

FRANCESCO FERRARO

Jeremy Bentham e la procedura giudiziaria

0. *Premessa* – 1. *Scopi del diritto processuale: i «fini della giustizia»* – 2. *Difetti e danni della «procedura tecnica»* – 3. *Il «sistema naturale» di procedura e il giudice come pater familias* – 4. *I fini della giustizia e la raccolta di prove* – 5. *Calcoli di utilità nell'ammissione di prove: la minimizzazione di dilazioni, vessazione e spesa* – 6. *Contro lo spirito del processo di common law* – 7. *L'assenza di garanzie interne al processo*

0. *Premessa*

Jeremy Bentham è universalmente noto come un avversario del sistema di *common law*, da lui considerato di volta in volta «diritto finto» (*sham law*), «diritto creato dai giudici» (*judge-made law*), «diritto retroattivo» (*ex-post-facto law*). Durante tutto l'arco della sua opera – circa sessant'anni di attività incessante – egli non cessò mai di vagheggiare, e in parte di progettare, una codificazione completa del diritto, destinata a rimpiazzare il diritto comune. Il frutto di tale opera sarebbe dovuto essere il «Pannomion», un *corpus iuris* comprensivo dei codici civile, penale e costituzionale. L'unica parte del Pannomion da lui portata a termine è il *Constitutional Code*; dei codici civile e penale non abbiamo che progetti e opere riguardanti i principi che li avrebbero ispirati.

Almeno altrettanto nota è l'ispirazione etica utilitaristica che anima tutta la riflessione benthamiana. Bentham è generalmente considerato il primo grande filosofo utilitarista; egli, tuttavia, si dedicò soprattutto a riflettere su problemi di teoria giuridica e politica, piuttosto che alla speculazione teoretica sui fondamenti della sua etica. Tanto la sua critica del *common law*, quanto le sue proposte di riforma, sono guidate dal principio d'utilità¹: quel principio per cui

¹ Al punto che, se Bentham dev'essere considerato un giuspositivista, il suo è un giuspositivismo ideologico, secondo le categorie bobbiane: al contrario di quanto sostenuto, tra gli altri, da Herbert Hart e da Karl Olivecrona, per i quali il positivismo giuridico benthamiano consisterebbe nell'osservazione scientifica e avalutativa del diritto com'è (distinto dall'indagine su come dovrebbe essere). Invece, Bentham è interessato soprattutto alla massimizzazione dell'utilità collettiva, e nella sua critica del *common law* l'osservazione scientifica è strumentale alla sostituzione con un altro sistema di diritto, utilitaristicamente ispirato. Questa è la tesi di Luis

ogni azione, così come ogni legge, dev'essere giudicata giusta nella misura in cui contribuisce ad aumentare il benessere generale della comunità e sbagliata nella misura in cui contribuisce a diminuirlo.

L'avversione del filosofo londinese al *common law* non riguarda solo il suo carattere *sostanziale*, ma anche le sue *procedure*. In un certo senso, si può dire che la sua avversione alle procedure di *common law* è motivata da ragioni opposte a quelle per cui egli si oppone al diritto sostanziale. Infatti, al diritto comune sostanziale egli rimprovera, tra le altre cose (come la sua confusione, contraddittorietà, oscurità e inaccessibilità), il fatto di lasciare al giudice eccessiva libertà rispetto all'applicazione del diritto. Invece, alle procedure di *common law* egli rimprovera un'eccessiva rigidità, che non tiene conto né degli interessi delle parti in causa, né della necessità per chi giudica di disporre di prove sufficienti e presentate nella forma migliore possibile.

La prospettiva benthamiana, come si vedrà, si pone in netta antitesi allo spirito ispiratore del *common law*, proponendo un modello attivo e inquisitorio del ruolo del giudice nel processo, anche più spinto di molti ordinamenti di *civil law*. Ciò si deve al fatto che il giudice benthamiano è un giudice utilitarista: se è vero che deve applicare fedelmente la legge, intesa come espressione della volontà del legislatore, è anche vero che deve farlo minimizzando i "danni collaterali" per il benessere delle parti e della comunità.

1. *Scopi del diritto processuale: i «fini della giustizia»*

È nel lavoro dal titolo *Principles of Judicial Procedure*² che Bentham procede alla stesura dei principi che devono ispirare la redazione di un codice di diritto

Cruz in L.M. CRUZ, *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, EUNSA, Pamplona 2000. Contra K. OLIVECRONA, *The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of «a law»*, in *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 20 (1975), pp. 95-110; H.L.A. HART, *The Demystification of Law*, in *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford 1982.

² I *Principles of Judicial Procedure* furono pubblicati per la prima volta nel 1837, cinque anni dopo la morte dell'autore. Come riferito anche dal curatore, Richard Doane, Bentham era tornato a più riprese a occuparsi della procedura, in un arco di tempo superiore ai trent'anni. La gran parte dei *Principles* era stata scritta tra il 1820 e il 1827, ma l'introduzione e il primo capitolo risalivano al 1802. Cfr. "Note by Editor" in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, Tait, Edimburgo 1843, vol. II, p. 2. Nel frattempo, Bentham aveva parlato di procedura negli scritti sulla *Scotch Reform* (1806-7) e nel *Rationale of Judicial Evidence* (redatto dai manoscritti benthamiani dal giovane John Stuart Mill e pubblicato nel 1827); oltre che in vere e proprie proposte di legislazione, come *Equity Dispatch Court Bill* (introdotto da *Equity Dispatch Court Proposal*) e *Petition for Codification and Justice*.

processuale, sia nel campo civile sia in quello penale. Per stabilire questi principi è necessario, ovviamente, aver chiaro ciò che si vuol dire con «procedura» nel linguaggio giuridico, onde stabilire in modo accettabile la natura e le funzioni del diritto procedurale. «Per procedura», spiega Bentham, «s'intendono le misure [*the course*] prese per l'esecuzione delle leggi, cioè per la realizzazione della volontà dichiarata, o che si suppone sia dichiarata, da esse in ogni occasione»³. Le leggi riguardanti il diritto processuale sono dette da Bentham «leggi *accessorie* o leggi *aggettive* [*adjective*], per distinguerle da quelle altre leggi, la cui esecuzione esse hanno in vista, e che per questo stesso scopo sono state caratterizzate dal termine opposto corrispondente, leggi *sostanziali* o *sostantive* [*substantive*]]»⁴. Egli precisa che i termini *adjective* e *substantive* sono da lui scelti perché

«le leggi dette aggettive non possono esistere senza le leggi dette sostantive, più di quanto in grammatica un aggettivo possa presentare un'idea distinta senza l'aiuto di un sostantivo, a esso unito»⁵.

Un codice di procedura si deve porre due obiettivi:

«l'esercizio, per i fini dichiarati menzionati nel codice [di diritto] sostantivo, di poteri di ogni tipo sopra persone e cose; e in secondo luogo, il pervenire alla verità del caso riguardo ai dati di fatto [*matters of fact*], cioè quei dati di fatto necessari per garantire e giustificare l'esercizio di quegli stessi poteri – vale a dire mezzi di esecuzione e mezzi di prova [*means of execution and means of proof*]]»⁶.

Il secondo di questi obiettivi, in altre parole, consiste nel verificare l'avvenuta esecuzione di quegli atti che il diritto sostantivo o sostanziale considera illeciti; il primo, nell'esercitare i poteri attribuiti ai giudici per l'applicazione delle conseguenze giuridiche di quegli atti, cioè per comminare la sanzione prevista.

Come a tutto il diritto, anche a quello processuale deve potersi applicare il test del principio d'utilità. Affinché si possa dire che le norme processuali sono giuste, occorre che esse contribuiscano in qualche misura al benessere della comunità nel complesso (e che vi contribuiscano più di altre possibili norme alternative)⁷. La loro giustificazione dev'essere sia

³ *Principles of Judicial Procedure*, in *Works*, cit., vol. II, p. 5.

⁴ *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 5.

⁵ *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 6.

⁶ *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 15.

⁷ Sul principio di utilità nella sua versione «comparativa» – per cui non basta contribuire al

indiretta, sia *diretta*. La giustificazione utilitaristica indiretta è dovuta al fatto che, come si è detto, il compito principale del diritto processuale è permettere di dare efficacia esecutiva al diritto sostantivo o sostanziale; dunque, «a meno che la [singola] legge sostantiva [da applicare] non sia conforme alla maggior felicità della comunità, l'uso fatto del corpo di leggi aggettive in quell'occasione non può esser conforme a quello stesso fine»⁸. Infatti,

«del ramo sostantivo del diritto, il solo oggetto difendibile, o scopo prefissato, è la massimizzazione della felicità del maggior numero dei membri della comunità in questione. Del ramo aggettivo, il solo oggetto difendibile, o scopo prefissato, è la massimizzazione dell'efficacia esecutiva [*execution and effect*] data al ramo sostantivo del diritto»⁹.

Tuttavia, Bentham riconosce anche la necessità di una valutazione utilitaristica *diretta* delle norme di diritto processuale. Infatti, bisogna ammettere la possibilità che gli strumenti di applicazione delle norme di diritto sostanziale (*substantive laws*), cioè le norme di diritto processuale (*adjective laws*), finiscano, in alcuni casi, per provocare una disutilità tale da svalutare i fini utilitaristici che il diritto sostanziale si prefigge. In questo caso, dunque, si può dire che il fine non giustifica i mezzi, perché questi mezzi possono provocare danni collaterali tali da annullare i vantaggi derivanti dal raggiungimento del fine stesso.

Bentham sostiene che

«si può dire che l'intero ramo aggettivo nel complesso abbia due fini specifici: uno *positivo*, massimizzare l'efficacia esecutiva data al ramo sostantivo; l'altro *negativo*, minimizzare il male, la durezza, necessari in varie forme per il raggiungimento del fine principale specificato»¹⁰.

