delle figure che farò vedere in seguito, e che, in essenza, rappresentano un'identica idea.



Come si osserva, un antagonista è sempre di fronte all'altro e la larghezza delle frecce che li separa si trova allungata tanto dal lato del pretendente, cioè colui che pretende (nella prima figura) quanto dal lato del resistente, cioè colui che resiste la pretesa altrui (nella seconda figura) volendosi con ciò significare che uno di loro (non interessa quale) è sempre più forte dell'altro.

Ciò porta facilmente a immaginare quale dei contendenti sarà il vincitore in questa disuguale lotta.

Ad un certo momento della storia, però le cose cambiarono inspiegabilmente, come vedremo in seguito.

3. L'USO DELLA RAGIONE

Sebbene sia impossibile sapere come fece il debole a convincere il forte a soluzioneare i loro conflitti attraverso la parola e non con il braccio armato, il fatto è

che ad un certo punto della storia la ragione della forza fu sostituita dalla *forza della ragione*.

Da quel momento in poi fu possibile il dialogo e così la viabilità dei mezzi autocompositivi che possono operare *direttamente* (rinuncia alla pretesa, riconoscimento dell'altrui pretesa e transazione) o *indirettamente*, con l'aiuto di un terzo privato (agendo come compositore amichevole o come mediatore) per *sciogliere* il conflitto.

Quando l'autocomposizione –diretta o indiretta- non era possibile, restava al pretendente soltanto, come unica scelta finale, il processo giudiziario davanti ad un'autorità (il capo della tribù o del clan, il pretore, il signor feudale, il re, il giudice, eccetera).

E ciò generò un disegno di giudizio che sostituì il metodo dell'uso della forza bruta: il sistema accusatorio.

3.1. IL SISTEMA ACCUSATORIO

L'idea del processo, concepito allora come un *mezzo pacifico di dibattito dialettico*, fu, indubbiamente, una delle grandi invenzioni dell'antichità, forse ancora più importante della *ruota*, dato che rese possibile all'uomo lavorare con essa in pace...

Il punto notevole dell'invenzione fu che il duello -nel quale prevaleva la pura forza- continuava ad esistere come prima, giacché ancora una volta si presentavano a contendere i due soggetti antagonisti. Solo che ora la discussione era dialogata e dialettica davanti ad un terzo che la regolava e la dirigeva investito da autorità e per il fatto di essere *terzo*,

a) non era pretendente né resistente (cioè vantava la qualità di, come mi piace dirlo nella mia lingua "*impartial*", cioè non parte),

b) non aveva interesse personale nel risultato del conflitto (qualità di *imparziale*),

c) e non si trovava in situazione di *ubbidienza dovuta* nei confronti di una delle parti in conflitto (qualità di *indipendenza*).

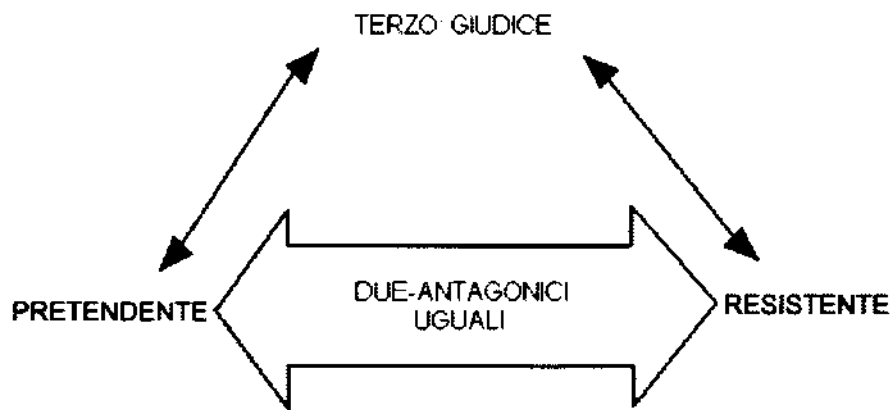
Così, la struttura del mezzo di discussione può mostrarsi con una nuova figura (diversa dalle precedenti) rappresentata da un triangolo equilatero che presenta i due contendenti alla base uno contro l'altro (naturalmente disuguali) ed *equidistanti* (cioè che dà una chiara idea di *uguaglianza*) dal terzo che dovrà risolvere il conflitto e che, per il fatto di dirigere il dibattito garantisce ad entrambi oppositori un *trattamento giuridico identico*.