Riconosce inoltre che «tra questi due scopi il conflitto è onnipervasivo e perpetuo. Qualsiasi misura sia adottata per il conseguimento di uno dei due fini, a stento può evitare di essere, in maggiore o in minor grado, di impedimento al conseguimento dell'altro fine»¹¹.

benessere complessivo, ma occorre contribuirvi almeno altrettanto di quanto si potrebbe fare con qualsiasi opzione alternativa – cfr. D. LYONS, *Forms and Limits of Utilitarianism*, Clarendon Press, Oxford 1965, pp. 23-26.

⁸ *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 6.

⁹ *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 6.

¹⁰ *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 8.

¹¹ *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 8.

I due scopi del diritto procedurale sono chiamati da Bentham «fini della giustizia» (*ends of justice*), almeno fin dal suo lavoro relativo alla riforma del diritto civile scozzese del 1806¹². «Fini diretti della giustizia, impedire *decisione sbagliata* (decisione non conforme ai regolamenti e misure appartenenti al ramo sostantivo del diritto) e *denegata giustizia*»; la denegata giustizia «negli effetti è lo stesso della decisione errata ai danni dell'attore, ma avente luogo senza decisione»¹³. I fini diretti, quindi, riguardano l'applicazione del diritto sostanziale. Sono invece «fini collaterali della giustizia, l'impedire dilazioni, vessazione e spesa [*delay, vexation, and expense*], nella misura in cui siano superflui o preponderanti (cioè preponderanti sul danno derivante da decisione sbagliata o da denegata giustizia)»¹⁴.

Tra fini diretti e fini collaterali della procedura giudiziaria non si può stabilire una gerarchia. Come sottolineato da Gerald Postema, per Bentham i fini diretti non hanno necessariamente la priorità su quelli collaterali. Lo testimonia, per esempio, questo passaggio contenuto nel *Constitutional Code*: «attraverso tutto il campo della procedura giudiziale ha luogo un conflitto [...] tra i fini diretti della giustizia [...] e i collaterali [...] e a quale lato si dovrà dare la

¹² Si tratta perlopiù di materiale inviato, o concepito per essere inviato, da Bentham a Lord Grenville, che nel febbraio del 1806 divenne primo ministro e insieme *Lord Chancellor*. Dal nuovo governo ci si attendeva simpatia per la causa delle riforme e in esso erano presenti amici e conoscenti di Bentham (come Romilly, che assunse la carica di *solicitor-general*). Grenville aveva proposto una riforma dell'amministrazione del diritto civile in Scozia, mirante a trapiantare molte delle procedure delle corti inglesi nel sistema scozzese. Egli stesso sollecitò l'interesse di Bentham riguardo alla proposta, nell'intento di vagliare reazioni e pareri esterni al Parlamento. L'invito di Grenville, come testimoniato dallo stesso Bentham, arrivava in un momento particolarmente opportuno, quando il filosofo aveva appena portato a termine «un lavoro di carattere in qualche modo nuovo sulla materia delle PROVE» (*Works*, cit., vol. V, p. 4): egli poteva dunque applicare, almeno in parte, i principi stabiliti nel lavoro al caso concreto della *Scotch Reform*.

Le lettere sulla *Scotch Reform* non furono date alle stampe prima dell'aprile del 1807, quando il governo Grenville era già caduto. Nel luglio 1807 Bentham pregò Romilly di trasmetterne una copia allo stesso Grenville. Il materiale pubblicato è però solo una minima parte di quello scritto da Bentham sulla *Scotch Reform*, che occupa più di duemilanovecento fogli manoscritti. Cfr. J. DINWIDDY (a cura di), *The Correspondence of Jeremy Bentham*, vol. 7, Clarendon Press, Oxford 1988, pp. XXIII-XXV; anche A. J. DRAPER, 'Corruptions in the Administration of Justice': Bentham's Critique of Civil Procedure, 1806-1811, in *Journal of Bentham Studies*, N. 7, 2004 (disponibile in rete sul sito del Bentham Project: <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/journal>). Già nel febbraio 1807, comunque, un articolo di Jeffrey nella *Edinburgh Review* citava il nome di Bentham come il più appropriato a occuparsi della riforma scozzese (come testimoniato da una lettera di Dumont a Bentham: cfr. *Correspondence*, in *Works*, cit., vol. X, p. 422).

¹³ *Letters on Scotch Reform*, in *Works*, cit., vol. V, p. 5. Si è tradotto *misdecision e failure of justice* con «decisione sbagliata» e «denegata giustizia».

¹⁴ *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 5.

preferenza dipenderà, *in ogni singola istanza*, dalle circostanze del *caso individuale*¹⁵. In *Rationale of Judicial Evidence*, Bentham si spinge al punto di ammettere che, in omaggio alla minimizzazione dei “danni collaterali” del processo, il giudice possa in certi casi disapplicare il diritto sostanziale:

«la quantità di vessazione, spesa e dilazioni, senza cui il corso necessario all'esecuzione dell'articolo di legge sostantiva in questione non può essere seguito efficacemente – il prezzo che è necessario, quindi, pagare per la possibilità di ottenere il beneficio in questione – eccede il valore di quel beneficio, o piuttosto di quella possibilità? In questo caso il prezzo non dovrebbe essere pagato: la legge dovrebbe piuttosto rimanere inapplicata»¹⁶.

Dunque, non si può attribuire a Bentham l'idea per cui l'applicazione del diritto sostanziale debba avere sempre e comunque la meglio sulle considerazioni legate alla minimizzazione dei danni collaterali. Ciò, del resto, è coerente con l'ispirazione utilitaristica della sua filosofia giuridica. In caso di conflitto fra i due fini della giustizia, spetterà al giudice applicare il principio d'utilità e valutare accuratamente le conseguenze positive e negative delle sue scelte¹⁷.

2. Difetti e danni della «procedura tecnica»

Bentham individua due modelli contrapposti di diritto processuale: uno che si propone i cosiddetti «fini della giustizia» e un altro che, invece, non risponde a questi fini ma ad altri, quelli che egli chiama «fini della magistratura» (*ends of judicature*), ovvero i fini corporativi della «casta» dei giudici¹⁸. Egli sostiene che ai fini della giustizia è adatto un unico sistema di procedura, quello che chiama «naturale» (*natural*); il sistema di procedura che invece è proprio del *common law* a lui contemporaneo, è da lui

¹⁵ J. BENTHAM, *Constitutional Code*, in *Works*, cit., vol. IX, p. 463, citato in G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 347 (corsivo di Postema).

¹⁶ *Rationale of Judicial Evidence*, in *Works*, cit., vol. VII, p. 335; l'ultima frase è citata da Postema in *Jeremy Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 346.

¹⁷ Questo, però, non implica che al giudice benthamiano spetti *sempre* di decidere in base a considerazioni di utilità del caso singolo, mettendo da parte il diritto sostanziale (e la volontà del legislatore) quando gli sembri opportuno, come vorrebbe Postema (cfr. G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., partic. pp. 403-421).

¹⁸ In realtà i fini della giustizia sarebbero gli unici fini della magistratura accettabili, e quando parla di una procedura che risponde agli *ends of judicature* piuttosto che agli *ends of justice*, Bentham intende comprendere nei fini della magistratura quelli che si distaccano dai fini della giustizia. Cfr. *Principles of Judicial Procedure*, in *Works*, cit., vol. II, p. 11.

detto «tecnico» (*technical*). Il sistema tecnico, sostiene, è frutto degli interessi della corporazione giudiziale e risponde alla necessità di moltiplicare gli onorari (*fees*) ricevuti dai giudici:

«[il] sistema di procedura generato dall'influenza di questo interesse perverso¹⁹, [è] il sistema *tecnico* o *raccogli-onorari* [*fee-gathering*]: tecnico, per la sua natura; raccogli-onorari, per il suo obbiettivo e la sua causa. Corti in cui si agisce in base a questo sistema, *corti di procedura tecnica*. [La] procedura tecnica, [è] denominata attualmente *regolare* [*regular*]: corti in cui si agisce in base a essa, *corti di procedura regolare*»²⁰.

Invece, il sistema di procedura

«che ha per suo oggetto i fini della giustizia, e per modello il percorso normalmente seguito per scoprire la verità e amministrare la giustizia, come nei confronti di figli, servitori, o altri dipendenti, nel seno di una privata famiglia, [è] il sistema *domestico* o *naturale* di procedura [...] al cui titolo appartengono [...] i modi di procedura che presentemente [...] sono designati col nome di *sommari* [*summary*]»²¹.

Bentham procede a elencare le corti che giudicano secondo la procedura sommaria, corrispondente a quella naturale, includendo tra esse sia corti con giurisdizione civile, sia con giurisdizione penale. Cita, tra le altre, le corti composte da giudici di pace²², le corti marziali, le corti scoz-

¹⁹ L'espressione usata è «*sinister interest*», con cui Bentham intende qualunque interesse che si ponga “di traverso” rispetto alla corrente dell'interesse generale. Con *sinister* egli vuol dire sia “sinistro”, sia il contrario di *right*, che sta per “destro” come per “giusto”. Lia Formigari traduce quest'espressione con «interesse obliquo»: cfr. J. BENTHAM, *Il libro dei sofismi*, Editori Riuniti, Roma 1981, p. 22 e nota.

²⁰ *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 7.

²¹ *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 7. Halévy sottolinea come, dal punto di vista benthamiano, l'aggettivo «regolare» per la procedura tecnica aveva nel linguaggio comune una connotazione «eulogistica» (cioè positiva) che non meritava, laddove la procedura naturale era detta «sommaria» con una connotazione «dislogistica» (cioè negativa). Halévy aggiunge inoltre che le corti di procedura sommaria sedevano senza la giuria, che era sempre stata vista come garanzia fondamentale della libertà dell'imputato di fronte ai giudici. Cfr. E. HALÉVY, *The Growth of Philosophic Radicalism*, Faber and Faber, London 1972, p. 383. Si veda anche J. BENTHAM, *Petition for Codification and Justice*, in *Works*, cit., vol. II, pp. 471-472.

²² La giurisdizione dei *justices of the peace*, che agli inizi (sec. XI-XII) poteva dirsi, con un anacronismo, “penale”, crebbe poi fino a includere il diritto commerciale e molti altri settori: cfr. D. ROEBUCK, *The Background of the Common Law*, Oxford University Press, Oxford

zesi conosciute come *small-debt courts*, oltre alle “corti consolari” francesi e alle “corti di riconciliazione” nelle colonie danesi²³.

In che senso il sistema tecnico o regolare di procedura in Inghilterra è, a parere di Bentham, il prodotto degli interessi della corporazione giudiziaria? Il diritto processuale, spiega, è stato creato in gran parte non dai legislatori ma dai giudici stessi. Il potere legislativo sovrano non ha assegnato loro un salario, ma ha lasciato che si finanziassero con un sistema di onorari (*fees*) per ogni prestazione giudiziaria. In tal modo, gli interessi della massa dei consociati e quelli della casta dei giudici sono venuti a confliggere. Dal momento che ognuno degli onorari percepibili dai giudici, in occasione di ogni passaggio processuale, aveva fin dall’inizio un limite stabilito per legge, costoro per incrementare le loro entrate avevano aumentato fino all’inverosimile il numero di occasioni di guadagno. Il risultato era il moltiplicarsi delle complicazioni procedurali, quindi l’aumento di dilazioni e spesa per le parti²⁴. Tutto ciò andava soprattutto a detrimento di coloro che non potevano permettersi di pagare gli onorari dei giudici e tutte le altre spese processuali. Agli indigenti era, di fatto, negata la giustizia; ai ricchi era data la possibilità di rovinare chi volessero: tutto ciò che serviva era fargli causa²⁵. La situazione era effettivamente tale che le cause duravano anni e anni; le parti – quando non finivano in rovina per le ingenti spese – spesso morivano prima di vedere la fine del processo. La relazione causa-effetto tra sistema di remunerazione dei giudici e durata eccessiva dei processi non era, evidentemente, una mera illazione benthamiana, se è vero che dal 1816 furono nominate dal Parlamento inglese diverse commissioni per esaminare tanto il lavoro quanto gli emolumenti della magistratura. La *Common Law Commission* del 1851 concluse i suoi lavori raccomandando che tutti i giudici fossero pagati dallo Stato con stipendi fissi²⁶.

Nei processi civili, tale sistema di procedura tecnica finiva per incoraggiare le parti in malafede (*mala fide suitors*), cioè quegli attori o convenuti consci che avrebbero avuto solo da perdere dall’applicazione puntuale del diritto sostanziale, col minimo di dilazioni, vessazione e spesa. I

1988, p. 35. Il giudice di pace svolgeva e svolge tuttora sia una funzione amministrativa sia una giurisdizionale, sia civile sia penale; per i reati di sua competenza decide con procedimento sommario, cioè senza la partecipazione della giuria al processo. Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Giuffrè, Milano 1996, vol. I, p. 906.

²³ Cfr. *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 7.

²⁴ Cfr. *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 5.

²⁵ Cfr. *Petition for Codification and Justice*, in *Works*, cit., vol. V, p. 449.

²⁶ Cfr. M.I. ZAGDAY, *Bentham on Civil Procedure*, in *Jeremy Bentham and the Law: a Symposium*, a cura di G.W. Keeton e G. Schwarzenberger, Stevens & Sons Limited, London 1948, p. 74.

convenuti in malafede (*mala fide defenders*) avevano modo di protrarre indefinitamente le cause, spesso fino a eludere totalmente la soddisfazione delle giuste richieste dell'altra parte. Gli attori in malafede (*mala fide suitors*) potevano costringere le persone da loro portate in tribunale a soddisfare richieste illegittime, oppure semplicemente potevano gratificare la loro inimicizia imponendo le numerose vessazioni del sistema giudiziario. Il risultato era che le cause iniziate in malafede superavano di gran lunga quelle iniziate in buona fede²⁷.

Un esempio palese di come la massimizzazione dei profitti dei giudici causasse necessariamente dilazioni, vessazione e spesa, oltre a permettere decisioni estranee al *merito* della causa (e quindi ingiuste), è dato da quella che Bentham chiama la «fissazione alla cieca dei tempi» (*blind fixation of times*) del processo. Il diritto comune prevedeva, all'epoca, che seguendo «norme generali» si fissassero date precise per la presentazione di memorie scritte, per la presentazione delle parti in tribunale e per l'adempimento di altre formalità²⁸. Tali date erano stabilite senza alcun riguardo per i tempi necessari a concludere il processo, né per le esigenze delle parti in causa. Il mancato espletamento di queste pratiche entro i tempi previsti consentiva di decidere la causa a sfavore della parte inadempiente, «senza che il giudice sapesse niente delle basi della decisione a cui prestava la sua autorità»²⁹, ovvero senza esaminare minimamente il merito della causa. Tali decisioni «meccaniche» (*mechanical adjudication*) che non implicavano alcuna reale valutazione, da parte del giudice, delle questioni di fatto e di diritto, potevano avere come conseguenza, per esempio, l'incarcerazione preventiva *on mesne process* (prima della fine del processo) per debiti, che il magistrato poteva ordinare senza alcuna conoscenza delle prove e senza aver dovuto ascoltare le parti³⁰. Il legame con gli interessi della corporazione giudiziaria stava nel fatto che, qualora fosse necessario alle parti richiedere spostamenti delle date fissate, per sfuggire al rischio di carcerazione preventiva, altre mozioni dovevano essere presentate, ciascuna delle quali era «di fatto, una causa nella

²⁷ Cfr. *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 6.

²⁸ «Laddove è necessaria flessibilità, si fa fissazione. Esempio – il più prominente, efficace, e istruttivo – quello offerto dalla scelta dei giorni per presentarsi al seggio di giudizio: per la presentazione delle parti, o dei testimoni, o di entrambi» (*Petition for Codification and Justice*, cit., p. 470). Invece, per esempio, di concordare con l'attore il giorno della prima seduta, «il sistema esistente sceglie per tutti i casi senza distinzione un certo giorno in base a una norma generale: per ogni operazione successiva, supponiamo quindici giorni, contando dall'ultima precedente. Fissazione alla cieca, si dica senza difficoltà: perché tale fissazione non può che essere cieca, se fatta tramite una regola che si applichi universalmente e indiscriminatamente» (*ivi*, p. 470).

²⁹ *Petition for Codification and Justice*, cit., p. 470.

³⁰ *Petition for Codification and Justice*, cit., p. 470.

causa» che portava con sé «una pioggia di *onorari*»³¹. Anche grazie all'influenza di Bentham, tale carcerazione preventiva fu poi gradualmente abolita. Nel 1827 lo *Imprisonment for Debt Act* stabilì che nessuno potesse essere arrestato *on mesne process* per debiti inferiori alle venti sterline e che anche per quelli superiori fosse necessario un *affidavit* (dichiarazione giurata scritta) che dichiarava l'esistenza del debito. La presenza di un *affidavit* da parte dell'accusa garantiva una responsabilità penale, impedendo che si potesse far arrestare qualcuno come presunto debitore sulla base di dichiarazioni false. Il *Judgments Act* del 1838 abolì – pur con alcune eccezioni – la carcerazione preventiva nel processo civile³².

Le norme procedurali rigide del sistema inglese dell'epoca ostacolavano, quindi, i fini della giustizia e permettevano lo svolgimento «meccanico» delle mansioni giudiziali, senza alcun riguardo per l'applicazione del diritto sostanziale (perché si poteva decidere in base a criteri estranei al merito della causa) e per la minimizzazione degli inconvenienti collaterali (che non erano tenuti in conto, o lo erano in modo errato). D'altra parte, come si vedrà, qualsiasi rigida norma procedurale sarebbe stata, secondo Bentham, inadeguata ai fini della giustizia.

3. *Il «sistema naturale» di procedura e il giudice come pater familias*

Al sistema tecnico di procedura Bentham contrappone quello che chiama «sistema naturale» e che risponde, esso sì, ai fini della giustizia, sia per quel che riguarda la fedele applicazione del diritto sostanziale, sia sotto il punto di vista della minimizzazione di *delay*, *vexation and expense*. Esso è da lui detto anche «domestico» (e forse in questo può esser vista la sua «naturalità», opposta all'artificialità del sistema tecnico³³). Bentham arriva a proporre,

³¹ *Petition for Codification and Justice*, cit., p. 471.

³² Cfr. *Jowitt's Dictionary of English Law*, II ediz. a cura di J. Burke, Sweet & Maxwell, London 1977, vol. I, pp. 564-565.

³³ William Twining ha giustamente notato i rischi di fraintendimento connessi all'uso, da parte di Bentham, dell'aggettivo «naturale» e del richiamo alla sfera domestica: «il quadro idealizzato del padre saggio che decide nel seno della famiglia, non è insolitamente sentimentale? [...] Il suo uso della parola 'naturale' implica un'accettazione di qualche legge universale naturale di decisione giudiziale?» (W. TWINING, *Bentham and Wigmore: Theories of Evidence*, Weidenfeld and Nicolson, London 1985, p. 51). Twining risponde poi collegando la «naturalità» della procedura benthamiana alle esigenze universali della raccolta di prove giudiziarie, che per Bentham sarebbe analoga alla raccolta di prove in ogni altro campo dell'attività e della conoscenza umane: «il sistema naturale non è tanto un metodo di constatazione dei fatti *prescritto* dalla Natura, ma piuttosto il migliore che si può sperare, date le condizioni umane in cui il nostro solo mezzo di conoscenza è attraverso i dati presentati dei nostri sensi, in opposizione alla teoria metafisica delle idee innate» (ivi,

provocatoriamente, che i giudici apprendano la procedura naturale alla «scuola» delle loro famiglie, in cui essi stessi – o le loro mogli – si trovano a regolare «piccole trasgressioni o dispute» che sorgono tra i bambini o tra i servitori³⁴. Il giudice doveva imparare a decidere come un *pater familias*. Ciò significa, soprattutto, che bisognava abbandonare tutte le norme processuali che permettevano di sostituire un «giudizio meccanico» (*mechanical judicature*) al «giudizio mentale» (*mental judicature*): che permettevano, cioè, di emettere una sentenza sulla base di regole processuali estranee al merito della causa³⁵. Il sistema di procedura naturale richiede al giudice non un'applicazione «meccanica» delle norme di procedura, ma uno sforzo e una responsabilità di ragionamento, sulla base delle prove raccolte e della scelta della legge o leggi da applicare. La procedura tecnica che caratterizzava il *common law* permetteva invece al giudice di decidere su basi estranee al merito della causa, annullando il processo o invalidando le prove per vizi formali. Questo è il «principio di annullamento» (*principle of nullification*), la cui applicazione più comune si ha tuttora nel *judgment by default*, che si emette quando una parte manca di compiere un certo passo della causa entro il tempo prescritto; il giudizio emesso, in questo caso, riceve un nome che indica il passo che si sarebbe dovuto compiere³⁶.