E ciò è, appunto, quello *che rende uguali i disuguali*.

Come si osserva, l'uguaglianza è meramente *giuridica e di opportunità, non reale*.

Ma all'assicurare questa parità tra i contendenti, si raggiunse un importante passo nella storia dell'umanità: la definitiva pacificazione nella convivenza sociale.

Vediamo ora la figura che rappresenta l'idea precedente:



Da questo momento incerto della storia dell'umanità in cui si istaura il disegno triangolare per mettere in mostra il metodo di discussione, tutti i conflitti furono risolti nell'antichità nella stessa maniera pacifica, finché nella società si signoreggiò un altro sistema, conseguenza di vicende storiche, impossibili da ignorare se si vuole capire correttamente il fenomeno in studio.

Per le sue caratteristiche, questa soluzione del disegno triangolare si conosce con il nome di *sistema accusatorio*, in cui il giudizio inizia soltanto per accusa o per domanda e che, come vedremo è un chiaro metodo di discussione tra due antagonisti.

Vediamo ora in che consisteva.

3.1.1. LA DESCRIZIONE DEL SISTEMA ACCUSATORIO

È un metodo bilaterale in cui due soggetti naturalmente disuguali discutono pacificamente in parità giuridica garantita da un terzo imparziale che agisce come autorità, dirigendo e regolando il dibattito, e se del caso, sentenziando la pretesa controversa.

È valore condiviso dalla dottrina maggioritaria che un processo si inserisce nel sistema dispositivo quando le parti sono padrone assolute dell'impulso processuale (perciò esse decidono quando attivare o paralizzare la marcia del processo) e sono quelle che stabiliscono i termini esatti della lite a risolvere, affermando e riconoscendo o negando i fatti a giudicare, quelle che producono il materiale necessario per confermare le affermazioni, quelle che possono porre fine al processo nel momento e attraverso i mezzi da esse graditi.

Da quanto si vede, prevale nella specie una filosofia assolutamente liberale che considera al *privato* come centro e destinatario del sistema.

Come conseguenza naturale, il giudice adito è privo di ogni potere di impulso, deve accettare come veri i fatti ammessi dalle parti, nonché i mezzi di prova che esse producono e deve risolvere attenendosi rigorosamente a quello che è materia di controversia in funzione a quello che sia stato affermato e negato nelle fasi rispettive².

Questo antico sistema processuale è l'unico che si adatta perfettamente all'idea logica di processo, come fenomeno giuridico irripetibile che unisce tre soggetti in un rapporto dinamico.

Ma nel passato remoto questo sistema non solo venne applicato alle liti civili: ci sono notizie che mostrano questo fenomeno in materia penale nelle antiche repubbliche greche e pure nella Roma, nel periodo dei Comizi.

Cioè il primitivo concetto del giudizio penale esige che esso fosse iniziato da un accusatore (dato che predominava il particolare interesse dell'offeso e dei suoi familiari) il quale agiva contro il reo davanti alla persona che faceva le veci di giudice.

Tanto è così che quello che potrebbe denominarsi *processo penale comune* fu *accusatorio*, ancora prima del Secolo Dodicesimo in diversi paesi dell' Europa.

Per una migliore comprensione dell'argomento, dobbiamo ricordare che il sistema *dispositivo* (nell'area civile) o *accusatorio* (nell'area penale), storicamente si presenta con le seguenti caratteristiche:

- il processo soltanto può essere iniziato dal privato interessato. *Mai dal giudice*,
- l' impulso processuale soltanto è dato dalle parti. *Mai dal Giudice*,
- il giudizio è pubblico tranne casi eccezionali,
- esiste parità assoluta di diritti e uguaglianza di istanze tra l'attore (o accusatore) e convenuto (o reo)
- e il giudice è un terzo che come tale, è "*impartiale*" (cioè non parte), *imparziale* (cioè non interessato personalmente al risultato della lite) e *indipendente* (cioè, non riceve ordini) dai contraddittori. Quindi il giudice è una persona diversa dall' accusatore.
- non preoccupa né interessa al giudice, la ricerca affannosa e ad ogni costo della verità reale, ma più modestamente e realisticamente il mantenimento della pace sociale, fissando fatti litigiosi per adeguarli ad una norma giuridica, tutelando così l'adempimento del comando della legge,

² Allora: se le parti accettano di comune accordo un fatto e, così, quel fatto è fuori dalla lite, il giudice deve accettarlo nonostante non gli piaccia, ed è sicuro che non coincide con il fatto veramente accaduto sul piano della realtà sociale.

- nessuno tenta di ottenere la *confessione* del convenuto o imputato, dato che la sua dichiarazione è un *mezzo di difesa e non di prova*, perciò si vieta la sua provocazione (assoluzione di posizioni o dichiarazioni indagatorie),
- correlativamente esige che, se una parte vuole dichiarare spontaneamente, non deve mentire. Perciò punisce l'inganno³,
- si vieta la tortura,
- l'imputato sempre sa il motivo dell'accusa,
- e chi lo accusa,
- e chi sono i testimoni dell'accusa,
- eccetera.

Secondo me, tutto ciò mostra nel suo massimo grado la garanzia della piena libertà civile per il convenuto (o reo).

3.2. IL SISTEMA INQUISITORIO

3.2.1. GLI ANTECEDENTI

Come conseguenza delle nuove mansioni affidate dal Concilio di Laterano (1215) all'organizzazione inquisitoriale vescovile creata dal Decreto *Ad abolendum* con lo scopo di eliminare per sempre le frequenti eresie che abbondavano in quei tempi, il sistema noto come *mezzo di discussione* si trasformò con il tempo nel *metodo di indagine*,

Il sistema operò attraverso dei frati che indagavano cercando peccatori per farli confessare⁴ ed ottenere il corrispondente pentimento affinché non peccassero più.

Col passare del tempo il Papato riuscì ad ottenere un importante intervento nei governi secolari con i quali contendeva l'esercizio del *potere civile*, momento in cui si decise di trasformare in reati ecclesiastici certe condotte che fino a quel momento erano soltanto peccati, dando origine alla nota *Inquisizione papale* o *Inquisizione medievale*.

A tale proposito si adoperò il metodo conosciuto dall'*inquisizione vescovile*: si tentò ancora di ottenere una confessione e il pentimento, poiché si cercava la riconciliazione del peccatore con la Chiesa. Soltanto che ora la si otteneva sotto *tortura*, per aiutare l'anima a strappare il peccato dal suo seno e la condanna per

³ Non come accade nei Paesi dell'America Latina, dove la dichiarazione di fronte al giudice sembra una specie di divertimento delle parti processuali, in un'assurda posizione di sfacciata bugia. Ovviamente che questo si fa, dato che si interpreta erroneamente la garanzia stabilita dalla Costituzione che stabilisce che nessuno è costretto a dichiarare contro se stesso...

⁴ Faccio riferimento alla confessione, come sacramento religioso, che consiste nella dichiarazione dei propri peccati commessi che fa con libertà il penitente al suo confessore, con sincero pentimento del suo peccato e con la promessa di non peccare più.

eresia veniva accompagnata da un ordine di totale espropriazione dei beni del condannato.

Sorge così un nuovo metodo di giudizio strutturalmente assai lontano da quello che la pacificazione dei popoli aveva conquistato e che ho prima rappresentato con una *figura triangolare* e che continuò ad adoperarsi per tutto ciò che non fosse reato.

Poiché tale metodo era usato da un'organizzazione conosciuta come *Inquisizione*, passò alla storia con il nome di *sistema inquisitorio* (opposto all'*accusatorio*) o *inquisitivo* (opposto al *dispositivo*). E così lo si conosce fino ad oggi.

Vediamo ora in che cosa consisteva.

Il proprio pretendente, trasformato in accusatore di qualcuno (al quale continuerò a chiamare *resistente* per mantenere la sinonimia dei vocaboli adoperati) gli attribuiva la commissione di un reato.

Tale imputazione -ecco la perversa novità del sistema- la faceva davanti a se stesso come incaricato di giudicarla opportunamente.

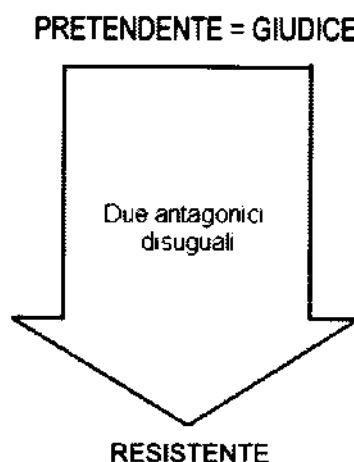
Naturalmente, se l'accusatore era colui che *affermava* (iniziando così lo sviluppo della serie procedimentale) era logico che sarebbe stato l'incaricato di *provarla*. Solo che per sé e davanti a sé, per poter giudicare poi l'imputazione dopo essersi convinto della verità della propria imputazione...