Oltre a richiedere una decisione fondata sempre e solo sul merito della causa, il sistema naturale di procedura che Bentham ha in mente è caratterizzato in generale da semplicità e chiarezza, che si contrappongono alla complicatezza e all'oscurità del sistema tecnico. Tra le sue caratteristiche, per esempio, v'è l'uso di un linguaggio quanto più possibile vicino a quello ordinario, con l'abolizione del gergo tecnico caro ai giuristi. Inoltre, esso prevede che le parti in causa compaiano sempre davanti al giudice di persona

p. 52). Twining ha ragione relativamente alla teoria benthamiana delle prove, di cui si dirà più oltre, e anche riguardo ai richiami all'epistemologia empirista lockiana; tuttavia la "naturalità" del sistema di procedura benthamiano non si riferisce solo alle prove, ma anche ad altri aspetti, alcuni dei quali saranno successivamente menzionati. Forse è più plausibile che per «sistema naturale» Bentham intendesse, semplicemente, un sistema privo di complicazioni inutili e dannose, sopravvenute perlopiù a causa del gioco degli interessi perversi (*sinister interests*): in tal caso il richiamo alla procedura domestica, per quanto romantico, è da considerarsi efficace. Il *pater familias* non ha *sinister interests* e ha solo due scopi: che i suoi comandi siano rispettati, e che le dispute fra i suoi figli e fra i suoi servitori siano regolate in modo giusto e con la minimizzazione di danni collaterali.

³⁴ Cfr. *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 23.

³⁵ Cfr. *Petition for Codification and Justice*, cit., p. 472: «questo modo [di procedura] può davvero esser denominato meccanico, in opposizione a quello mentale: visto che egli [cioè il giudice] non fa uso di nessuna delle facoltà che complessivamente sono chiamate *mente* [...]: irrazionale e non-razionale sono termini ancora insufficienti rispetto alla mostruosità» di questo sistema.

³⁶ Cfr. *Jowitt's Dictionary of English Law*, cit., vol. II, p. 1026.

e al principio del processo, «volenti o nolenti, ascoltate sia in qualità di testimoni sia in qualità di parti, faccia a faccia»; a meno che «tale confronto e spiegazione reciproca sia, *fisicamente o prudenzialmente*, impraticabile; *prudenzialmente*, cioè senza danno *preponderante* nella forma di dilazioni, vessazione e spesa»³⁷. Al contrario, il sistema di procedura del *common law* prevedeva un «abuso di scrittura» che sostituiva spesso la presentazione di allegazioni scritte (*pleadings*) all'interrogatorio diretto delle parti in causa.

Un'altra caratteristica del *natural system of procedure* è l'abolizione del ricorso alle finzioni giuridiche (*fictions*). Il diritto comune inglese faceva largo uso di finzioni giuridiche, sia in materia di procedura, sia in materia sostanziale. In materia sostanziale, le finzioni erano un fattore d'evoluzione, mirato ad adattare il diritto a nuovi bisogni, pur fingendo che esso non cambiasse. In materia di procedura, esse servivano a estendere la competenza degli organi giudiziari³⁸. Bentham considera invece ogni *fiction* «una falsità volontaria, pronunciata da un giudice con lo scopo di dare all'ingiustizia il colore della giustizia»³⁹; oltre a permettere alle corti di attribuirsi giurisdizioni che non spetterebbero loro⁴⁰, le finzioni finiscono per alimentare il gergo giurisprudenziale, rendendolo ancora più oscuro e incomprensibile. La procedura naturale, invece, persegue sempre la pura e semplice verità: la falsità non dovrebbe mai essere ammessa consapevolmente dal giudice, né tanto meno da lui stesso proferita.

È interessante rilevare come Bentham indichi nel sistema giudiziario degli Anglosassoni un modello di sistema naturale e domestico di procedura, contro quello introdotto dai conquistatori normanni, che avevano dato inizio a tutti i vizi della procedura tecnica:

«Alla magistratura sassone succedette quella dei conquistatori normanni: al liberalismo sassone, l'assolutismo normanno. Nell'epoca sassone regnavano, in numero adeguato, le corti locali [...]. Popolo o giuristi, non faceva differenza; il linguaggio era il medesimo. Dalla presenza del giudice [...] era mai esclusa la parte in causa? Non più che, nel privato della famiglia, i figli che litigano dalla presenza del loro padre»⁴¹.

I Normanni invece avevano accentrato le corti presso la corona («accampandosi presso un vassallo dopo l'altro, il re era perpetuamente in movi-

³⁷ *Letters on Scotch Reform*, cit, p. 8.

³⁸ Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., vol. I, p. 741.

³⁹ *Letters on Scotch Reform*, cit., p.13.

⁴⁰ Per l'uso delle finzioni nella "lotta per la giurisdizione" fra le varie corti (*King's Bench, Exchequer Chamber, Chancery Court* etc.) si veda D. ROEBUCK, *The Background of the Common Law*, cit, pp. 109-114.

⁴¹ *Petition for Codification and Justice*, cit., p. 448.

mento: al suo seguito si muovevano uno o più giudici»); avevano inoltre introdotto una lingua straniera, il francese, costringendo così chi si presentava davanti a una corte a farsi accompagnare da interpreti e giuristi professionisti⁴².

Il modello della procedura naturale non si caratterizza solo per la semplicità. Per il perseguimento dei fini della giustizia (applicazione del diritto sostanziale e minimizzazione di dilazioni, vessazione e spesa), Bentham ritiene necessario che il giudice abbia il più possibile le mani libere da regole procedurali rigide. Egli teorizza l'abolizione di ogni vincolo *interno* al processo decisionale, per cui il giudice dev'essere libero di perseguire i fini della giustizia nel modo che ritenga più opportuno. Il campo in cui quest'esigenza di libertà diventa più pressante – e i danni delle procedure rigide diventano più evidenti – è quello della prova giudiziaria.

4. I fini della giustizia e la raccolta di prove

Come si è detto, il diritto di procedura per Bentham dev'essere giustificabile in base al principio d'utilità, sia indirettamente, sia direttamente. La giustificazione indiretta deriva dall'applicazione delle norme di diritto sostanziale, che a loro volta debbono essere giustificabili direttamente, cioè debbono permettere la massimizzazione del benessere della comunità. Dei due fini della giustizia, quello di applicare il diritto sostanziale è il fine diretto, contrapposto al fine collaterale di minimizzare gli inconvenienti del processo.

Per dare efficacia esecutiva alle norme del diritto sostanziale, occorre che il giudice emetta una sentenza che include un giudizio di diritto e un giudizio di fatto. Il giudizio di fatto

«ha per base la prova, termine con cui si intende in ogni occasione qualche *altro* dato di fatto, che nella stessa occasione è presentato alla mente o ai sensi del giudice, allo scopo di produrre nella sua mente una persuasione assertiva dell'esistenza o non esistenza di [un altro] dato di fatto»⁴³.

Bentham stabilisce un rapporto di proporzionalità diretta tra «forza probante» (*probative force*) e intensità della persuasione prodotta nella

⁴² Cfr. *Petition for Codification and Justice*, cit., p. 448. Naturalmente la ricostruzione benthamiana della giustizia anglosassone è decisamente idealizzata; per esempio, la pluralità di corti locali rispondeva in realtà alla condizione primitiva di un'amministrazione della giustizia pre-statale. Per una ricostruzione più attendibile si veda D. ROEBUCK, *The Background of the Common Law*, cit., pp. 19-27. Per un giudizio positivo sull'influenza normanna, visto come fattore di modernizzazione e razionalizzazione del sistema giuridico inglese, si veda R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, cit., partic. pp. 88-93.

⁴³ *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, in *Works*, cit., vol. VII, p. 7.

mente del giudice dalla prova, misurabile per gradi⁴⁴. Questa teoria è stata tacciata di soggettivismo e assurda è stata considerata la pretesa – mai dichiarata da Bentham, ma considerata implicita – di poter disporre di un «termometro della persuasione»⁴⁵.

Il giudice, dunque, si convince del *factum probandum* solo se il *factum probans* produce in lui un grado sufficiente di persuasione. Bisogna, quindi, che ogni prova ottenga un «grado di persuasione» appropriato, vale a dire né maggiore né minore del dovuto. A tal fine, essa si deve presentare nella miglior forma possibile all'esame del giudice. Bentham ritiene che i legislatori, fino a quel momento, si siano preoccupati solo di evitare che le prove producessero un grado di persuasione eccessivo, non che ne producessero uno troppo basso. Inoltre, questo intento è stato perseguito in modo sbagliato, perché «la sola misura che è stata adottata è l'*esclusione*: per paura dell'*inganno*, esclusione di tutte le prove, riguardo alle quali si è capito

⁴⁴ Cfr. anche *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., pp. 14-18. «Tra il grado di forza probante da parte delle prove [...] e l'intensità della persuasione da parte del giudice, la coincidenza appare essere completa. [...] Dire che la forza probante delle prove è a questo o a quell'altro grado, è dire che nel seno del giudice, l'intensità della persuasione è a quel grado» (*ivi*, p. 18 nota).