Per ovvie ragioni, questo metodo di giudizio non poteva svolgersi in pubblico, perciò le caratteristiche proprie del metodo erano:

- il giudizio era per iscritto ed in assoluto segreto,
- giudice e accusatore erano la stessa persona e quindi iniziava i procedimenti, sia perché a lui gli veniva in mente (così la sua attività iniziò ad essere ufficiosa, cioè propria dell'ufficio) o perché ammetteva una denuncia anonima o non (ciò rimase nascosto nell'idea dell'agire ufficioso),
- siccome l'accusatore doveva giudicare sulla propria accusa, per non avere rimorsi di coscienza (che al momento opportuno doveva confessare per non vivere in peccato), questi cercava animosamente la prova delle sue affermazioni, tentando con ogni mezzo che il risultato coincidesse con quello che era accaduto sul piano della realtà sociale;
- iniziò quindi la ricerca della *verità reale*;
- e si credette che solo la si poteva raggiungere per mezzo della confessione ed è così come la dichiarazione divenne per sempre la regina delle prove (la *probatio probatissima*);
- e per contribuire al suo raggiungimento, venne strumentata e regolata minuziosamente la tortura.

Metodo, questo, radicalmente diverso da quello che imperò nella storia della società civilizzata.

Per illustrare la struttura di questo metodo di giudizio userò la stessa freccia ma disposta in modo diverso.



Se si analizza con attenzione il contenuto del disegno, si avvertirà che l'idea di *oppressione* appare molto chiara: tanta è la disuguaglianza tra pretendente e resistente, prodotto dal far coincidere nella stessa persona i ruoli di "accusatore e di giudice", che la freccia si colloca ora in forma verticale, appunto per raffigurare questa disuguaglianza tra l'autorità che esercita il potere e il privato che lo subisce, come un chiodo che tenta di penetrare il corpo dell'imputato!

Ora: questo sistema di giudizio si è applicato in diverse parti del mondo per oltre cinquecento anni, e nell'attualità domina il processo penale in diversi paesi dell'America Latina e la sua influenza si è estesa al campo civile, dove si tollera lietamente l'attuazione officiosa dei giudici, particolarmente in materia probatoria.

3.2.2. LA DESCRIZIONE DEL SISTEMA INQUISITORIO.

E' un metodo di giudizio unilaterale per cui la stessa autorità –nelle vesti di pretendente– si colloca nel ruolo di indagatore, di accusatore e di giudice.

Così, e secondo quanto già detto al riferire come si allargò gradualmente il metodo con il passare del tempo, si può dire che le sue caratteristiche sono:

- il *giudice stesso* inizia, officiosamente o per denuncia, le procedure del caso e si preoccupa di mandare avanti il processo mediante il puntuale esercizio dell'impulso processuale;
- il *medesimo giudice* si occupa delle indagini e della ricerca delle prove valide ed accettabili a dimostrare la correttezza della sua accusa e così poter dormire tranquillo, senza nessun peso sulla coscienza dovuto a eventuali ingiustizie commesse (quando c'è parte interessata anche nella produzione di qualche prova,

l'attività si svolge ugualmente tramite l'esercizio di ciò che viene denominato in spagnolo "*medidas para mejor proveer*", cioè "*misure per meglio provvedere*").

- *Lo stesso giudice* —che prima ha indagato, poi ha accusato e dopo ha provato l'accusa— è colui che infine giudica;
- non importa se il processo è orale o scritto, segreto o pubblico. In rigore, il sistema si basa sul ruolo prevalente che il giudice esercita durante tutto il processo, per poter adempiere l'impegno — così gli si è insegnato— che ha assunto con la Verità e la Giustizia.

Fin qui, quello che si evidenzia dalla semplice visione del metodo descritto.

3.3. L'INCOMPATTIBILITA' TRA I DUE SISTEMI.

In qualche momento della storia si è tentato di creare un terzo sistema: quello *misto*, derivante dalla fusione dei due sistemi già conosciuti. Venne applicato sia al processo penale sia a quello civile, provocando almeno in America Latina⁵ una crisi giudiziaria talmente grande, che al giorno d'oggi non trova soluzione, nonostante l'impegno posto a tale scopo.

Il fatto è che il miscuglio di metodi antagonici risulta logicamente impossibile, così come lo sono l'acqua e l'olio. E questo perché i sistemi accusatorio e inquisitorio sono filosoficamente, ideologicamente, moralmente e giuridicamente incompatibili.

Ciò risulta di una chiarezza meridiana in America Latina, dove il sistema accusatorio è quello adottato dalle Costituzioni del Novecento (nella maggioranza ancora in vigore nel loro paradigma originale), mentre il sistema inquisitorio è regolato dalle leggi di procedura, che ovviamente sono di un grado giuridico minore. E da qui che sorge chiara la loro inconstituzionalità.

In altre parole, la Costituzione organizza il disegno triangolare, in cui il giudice può operare con imparzialità. Invece, la legge adotta il disegno verticale, dove il giudice non può attuare con imparzialità nonostante la sua buona fede e la volontà posta a tale effetto.

Quando sostengo questo davanti ai miei vecchi ex colleghi giudici⁶, essi mi confutano affermando di essere stati sempre *imparziali*, alludendo alla loro assenza di interesse personale, mediato o immediato, nell'esito delle cause che processano e giudicano.

Ma io credo che peccano per difetto dato che l'imparzialità, come vedremo, è qualcosa di più dell'assenza di interesse.

⁵ In vigore in tutti i codici di procedura dell'area latinoamericana.

⁶ Colleghi di una vita, dato che sono stato giudice del sistema inquisitoriale per oltre trent'anni.

4. L'IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE E GIUSTO PROCESSO

Per capire l'impostazione dell'argomento, innanzitutto bisogna ricordare che cosa sono i *principi processuali*: essi sono semplicemente dei punti di partenza.

Così come non si può camminare *verso nessuna parte* (sempre lo si farà verso una direzione: davanti, indietro, ecc.) questo punto di partenza deve essere visto in funzione di quello che si pretende trovare o raggiungere all'arrivo (nel diritto privato questo si chiama *causa efficiente e causa fine*).

Se ciò che il legislatore processuale desidera è regolare un mezzo pacifico di dibattito dialettico tra due antagonisti in parità di condizioni⁷ davanti ad un terzo che eterocomporrà la lite⁸, formulare i *principi* necessari a tale scopo implica tracciare le linee direttive fondamentali da essere *imprescindibilmente* rispettate affinché ci sia il minimo di coerenza che qualunque sistema comporta.

Così pensati, i *principi processuali* –propriamente detti– sono soltanto due: l'*uguaglianza delle parti* e l'*imparzialità del giudice*.

Vediamo cosa vuol dire ognuno:

1) Il principio di uguaglianza delle parti.

In essenza, ogni processo presuppone la presenza di due soggetti (carattere *duale* del concetto di parte) in posizione antagonica riguardo alla stessa questione (pretesa e resistenza).

Viene già accettato dalla dottrina che se non è così, ci si trova di fronte ad un semplice procedimento e non ad un processo.

Se la ragione di essere del processo è quello di sradicare la forza illegittima da una determinata società per assicurare la pace e la convivenza tra gli uomini, e così parificare giuridicamente le differenze naturali che dividono irrimediabilmente gli uomini, è inerente all'idea logica del processo che il dibattito⁹ si *realizzi in perfetta uguaglianza*¹⁰.

Questo è così importante che tutte le Costituzioni del mondo stabiliscono in modo espresso il *diritto di uguaglianza di fronte alla legge*, vietano contestualmente alcune situazioni che implicano chiare disuguaglianze: prerogative di sangue e di nascita,

⁷ Per scartare l'uso della forza.

⁸ Se non viene sciolto per alcune delle possibili vie di autocomposizione.

⁹ Insisto frequentemente sul fatto che il dibattito processuale è lotta, non una allegra e spensierata passeggiata per il parco delle parti, presi per mano. Per ciò, i contendenti –protagonista e antagonista– non sono interessati alla ricerca della verità –come sostengono illustri studiosi– bensì vincere!

¹⁰ Se l'imprescindibile necessità che hanno entrambe le parti di discutere in situazione di esatta parità giuridica non si accetta e, quindi, si mantiene nel processo la naturale disuguaglianza umana, perché è stato adottato il processo come metodo di dibattito? Non si tratta di una semplice ipocrisia? Non è più facile e onesto continuare con la vecchia tradizione dell'uso della forza?

titoli nobiliari, privilegi personali, ecc. e ne ammettono altre che consentono di attenuare le disparità: il libero accesso ai tribunali di chi non ha mezzi economici sufficienti per poter farlo, ecc.