⁴⁵ Per una concisa esposizione delle critiche rivolte a questa teoria – sia da giuristi britannici che da “continentali” come il francese Bonnier – si veda W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, cit., pp. 52-66. Bentham non usa l'espressione «termometro della persuasione», ma sostiene che la persuasione si possa misurare secondo una scala decimale, come la temperatura: cfr. *Rationale of Judicial Evidence*, cit., pp. 75-80. William Best ha criticato questo metodo, sostenendo che non si deve sostituire l'«aritmetica» all'osservazione e all'esperienza, nel giudicare del valore di una prova: cfr. W.M. BEST, *A Treatise on the Principles of Evidence*, Sweet, London 1849, pp. 72-75. Postema ha cercato di riscattare la teoria di Bentham, affermando che il suo soggettivismo deriva dall'unione di un'epistemologia lockiana (come quella che emerge dalla teoria delle entità fittizie) con una teoria della probabilità di ascendenza baconiana. Bentham sarebbe stato costretto, dalla sua stessa teoria, a negare che la probabilità fosse un'entità reale o una proprietà naturale di eventi e dati di fatto: il linguaggio riguardante la probabilità si riferirebbe piuttosto al grado di persuasione di chi parla. Per Postema, questa posizione è chiaramente soggettivista, ma diventa razionalista nel momento in cui Bentham sostiene che anche il linguaggio probabilistico può e deve essere passibile di giustificazione (e quindi di discussione) razionale, perché i giudizi di probabilità sottintendono affermazioni di persuasione, e la persuasione ha per Bentham fondamenti razionali analizzabili. Si veda G.J. POSTEMA, *Facts, Fictions and Law: Bentham on the Foundations of Evidence*, in W. TWINING (a cura di), *Facts in Law* xxxvii, 1983. Per un'esposizione dell'influenza benthamiana su Best, Stephen, Thayer e Wigmore, così come delle critiche e modificazioni di questi alla teoria, si veda anche J.L. MONTROSE, *Basic Concepts of the Law of Evidence*, in *Law Quarterly Review*, Oct. 1954 (ristampato in J.L. MONTROSE, *Precedent in English Law*, Irish University Press, Shannon 1968).

che, se accolte, sarebbe attribuita loro eccessiva credenza»⁴⁶. Bentham si riferisce qui alle «regole di inammissibilità» (*exclusionary rules*) vigenti all'epoca nel diritto processuale inglese, che escludevano dall'esame del giudice intere classi di prove⁴⁷. Queste regole proibivano di ammettere, per esempio, ogni *hearsay evidence*, cioè le testimonianze «per sentito dire» o «di seconda mano». Il divieto posto all'*hearsay evidence* costituiva, e costituisce tuttora, l'aspetto forse più caratteristico della procedura di *common law*: tale divieto si fonda principalmente sul fatto che la testimonianza di seconda mano non può essere messa alla prova mediante *cross-examination* (interrogatorio del testimone da parte avversa), contraddicendo il principio per cui tutte le prove dovrebbero essere controllabili⁴⁸. Un'altra classe di prove dichiarata inammissibile era costituita dalla testimonianza delle parti e di chiunque altro potesse avere un «interesse» in gioco nella causa, compresi, per esempio, i coniugi delle parti. Inoltre, era esclusa – e lo è tuttora – ogni testimonianza che potesse dare inizio a un'azione penale contro il testimone stesso: è il cosiddetto *privilege against self-incrimination*.

Queste regole di inammissibilità, secondo il filosofo inglese, sono tutte ingiustificate e contrarie ai fini della giustizia. Si prenda, per esempio, l'esclusione delle testimonianze a rischio di *self-inculpation*, cioè quelle per cui la parte in causa o un testimone si troverebbe a rispondere in modo da autoaccusarsi. Tali testimonianze non si oppongono ai fini della giustizia, anzi li favoriscono. Non si oppongono di certo al fine diretto, quello di applicare il diritto sostanziale: anzi, costituiscono una prova particolarmente utile a questo scopo. Per quanto riguarda, poi, i fini collaterali che la procedura dovrebbe avere, si potrebbe supporre che ammettere tali testimonianze comporti un rischio di vessazioni inutili; ma

⁴⁶ *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., p. 12.

⁴⁷ Fino al sec. XVIII il diritto comune inglese non presentava ancora una cristallizzazione delle norme riguardanti l'ammissibilità delle prove: fino ad allora i principi sull'*evidence* non erano vincolanti per il giudice, ma costituivano regole di massima che potevano essere disattese in base alle esigenze della causa. Cfr. G.W. Keeton-O.R. Marshall, *Bentham's Influence on the Law of Evidence*, in *Jeremy Bentham and the Law: a Symposium*, cit., pp. 79-100.

⁴⁸ Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., vol. I, p. 717. Bentham è peraltro un convinto fautore del *cross-examination*, come si evince dagli scritti pubblicati e non pubblicati sulla riforma scozzese. In epoca arcaica, invece, le giurie combinavano le funzioni dei moderni giurati con quelle dei testimoni (perché i giurati erano convocati come "persone informate", provenienti dagli stessi luoghi delle parti in causa, che dovevano conoscere il carattere delle parti o anche informazioni di seconda mano); quindi non era possibile un'esclusione generale dell'*hearsay evidence*. Cfr. G.W. KEETON – O.R. MARSHALL, *Bentham's Influence on the Law of Evidence*, cit., pp. 79-80; anche A.D.E. LEWIS, *The Background to Bentham on Evidence*, in *Utilitas*, vol. 2, n. 2, Nov. 1990, pp. 195-219.

non è così. Infatti, se in base alla testimonianza *self-inculping* si deve comminare una pena al testimone, la vessazione che questi subisce non è certo inutile, bensì è giustificata. Non si vede perché si debba rinunciare ad applicare le sanzioni che il diritto sostanziale prevede per chi compie atti illeciti. Dunque, è assurdo che ci si astenga dal fare domande dirette agli accusati, la cui risposta potrebbe confermare le accuse, così come è assurdo concedere il diritto di non rispondere. Per coerenza, bisognerebbe allora proibire qualsiasi domanda a qualsiasi testimone, che contribuisca a portare a termine l'inchiesta e a punire il colpevole⁴⁹. Il confronto con il sistema naturale o domestico di procedura è impietoso:

«nel caso di un servitore, o di un bambino, se si deve indagare in un qualunque caso di supposto comportamento sbagliato, dov'è il capofamiglia, dov'è il maestro di scuola, [...] così debole da prendere per modello della sua condotta, in questo caso particolare, la pratica dei giudici inglesi?»⁵⁰.

L'esclusione delle testimonianze di seconda mano o *hearsay evidence* è semplicemente immotivata: esse possono comunque fornire indicazioni utili al giudice e dovrebbe spettare a lui di valutarne l'affidabilità. Per quanto riguarda, poi, l'esclusione di ogni testimonianza di individui che abbiano un qualche interesse nella causa, si tratta di una palese absurdità. Nell'accezione benthamiana di «interesse», qualsiasi azione umana consapevole è motivata da un interesse a compierla, soggettivamente inteso⁵¹. Dunque, escludere ogni testimonianza «interessata» in quanto tale, significherebbe escludere ogni specie di testimonianza⁵². La critica benthamiana di queste regole d'inammissibilità ebbe un'influenza notevole sui cambiamenti successivi del *law of evidence*, ispirando riforme di cui Lord Denman e Lord Brougham furono i principali fautori. Denman propose l'*act* del 1843 che abolì l'inammissibilità di testimonianze per motivi di interesse. A Brougham si devono l'*Evidence Act* del 1851, e l'*Evidence Amendment Act* del 1853, che di fatto rimuovevano l'inammissibilità delle testimonianze di parenti delle parti, coniugi compresi, nelle cause civili. Per le cause penali, invece, tale rimozione fu effettuata dal *Criminal Evidence Act* del 1898. Quest'ultimo restringeva

⁴⁹ Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., pp. 107-109.

⁵⁰ *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., p. 109.

⁵¹ Sulla nozione benthamiana di interesse si veda J. BENTHAM, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and The Article on Utilitarianism*, ed. A. Goldworth, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 91-92.

⁵² Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., p. 105.

anche il *privilege against self-incrimination*, pur conservandolo per quanto riguardava possibili incriminazioni estranee alla causa in questione⁵³.

Bentham, d'altra parte, non è contrario all'esclusione di prove di per sé, bensì all'esclusione di intere classi di prove⁵⁴. I tre «casi per cui l'esclusione è sempre appropriata» sono: 1) il caso di *irrelevanza*; 2) il caso di *superfluità*; 3) il caso in cui l'esame delle prove andrebbe contro i fini collaterali della giustizia (minimizzare dilazioni, vessazione e spesa)⁵⁵. Del punto 3 si discuterà fra poco. Riguardo al punto 1, bisogna osservare come, per Bentham, *rilevanza*, *ammissibilità* e *ricevibilità* delle prove debbano perlopiù coincidere. Ogni *factum probans* razionalmente connesso al *factum probandum*, che quindi costituisce prova rilevante, dev'essere anche ammissibile all'esame del giudice (nessuna norma procedurale deve renderlo inammissibile) e quindi sempre ricevibile (nel senso di rilevante e insieme ammissibile)⁵⁶. Riguardo al punto 2, la posizione benthamiana è che ogni tipo di prova debba essere vagliata in quanto utile a giungere alla decisione corretta (che applica correttamente il diritto sostanziale), e la prova superflua è quella che non offre, a parere del giudice, nessun lume ulteriore⁵⁷.

Spetta al giudice esaminare tutte le prove che ritiene utili e valutarne l'affidabilità. Ciò che un buon legislatore dovrebbe fare non è legargli le mani con regole, ma indirizzargli consigli e raccomandazioni. Bentham stesso si occupa di stilare una lista, con particolare riguardo per le testimonianze: descrive i motivi e gli interessi che ne possono influenzare la credibilità e mette in guardia contro le forme più comuni di inabilità mentale a testimoniare⁵⁸. Nel campo delle prove Bentham è, per usare una felice espressione di William Twining, un *anti-nomian*: è ostile, cioè,

⁵³ Cfr. G.W. KEETON – O.R. MARSHALL, *Bentham's Influence on the Law of Evidence*, cit.; anche K.J.M. SMITH, *Lawyers, Legislators and Theorists*, Clarendon Press, Oxford 1998, pp. 42-49.