Nel campo del processo, ugualgianza significa *parità di opportunità* e di *essere sentiti*; così, le norme che regolano l'attività di una delle parti antagoniche non possono costituire, riguardo all'altra, una situazione di vantaggio o di privilegio, né il giudice può omettere di dare un trattamento assolutamente simile ad entrambi i contendenti.

La conseguenza naturale di questo principio è la regola della *bilateralità* o del *contraddittorio*: ogni parte ha il diritto di essere sentita su quanto affermato e confermato dall'altra.

In altre parole: parità di occasioni di istanze delle parti.

Se questo non viene rispettato ci sarà semplicemente un'*apparenza di processo*, ma non un vero processo, così come viene concepito in questo lavoro secondo quanto stabilito dal mandato costituzionale.

2) *Il principio di imparzialità del giudice.*

Il principio di imparzialità —più importante del precedente dato che lo condiziona nella sua esistenza— indica che il terzo in qualità di autorità per processare e risolvere la lite deve mostrare con chiarezza tale carattere: non deve essere collocato in posizione di parte (*"imparzialità"*) dato che nessuno può essere attore, accusatore e giudice allo stesso tempo¹¹; deve essere privo di ogni tipo di interesse soggettivo, immediato o mediato, nella soluzione della lite (*imparzialità*) e deve essere in grado di operare senza subordinazione gerarchica riguardo alle due parti (*indipendenza*).

In realtà, credo che tutti —specialmente i giudici— sottintendono in modo tacito il concetto di imparzialità però —ancora una volta- nessuno afferma che cosa sia con precisione e senza dubbi. È per questo che si dice spensieratamente —ed erroneamente— che i giudici del sistema inquisitorio possono essere, e di fatto sono, imparziali nei processi in cui intervengono¹².

¹¹ È proprio per questo che nel sistema inquisitorio non si può parlare con proprietà di una imparzialità giudiziaria, visto che il giudice è, allo stesso tempo, accusatore... cioè giudice e parte. Una riflessione analoga vale per il giudice civile nel sistema che gli consente di surrogare la parte processuale nel compito di provare.

¹² In America Latina, in genere i giudici non sono stati preparati ad attuare con imparzialità. A dire il vero, una grande maggioranza non sa che cosa sia tale abilità (come viene definita da un importante magistrato cileno), e qual è sia la sua vera essenza o le diverse situazioni in cui il concetto viene vulnerato e, con esso, la garanzia del giusto processo.

La cultura paternalistica, che al miglior modo Macondo ci ha imposto i parametri autoritari da sempre in vigore in questo lacerato sud del continente, fa sì che i giudici in genere ritengano corrette le azioni che fanno ogni giorno nel tentativo di parificare la disuguaglianza naturale delle parti processuali, in merito —ancora una volta- ad una diffusa meta di Giustizia che possono raggiungere. Però illegittimamente.

Se ben si guarda, la qualità di "*impartiale*" (*terzietà*)¹³ è veramente definitoria dell'attuazione che gli corrisponde al giudice in un giusto processo che si adegui alle norme costituzionali, in cui si assicura l'inviolabilità della *difesa in giudizio*. E da ciò dipende cosa possa fare il giudice in materia di prove.

Infatti: se il giudice è un vero terzo nel processo (in situazione di chiara alienità o di neutralità) riguardo alle parti, è ovvio che non deve fare né può accettarsi che faccia ciò che costituisce essenziale compito di ogni parte nel processo: introdurre fatti attraverso affermazioni nella domanda o nella comparsa di risposta, negare

Il problema, senza dubbio, è motivato dal duplice ruolo protagonista di giudice e di parte che il sistema inquisitorio dà al giudicante.

Questo succede in gran parte ancora oggi in America Latina con i giudici del lavoro e i giudici minorili, da sempre occupati ad ovviare la disuguaglianza dei lavoratori nei confronti del datore di lavoro e dei minorenni in stato di abbandono, il cui interesse superiore devono privilegiare sempre.

Sono convinto che questa notevole disuguaglianza reale deve essere attenuata, ma non dal giudice, responsabile ultimo di assicurare la parità giuridica delle parti processuali. Anzi potrebbe essere curata da difensori ad hoc, da assessori al litigio che possano trattare con i rappresentanti dei minorenni e dei lavoratori, da molti e diversi funzionari -tutti quelli che il lettore possa immaginare- che se ne occupino esclusivamente. Però ripeto: non deve essere mai il giudice perché, nel mettere in dislivello la parità giuridica per raggiungere un'ipotetica e mai raggiungibile parità reale, solo riesce a mettere in bilico la bilancia della Giustizia e rendere illegittima la sentenza, pur essendo giusta dai fatti e secondo il criterio del giudice.

Forse questo esecrabile atteggiamento paternalistico è dovuto al fatto di imitare malamente e senza rifletterne la funzione dei giudici penali che processano e giudicano nel sistema inquisitorio, dove hanno il dovere di applicare sempre la legge più favorevole e di introdurre ufficiosamente fatti a modo di eccezioni quando il reo non li abbia prodotti (per es. soprassedere per amnistia nonostante l'amnistiato non abbia fatto valere la rispettiva difesa nel processo).

A modo di crudele corollario finale di tutta questa esposizione, ricordo che frequentemente sono interrogato da alcuni giudici che, pur accettando i miei parametri logico-interpretativi ed accademici, sostengono di non condividerli in materia di Giustizia, dato che il criterio assettico dell'imparzialità che bandisco non serve a prevenire la disuguaglianza della parte più debole che non può pagare l'avvocato famoso che assiste il suo opponente e quindi, devono contribuire affinché il giovane ed inesperto legale faccia una corretta difesa e, se fosse necessario, sostituirlo (per cui non si aiuta più la parte debole, bensì l'avvocato incapace).

Tali atteggiamenti nuociono al Diritto e, se ben si analizzano, ripugnano alla legittimità processuale.

A nulla serve essere un buon avvocato per questi giudici giustizieri che, in ciò che ritengono la loro augusta missione, parificano sempre verso il basso

Proprio per questo il giovane avvocato non si prepara adeguatamente: perché non gli serve –perché così facendo ottiene la collaborazione del giudice- e perché, tragicomicamente, lo studio va contro i suoi interessi: quando sarà un legale riconosciuto e capace di patrocinare come si deve, il giudice sicuramente prenderà partito per l'avversario giovane ed inesperto, ignorante e pasticcione...

¿Si avverte come e quanto si parifica verso il basso e, alla fine, tutto il sistema della Giustizia ne risente?

Ciò che si dovrebbe fare quando una parte non è difesa adeguatamente, è ordinare la sostituzione dell'avvocato –certo che questo è forte, sebbene si faccia frequentemente nei paesi che appartengono al common law- o, più lievemente, ordinare un'assistenza legale per l'avvocato che ne abbia bisogno. In questo senso c'è una norma espressa in molte legislazioni (per esempio, si veda la Legge Organica del Potere Giudiziario della Provincia di Santa Fe, Argentina).

¹³ Che è concetto sotteso alla parola imparzialità.

l'esistenza dei fatti affermati, provare i fatti negati, allegare su di essi, eccetera. Da qui sorge chiara l'impossibilità logica che il giudice si assuma compiti che non gli corrispondono come terzo, quale provare ufficiosamente i fatti allegati dalle parti.

Quelli che misconoscono questo postulato e, quindi, propiziano con enfasi la prova ufficioso, indicano che senza di essa diventa spesso impossibile la formazione della necessaria convinzione del giudice per decidere in un senso o nell'altro.

Però, al sostenere una tale cosa dimenticano che per evitare quel rischio esistono, appunto, le regole della garanzia della inviolabilità della difesa, poiché se al giudice manca la convinzione in materia penale, e perciò ha dubbi, deve semplicemente *assolvere*. E già si sa che ogni prova disposta per uscire dai dubbi tende alla condanna dell'imputato, sebbene il giudice ignori al disporla a chi vantaggi¹⁴.

Allo stesso modo in materia civile, se il giudice si trova nella situazione di dubbio o di insufficienza di prova, deve applicare al caso, semplicemente, le regole dell'onere della prova, già sufficientemente elaborate nel mondo del processo e in base ad esse decidere.

Ma c'è di più: la parola *imparzialità* significa parecchie cose diverse dalla semplice *manca di interesse* come viene comunemente considerata in riferimento all'operato di un giudice.