⁵⁴ Cfr. W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 72.

⁵⁵ Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., p. 89.

⁵⁶ Sui concetti di *relevance*, *admissibility*, *materiality* e *receivability* si veda J.L. MONTROSE, *Precedent in English Law*, cit., pp. 286-311. Montrose mostra lo sviluppo dei concetti di *relevance*, *admissibility* e *materiality* attraverso l'opera di Thayer, Stephen e Wigmore, e aggiunge a essi *receivability* per indicare la loro compresenza (Wigmore, per esempio, usava *admissibility* sia in senso stretto che per indicare la combinazione con *relevance* e *materiality*). In particolare, *admissibility* in senso stretto indica la conformità a regole di procedura stabilite in base a una certa *policy*, dato che le regole di inammissibilità del diritto comune potevano escludere anche prove che possedessero comunque *relevance* e *materiality*. Nel caso di Bentham è chiaro che gli unici limiti all'ammissibilità non dovrebbero essere posti da norme rigide di procedura, ma dalla libera valutazione del giudice che cerca di minimizzare ritardo, vessazione e spesa (perseguendo così direttamente questa *policy*).

⁵⁷ Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., p. 89.

⁵⁸ Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., pp. 21-31.

all'emanazione di regole generali⁵⁹ e, di conseguenza, alla promulgazione di norme giuridiche che le riguardino. Tutta la materia delle prove dovrebbe essere regolata da un'unica norma, con un'unica eccezione:

«la regola sarà, 'lasciate entrare la luce delle prove' [*let in the light of evidence*]. L'eccezione sarà, 'eccetto dove il lasciar entrare questa luce è accompagnato da preponderanti inconvenienti collaterali, in forma di ritardo, vessazione e spesa'»⁶⁰.

Il rifiuto dell'esclusione *a priori* di classi di prove deriva dall'assimilazione della questione delle prove giudiziarie a quella delle prove empiriche in qualsiasi altro campo di ricerca, in special modo quello delle scienze naturali, sulla base di un empirismo di stampo lockiano⁶¹. Inoltre, il giudice che accerta i fatti raccogliendo tutta la massa di prove che ritenga utile, sta perseguendo nel modo migliore il fine di massimizzare l'esecuzione delle direttive del legislatore, contenute nel codice di diritto sostanziale, minimizzando il rischio di una decisione sbagliata: ogni elemento di prova può essere utile a impedire, per esempio, l'incarcerazione di un innocente, e spetta al giudice decidere se vagliarlo⁶².

5. *Calcoli di utilità nell'ammissione di prove: la minimizzazione di dilazioni, vessazione e spesa*

L'esclusione di prove è sempre contraria al perseguimento del fine diretto della procedura, perché aumenta il rischio di decisioni errate. Essa, però, può diventare necessaria al perseguimento del fine collaterale di minimizzare dilazioni, vessazione e spesa. In questo campo, quindi, Bentham suggerisce che sia il giudice a valutare costi e benefici, applicando direttamente il principio d'utilità. Per esempio, nel valutare le dilazioni connesse all'esame di una certa prova, il giudice deve bilanciare due opposti danni: da una parte «l'ingiustizia connessa alla decisione sbagliata o al pericolo di decisione sbagliata che sarebbe prodotta dall'esclusione della prova», dall'altra parte «l'ingiustizia collaterale connessa alla quantità di ritardo [...] in cui si deve

⁵⁹ Cfr. W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, cit., pp. 66 ss.; anche W. TWINING, *Bentham on Evidence*, in *Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy*, a cura di G.J. Postema, Aldershot, Ashgate 2002, vol. II, pp. 443 ss.

⁶⁰ *Rationale of Judicial Evidence*, cit., p. 336.

⁶¹ Cfr. W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 52.

⁶² Cfr. *Rationale of Judicial Evidence*, cit., pp. 338-339.

incorrere se, prima della decisione, si concede quella quantità di tempo che si ritiene necessaria alla produzione della prova»⁶³. La dilazione necessaria per la produzione di una certa prova (di cui ancora non si sa con certezza né se esista realmente, né se sia materiale rispetto ai fatti da provare) può andare a danno della parte opposta a quella che ha chiesto la concessione di un periodo di tempo supplementare per tale prova. Spetta al giudice bilanciare «da una parte la materialità, la forza probante [*probative force*] della prova, dall'altra la durata del ritardo», entrambe suscettibili d'infinita variazioni⁶⁴. In questo caso è possibile che si dia un conflitto tra il fine diretto della procedura e i fini collaterali: l'esigenza di applicare correttamente il diritto sostanziale, sulla base di tutte le prove utili, si scontra con l'esigenza di ridurre al minimo le dilazioni e la durata dei processi. Comunque, Bentham suggerisce che tale conflitto si possa risolvere semplicemente col permettere l'ammissione al giudizio di appello di quelle prove che, per ragioni di opportunità, non sono state esaminate in primo grado⁶⁵.

Per quanto riguarda la necessità di ridurre al minimo la vessazione, essa può contrastare con l'esame di prove testimoniali. Infatti, i potenziali testimoni possono soffrire inconvenienti derivanti, per esempio, dall'andare a deporre in un tribunale enormemente distante dal luogo in cui si trovano. A questi si può ovviare con una disposizione più ragionevole delle corti di giustizia sul territorio e con l'ammissione della testimonianza epistolare, laddove non sia necessario il *cross-examination*⁶⁶. Naturalmente, però, anche così può sempre darsi il caso che raccogliere la testimonianza comporti inevitabilmente una pesante vessazione per il testimone. In questo caso spetterà al giudice bilanciare i danni della mancata testimonianza (che colpiscono una o entrambe le parti in causa) con quelli della convocazione del testimone (che colpiscono il testimone stesso)⁶⁷. Anche qui, dunque, si dà un conflitto tra fine diretto e fini collaterali della giustizia, che il giudice deve risolvere applicando direttamente il principio d'utilità. Peraltro, i suoi calcoli e il bilanciamento di

⁶³ *Rationale of Judicial Evidence*, cit., p. 356.

⁶⁴ *Rationale of Judicial Evidence*, cit., p. 457.

⁶⁵ Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., p. 91.

⁶⁶ Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., p. 95.

⁶⁷ Cfr. per esempio *Rationale of Judicial Evidence*, cit., p. 335: «lasciando un barile di immondizia in un punto dove non si doveva lasciare [...] Tizio è incorso in una multa di cinque scellini. Nessuno ha assistito all'evento tranne Sempronio; e [...] Sempronio è andato a cercar fortuna nelle Indie Orientali. Dovrebbe Sempronio essere costretto, se si potesse, a tornare dalle Indie Orientali per la possibilità di sottoporre Tizio alla multa? Chi penserebbe di sottoporre Sempronio alla vessazione?».

danni e vantaggi debbono tenere conto non solo del benessere delle parti e dei singoli testimoni, ma anche del resto della comunità. È questo il caso, per esempio, di quella che Bentham chiama *vexation by disclosure*, cioè la vessazione che consiste nello svelare segreti con possibili conseguenze negative tanto per il testimone quanto per la comunità in generale. In alcuni casi, ammettere o addirittura obbligare alla testimonianza può essere dannoso per la fiducia reciproca dei membri della comunità, o per quella che si chiamerebbe oggi la loro *privacy*:

«tutti i segreti allora finiscono. Da tutte quelle debolezze, la cui dannosità risulta piuttosto dal divulgarle che dal commetterle, la malignità o un'inutile curiosità strappa il velo: a parte coloro che sono assolutamente immacolati, se ce ne sono al mondo, è la fine di ogni reputazione»⁶⁸.

Un caso analogo è quello che riguarda il segreto confessionario dei cattolici. Esso dovrebbe essere rispettato, perché obbligare a testimonianze che violino tale segreto, ma anche semplicemente ammetterle, equivarrebbe in effetti a «una legge penale che proibisce [...] l'esercizio della funzione religiosa in questione» che «sarebbe quindi una proscrizione virtuale dell'esercizio della religione cattolica»⁶⁹. Tali effetti sarebbero assai più nefasti dell'impedimento che la mancata testimonianza porterebbe alla giustizia (civile o penale che sia)⁷⁰.

Infine, bisogna considerare eventuali conflitti tra l'ammissione di prove e la necessità di minimizzare la spesa. A questo riguardo è facile che si presentino asimmetrie e ingiustizie tra due parti in una causa civile, per esempio quando vi sia una grande differenza di mezzi economici, oppure quando le prove a favore di una parte siano reperibili con facilità, mentre per quelle a favore dell'altra siano richiesti costi insostenibili. Anche questa, secondo Bentham, è una ragione per cui il giudice, almeno nei casi civili, dovrebbe calcolare costi e benefici. Nel caso di enormi spese di viaggio, ad esempio, per garantire la presenza di un testimone

⁶⁸ *Rationale of Judicial Evidence*, cit., p. 347.

⁶⁹ *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., pp. 98-99.

⁷⁰ Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., p. 99. È molto interessante notare come Bentham, soprattutto per quel che riguarda la giustizia penale, non consideri questa tutela del cattolicesimo come nociva rispetto ai fini diretti della giustizia, cioè rispetto alla realizzazione della volontà del legislatore espressa nel diritto sostanziale; egli sottolinea, anzi, come tra i cattolici siano stati spesso cercati e trovati dei rimedi che permettano la punizione dei delitti e la compensazione delle vittime, senza violare il segreto della confessione. In questo caso, quindi, la *exclusion of evidence* non andrebbe a favorire i fini collaterali della giustizia a scapito dei fini diretti.

davanti alla corte, sarebbe palesemente ingiusto tanto gravare con queste spese la parte a favore di cui sarebbe la testimonianza, quanto caricarle sull'altra parte; così come sarebbe ingiusto pretendere che a rimborsarle sia la parte riconosciuta nel torto, se la multa da pagare o il risarcimento è di dimensioni decisamente inferiori ai costi della testimonianza⁷¹. Bisogna allora che il giudice decida di non ammettere l'evidenza in questione, nonostante essa possa essere rilevante ai fini di una decisione adeguata. Il sistema procedurale del diritto comune inglese, a parere di Bentham, contraddiceva ogni tipo di calcolo ragionevole di utilità riguardante le spese del processo, e permetteva ai ricchi di «comprare giustizia» ai danni dei poveri. Per esempio, laddove fosse possibile convocare un testimone ricco con una sua spesa irrisoria, per risparmiare a una parte in causa povera un'ingiusta e ingente perdita, la procedura inglese non ammetteva la convocazione obbligatoria del testimone, per evitare a quest'ultimo la spesa⁷².

Come si vede, al giudice benthamiano è lasciata la responsabilità di trovare un equilibrio tra il fine di applicare il diritto sostanziale e quello di minimizzare i «danni collaterali» del processo. Deve applicare direttamente il principio di utilità, soppesando da un lato il rischio che il non ammettere una certa prova comporta per la correttezza della sentenza, e dall'altro lato i danni che l'ammissione di quella prova provocherebbe in termini di dilazioni, vessazione e spesa. In ogni caso, egli non dev'essere vincolato da norme processuali rigide.

Nel 1829 Bentham stilò una proposta, indirizzata al Parlamento, per la costituzione di una corte di equità che agisse secondo la procedura naturale e che sostituisse tutte le *courts of equity* inglesi, ovvero le corti in cui si seguivano procedure differenti da quelle del *common law* e in particolar modo la *Court of Chancery* («Corte della Cancelleria»), facente capo al Lord Cancelliere in persona. La nuova corte benthamiana si sarebbe chiamata *Equity Dispatch Court*. Alla proposta vera e propria (pubblicata da John Bowring come *Equity Dispatch Court Proposal*) fece seguito nel 1831 la redazione di uno statuto di questa corte (*Equity Dispatch Court Bill*), nonostante la petizione sollecitata da Bentham a sostegno della proposta fosse fallita⁷³. Le corti di *equity* inglesi, e in particolare la *Court of Chancery*, erano nate nel medioevo per rimediare a casi in cui le normali procedure di diritto comune sembravano condurre a ingiustizie, ed erano

⁷¹ Cfr. *Rationale of Judicial Evidence*, cit., p. 354.

⁷² Cfr. *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, cit., pp. 101-102: «Il diritto è una lotteria: hai abbastanza soldi per il biglietto? Qua il denaro e tenta la fortuna. I soldi ti mancano? Sta' fermo e fatti rovinare».

⁷³ Cfr. W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. XIII, Sweet & Maxwell, London 1952, pp. 99-100.

inizialmente caratterizzate dall'assenza di norme processuali rigide. La *Court of Chancery* lavorava senza la rigidità procedurale delle altre corti, con un sistema di allegazione (*pleading*) in lingua inglese e libero da tecnicismi; era sempre aperta e senza una sede fissa; aveva la libertà di procurarsi tutte le prove necessarie e di ascoltare di persona i testimoni; le sue decisioni si applicavano al caso singolo senza diventare un precedente vincolante; offriva giustizia anche ai più poveri in modo rapido e senza spese. Tuttavia, tra il quindicesimo e il sedicesimo secolo, con l'enorme incremento delle cause, questa corte soffrì una cristallizzazione, oltre che delle sue procedure, anche del diritto sostanziale in essa applicato: le decisioni divennero precedenti vincolanti. Tale cristallizzazione, e più ancora l'impossibilità per una corte presieduta dal solo Cancelliere di gestire l'enorme massa di casi, fecero sì che nel Settecento essa perdesse completamente i suoi caratteri originari e che diventasse ancora più lenta, dispendiosa e inefficiente delle corti di *common law*. Tra il 1801 e il 1827, sotto il cancelliere Lord Eldon, l'*equity* arrivò a livelli parossistici di lentezza e di vessazione per le parti, cui contribuiva grandemente il sistema di retribuzione degli ausiliari di giustizia (*clerks*) della Cancelleria, che ricevevano le *fees* stigmatizzate da Bentham⁷⁴. La proposta di *Equity Dispatch Court*, dunque, s'inquadrava storicamente nel contesto d'inefficienza e di irrigidimento delle procedure di *equity*; allo stesso tempo, essa era un manifesto del sistema naturale di procedura benthamiano.

Le proposte riguardanti la *Equity Dispatch Court* danno grande risalto alla necessità di libertà da rigide norme procedurali e a quella di attribuire ai giudici poteri maggiori di quelli di cui disponevano. In esse sono contenute, con esempi e argomentazioni,

«istruzioni al giudice, dove, in ogni caso individuale, [...] la libertà concessa da tali istruzioni può essere necessaria, invece dell'obbligo imposto da un gruppo di provvedimenti di legge [*enactments*] generali e *indiscriminati*, che si applichino egualmente a casi tra loro differenti, tali da richiedere ordini e risoluzioni tra loro differenti: per i quali [...] un unico provvedimento non potrebbe servire altrettanto bene»⁷⁵.

Il concetto è ribadito nell'*Equity Dispatch Court Bill*: «questi suggerimenti sono qui proposti come *guida* per il giudice; non, in ogni caso, per imporgli un

⁷⁴ Cfr. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, Bath 2002, pp. 97-115; D. ROEBUCK, *The Background of the Common Law*, cit., pp. 73-78; F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., vol. I, p. 700.

⁷⁵ *Equity Dispatch Court Proposal*, in *Works*, cit., vol. III, p. 300.

*obbligo perentorio*⁷⁶. I suggerimenti e le linee-guida benthamiane intendevano sostituirsi alle norme processuali inderogabili, non solo all'interno dell'*Equity Dispatch Court*, ma in tutto il campo dell'*adjective law*⁷⁷. Quanto ai maggiori poteri che il giudice della nuova corte avrebbe dovuto possedere, alcuni di essi (potere di sospensione, *sistitive*, e potere di avocazione, *evocative*) avrebbero permesso di sospendere procedimenti in corso presso altre corti, per trasferirli presso la *Equity Dispatch Court*. Il potere più interessante, però, era quello punitivo (*punitive*), consistente nella facoltà del giudice di punire chi intralciasse o ritardasse il corretto svolgimento della causa in qualsiasi modo, disobbedendo al suo «potere imperativo»: rifiutando la consegna di documenti scritti quando richiesti, per esempio, o presentando mozioni chiaramente inutili e finalizzate solo alla perdita di tempo, o ancora falsificando prove, testimoniando il falso, continuando a parlare dopo che il giudice abbia imposto il silenzio in aula. Le strategie dilatorie delle parti, dunque, erano rifiutate ed equiparate a gravi reati contro l'amministrazione della giustizia. Quando il *punitive power* non fosse stato sufficiente, il giudice avrebbe potuto disporre anche di un potere di remunerazione (*remunerative power*) per incentivare al rispetto della sua volontà.

6. *Contro lo spirito del processo di common law*

Come si vede, grande è la distanza tra la procedura flessibile, priva di norme generali rigide, auspicata da Bentham e le procedure di *common law*, complesse e che spesso permettono di arrivare a sentenze non fondate sul merito della causa. Tale distanza si deve al fatto che l'idea di diritto processuale sostenuta dal filosofo è radicalmente diversa rispetto alla funzione che esso svolge in un sistema di diritto comune.

«La massimizzazione dell'efficacia esecutiva» data al diritto sostanziale – per Bentham, il fine diretto della procedura – non è ciò che si prefigge il processo di *common law*. Esso, infatti, ha conosciuto solo a partire dal XIX secolo l'adattamento strumentale (e deciso dal legislatore) a funzioni processuali stabilite *a priori*, ossia a fini esterni al processo, come l'applicazione delle scelte legislative; e lo ha fatto comunque in misura minore rispetto agli ordinamenti di *civil law*. Lo spirito del *common law* è, piuttosto, quello di un lento sviluppo organico di procedure ritenute giuste. Molti aspetti processuali arcaici sono sopravvissuti almeno fino all'Ottocento e contro di questi si rivolge la furia polemica benthamiana.

⁷⁶ *Equity Dispatch Court Bill*, in *Works*, cit., vol. III, p. 357.

⁷⁷ Si veda per esempio *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 32: «delle varie regole stilate in questo codice, non ce n'è una concepita per essere considerata inflessibile: non ce n'è nessuna da cui, in caso di necessità, il giudice non possa allontanarsi».

Ancora oggi giorno sussistono eredità medievali, seppure in forma moderna⁷⁸. I principi della procedura indicati da Bentham sono molto più vicini al processo di *civil law*. Il processo è da lui visto come un momento di attuazione del diritto sostanziale, nel quale si esprime la volontà del legislatore. Del resto, la riforma del diritto processuale, a suo parere, non può essere completa fino a che il diritto sostanziale di *common law* non sarà stato sostituito da un sistema di diritto legislativo codificato⁷⁹.

Come mostrato da Mirjan Damaška, nel *common law* il processo non è visto come un momento di attuazione delle scelte legislative, ma come un meccanismo di risoluzione dei conflitti che sorgono tra i consociati. Damaška collega questi due modi diversi di concepire il processo a due forme del potere statale: quella dello Stato «manageriale», nel caso del processo come attuazione di scelte politiche; quella dello Stato fautore del *laissez-faire*, nel caso del processo come risoluzione di conflitti. In linea generale, il diritto comune anglosassone esprime per lui un'idea dello Stato come mero tutore di un ordine sociale da esso indipendente (Stato reattivo), che si limita a fare da arbitro e da risolutore di conflitti. Parziali deviazioni da questi principi sono limitate, come si vedrà, alla procedura civile. Gli ordinamenti di *civil law*, invece, rifletterebero un ruolo «manageriale» dello Stato, il quale stabilisce gli scopi degni di essere perseguiti dalla società nel complesso e vede i processi come momenti di attuazione delle sue scelte (Stato attivo)⁸⁰.