Per esempio,

- assenza di pregiudizi di ogni tipo (specialmente razziali o religiosi);
- indipendenza da qualsiasi opinione e, di conseguenza, essere sordi a suggerimenti o persuasioni di parte, che possano influenzare sul suo animo;
- non identificazione con qualche ideologia determinata;
- estraneità assoluta di fronte alla possibilità di corruzione, e all'influenza dell'amicizia, dell'odio, di un sentimento caritatevole, di oziosità, di splendore personale, di apparizione nei mass-media, ecc.;
- ed è anche non coinvolgersi personalmente né emotivamente nella sostanza della lite;

¹⁴ Si avverta che se il giudice ha dubbi in materia penale deve assolvere in base allo stato di innocenza che vige per comando costituzionale. Immaginiamo ora un giudice con dubbi che scarta sic et simpliciter l'applicazione del comando in dubbio pro reo e ordina ufficiosamente un mezzo probatorio. Da questo, ricordando i contributi di Botto Oakley, possono presentarsi quattro situazioni: 1) la misura ordinata non si realizza. Il suo risultato conduce senz'altro alla assoluzione dell'imputato per persistenza dello stato di dubbio; 2) si realizza ma con risultato anodino. Il suo risultato è uguale al caso anteriore: il dubbio si mantiene e corrisponde assolvere; 3) si realizza con risultato favorevole all'imputato. Il risultato non cambia riguardo a quello dei due casi anteriori: o si mantiene il dubbio o il giudice è convinto, però a favore dell'imputato. In entrambi i casi deve assolvere, tale quale come se non avesse disposto la misura probatoria; 4) la prova si realizza e il risultato è sfavorevole all'imputato. Tale risultato ora permette la formazione della convinzione del giudice per condannarlo. Io mi domando: se da una medesima prova ufficioso si possono dare quattro risultati possibili ed in tre di essi il giudice non può formarsi la convinzione e, quindi, deve assolvere tale come se non avesse disposto la prova, perché fu disposta se non per condannarlo?

- ed evitare ogni partecipazione nell'indagine dei fatti o nella formazione degli elementi di convinzione;
- così come decidere la lite in base al suo sapere privato.
- Nemmeno deve aver timore delle altrui opinioni, né a discortarsi motivatamente dai precedenti giudiziari, ecc.

Se si osservano queste qualità definitorie del vocabolo, il compito di essere *imparziale* è assai difficile in quanto richiede assoluta e *asettica*¹⁵ neutralità¹⁶, che deve essere praticata in ogni caso con tutte le qualità che racchiude il vocabolo¹⁷.

5. CONCLUSIONE

Da quanto esposto appare che il giudice del sistema inquisitorio, come quello del sistema misto (in cui tutto è permeato da inquisitorialità data la prevalenza che ha la figura del giudice sulle parti), il giudice non è né può essere logicamente un soggetto imparziale entro i termini con cui è stata concepita questa qualità.

Diversamente, essa appare diafana nel sistema accusatorio, in cui il giudice è un vero terzo che, come tale, non fa le veci delle parti, né fa ciò che ad esse corrisponde fare in ogni processo: affermare, pretendere e provare i fatti affermati per convincere il giudice della sua esistenza.

La conclusione si rafforza man mano che si avverte che ogni processo inquisitoriale si privilegia lo Stato a scapito dell'individuo, dovuto al predominio che in esso ha la figura del giudice e, come tale, *totalitario*: perciò in essenza è *metodo di indagine*.

Diversamente, nel processo accusatorio il predominio sta nelle parti, al cui servizio si pone lo Stato (attraverso il giudice) affinché esse possano discutere in parità di condizioni. Perciò in essenza è *metodo di discussione*.

Nel secolo in cui viviamo e con i regimi costituzionali come quelli che vigono in tutto il mondo libero, non è accettabile il metodo di indagine, e quindi lo si deve decisamente rifiutare e definitivamente sradicare da ogni legge processuale dove, purtroppo, regna da secoli.

¹⁵ Sebbene la voce *asepsi* significhi assenza di contaminazione batterica capace di provocare infezioni o malattie, per estensione, si dice che è "asettico" chi non prova nessuna emozione o sentimenti.

¹⁶ È l'atteggiamento o il comportamento di colui che non è a favore di nessuna delle parti interessate nel confronto, né le favorisce aiutando nella soluzione pretesa da una di esse.

¹⁷ Insisto su questo in quanto i giudici del sistema inquisitorio sostengono sempre —e in assoluta buona fede— che operano con una imparzialità funzionale che nulla ha a che vedere con l'imparzialità personale o spirituale che, se esistono, non appannano l'altra. Frase simile si legge ne *I miserabili*, pronunciata dall'ispettore Javert per giustificare la sua tenace persecuzione del povero Jean Valjean: quando il poliziotto scopre che non è così, si uccide.