Bentham stigmatizza i complessi meccanismi processuali inglesi, attribuendone l'origine all'interesse corporativo dei giudici, desiderosi di aumentare le occasioni per ricevere onorari. Però, quello che probabilmente non comprende è che quei meccanismi derivano da caratteri fondamentali del *common law*. Se si assume che nel diritto comune il processo è anzitutto un mezzo di risoluzione di un conflitto tra parti, piuttosto che un momento di applicazione delle scelte legislative, si comprende anche la rigida

⁷⁸ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven 1986, trad. it. *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, il Mulino, Bologna 1991, pp. 163-164; anche R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge 1988, pp. 105-106 e nota: per Caenegem il diritto comune inglese mostra reminiscenze medievali che risultano incomprensibili ai giuristi continentali, almeno fin dall'adozione del diritto romano e dal secolo XVI. Un esempio è il *default*, cioè la contumacia: «per secoli il *common law* è rimasto fedele all'idea dell'antico processo germanico, per cui la controversia giudiziaria senza la presenza di un attore e di un convenuto era impossibile (impossibile come un partita di calcio senza una delle squadre). Nessun giudizio poteva essere dato se il convenuto non si presentava. Il diritto poteva mettergli pressione [...] ma non giudicare a favore dell'attore; ciò divenne possibile nel diciottesimo secolo, e sempre a sfavore del contumace» (*ibid.*, p. 146).

⁷⁹ Cfr. *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 16.

⁸⁰ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 133-171.

regolamentazione di ogni fase di questo conflitto. Lo scontro forense tra le parti, che è soprattutto uno scontro tra i loro avvocati, è una contesa disciplinata da regole; per vincerla occorre rispettare tali regole. Le norme di procedura, quindi, sono tutt'altro che accessorie o *adjective*, come le denomina il filosofo inglese; sono, anzi, molto più importanti delle norme di diritto sostanziale.

Per quanto possa sembrare brutale, bisogna ammettere la possibilità che, in questo sistema, la sentenza si giustifichi sulla base del solo diritto processuale, piuttosto che dell'applicazione del diritto sostanziale⁸¹. Chi viola una norma processuale – per esempio, non rispettando i tempi fissati «alla cieca» – perde lo scontro, anche se magari dal punto di vista sostanziale avrebbe ragione. Il dovere del giudice non è quello di applicare le scelte politiche dello Stato, né di perseguire valori indipendenti e superiori al processo contingente. Ciò, ovviamente, è inconciliabile con l'idea per cui il diritto processuale debba avere una giustificazione utilitaristica, sia indiretta (come applicazione di un diritto sostanziale utilitaristicamente giustificato) sia diretta (come minimizzazione degli inconvenienti del processo). Se il principio di utilità pone come scopo la maggiore felicità del maggior numero, il processo di *common law* non s'ispira ad altri valori che il rispetto dell'autonomia e delle garanzie individuali delle parti in causa. Come spiega Roscoe Pound, la tradizione di diritto comune è individualista, nel senso di tutelare i diritti individuali anche a discapito della giustizia sociale; il rispetto dell'individuo giustifica procedure lente e contorte. Dal medioevo essa eredita la teoria della lite forense come leale contesa cavalleresca; la corte deve garantirne il *fair play*⁸².

Gli ampi poteri che Bentham intende attribuire al giudice all'interno del processo contraddicono il ruolo che questi svolge nel diritto comune. Infatti, il giudice benthamiano deve svolgere un ruolo «attivo», del tutto incompatibile col controllo delle parti sulla causa, che il *common law* considera fondamentale. Come si è visto negli scritti sulla *Equity Dispatch Court*, egli può intervenire pesantemente per contrastare strategie processuali che appaiano in conflitto con l'esigenza di pervenire a sentenze fondate nel merito (che richiedono, quindi, una presa di conoscenza della verità fattuale che sia la più accurata possibile). Il processo cessa di essere una contesa fra due parti, ognuna con la sua strategia, in cui il giudice è un arbitro imparziale. Il controllo sul processo passa nelle mani del giudice. Dal momento che,

⁸¹ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 179-182. Damaška si spinge ad affermare che, nel modello del processo come risoluzione di conflitti, l'esattezza sostanziale delle decisioni non è affatto un requisito necessario: l'importante è che una decisione permetta di assorbire un conflitto, nel rispetto delle regole stabilite.

⁸² Cfr. R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, II ed., Beacon Press, Boston 1966, trad. it. *Lo spirito della «Common Law»*, Giuffrè, Milano 1970, partic. p. 15.

secondo Bentham, solo le parti in malafede hanno interesse a strategie processuali che impediscano o rallentino la ricostruzione della verità fattuale, il giudice deve per lui avere il potere e la responsabilità di smascherare e impedire quelle strategie; anche, se necessario, comminando sanzioni per scoraggiarle. Anche l'attribuzione al giudice della massima libertà nella raccolta e valutazione di prove, separa nettamente la prospettiva benthamiana da quella del processo di *common law*. Il giudice benthamiano deve avere poteri investigativi propri del modello «inquisitorio» di processo, laddove lo stile *adversarial* proprio del diritto comune richiede al giudice di essere *super partes* rispetto alla contesa forense tra le parti. Il processo di *common law*, che mira a risolvere un conflitto assicurando regole eque a tutte le parti in causa, prevede per il giudice un ruolo molto più passivo nella raccolta delle prove, in quanto la libera investigazione da parte del giudice sembrerebbe una violazione dell'eguale trattamento delle parti. Del resto, ogni indagine deve partire da un'ipotesi, assumendo la quale il giudice si porrebbe già in una posizione di parzialità a favore dell'una o dell'altra parte⁸³. Alle parti spetta la presentazione delle prove; nel caso in cui una di esse non riesca a presentare una prova a suo favore, di cui pure conosce l'esistenza, non può appellarsi ai poteri inquisitori del giudice per la sua produzione. Il giudice benthamiano, invece, sembra poter intervenire anche e soprattutto in questi casi: ciò che gli preme, infatti, non è la «leale contesa» ma l'accertamento della verità.

Nel processo penale, probabilmente proprio a causa della durezza della sanzioni previste, lo spirito del *common law* attribuisce una importanza ancora maggiore al *fair play* e al «giocare secondo le regole» processuali. Per questo, il potere del giudice di *common law* sullo svolgimento del processo è maggiore nelle cause civili rispetto alle cause penali: è soprattutto in queste ultime, infatti, che il processo si manifesta come momento di risoluzione di un conflitto tra due parti, l'accusa e la difesa. Ciò può finire per ostacolare l'applicazione corretta del diritto sostanziale. Toccherà, per esempio, all'imputato di un processo per rapina a mano armata il compito di sollevare l'obiezione di aver agito sotto violenza, perché minacciato da una terza persona. Le eccezioni difensive debbono essere sollevate dalla difesa. Se l'imputato omette di eccepire di aver agito sotto violenza, egli può essere condannato anche se, nei termini delle norme di diritto sostanziale, dovrebbe essere giudicato innocente⁸⁴. Nella procedura civile, invece, i sistemi di *common law* affidano ai giudici poteri molto ampi e vicini al modello inquisitorio, al punto da superare quelli che molti sistemi di *civil law* attribuiscono al giudice civile: in Italia, per esempio, non gli è permesso di assumere *ex officio* la prova testimoniale né

⁸³ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., p. 208.

⁸⁴ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 368-369.

quella documentale⁸⁵. Sotto quest'aspetto, dunque, il modello proposto da Bentham, è molto più inquisitorio anche di alcuni ordinamenti di *civil law*. Nella procedura civile di *civil law* il giudice assume un ruolo più «passivo» rispetto alle parti, mentre nel processo penale egli assume un ruolo «attivo» e inquisitorio, in quanto lo scopo in vista è l'attuazione delle scelte legislative, non la mera risoluzione di un conflitto⁸⁶. Nel campo dell'assunzione delle prove, alcuni ordinamenti prevedono limiti più stretti all'azione del giudice civile, altri invece gli lasciano maggiore libertà d'iniziativa. In generale, però, negli ordinamenti di *civil law* il processo civile è retto non dal principio inquisitorio, ma da quello dispositivo, per cui alle parti è affidato un ruolo preponderante nella conduzione del processo, non al giudice. Nella maggioranza dei casi il giudice, anche quando può disporre di un mezzo di prova senza istanza di parte, può farlo solo per indagare se i fatti spontaneamente allegati dalle parti siano veri; non può farlo, invece, per scoprire fatti giuridicamente rilevanti che siano diversi da quelli allegati. Negli ordinamenti europei, inoltre, anche dove il giudice abbia il potere di assumere prove d'ufficio è piuttosto raro che lo eserciti⁸⁷.

Tuttavia, almeno una delle proposte di riforma benthamiane rende omaggio in qualche modo al controllo delle parti sulla causa. Essa riguarda la riforma del sistema di allegazioni (i *pleadings*) tipico del diritto civile inglese. Tuttora, prima dell'inizio del processo vero e proprio le parti si consegnano reciprocamente e a turno dichiarazioni scritte, al fine di accertare le questioni di fatto e di diritto da decidere nella causa. Ogni *pleading* inizia col titolo della causa e dichiara concisamente i fatti materiali su cui la parte fa affidamento, ma non le prove da cui debbono essere provati⁸⁸. Come spiega Bentham, i *pleadings* in quanto tali non sono considerati come un tipo di testimonianza o in generale di prova, e a essi è accordata una «licenza di menzogna» (*mendacity licence*) che li distingue dall'*evidence* vera e propria⁸⁹, per la quale è previsto un giuramento e l'obbligo di dire la verità. Per Bentham, la distinzione tra *pleadings* ed *evidence* è del tutto artificiosa. Il sistema di *pleading* è, a suo parere, un esempio di quell' «abuso di scrittura» che caratterizza la procedura inglese: egli propone quindi che «da una parte in causa o in suo nome, nessuno scritto» debba essere accettato «eccetto che nel carattere di prova»⁹⁰. Tuttavia, le allegazioni non vanno abbandonate del

⁸⁵ A differenza di quanto avviene in Austria, in Francia e nel codice federale svizzero, dove il giudice può assumere entrambi i tipi di prova senza istanza di parte. Cfr. M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, il Mulino, Bologna 1969, p. 215.

⁸⁶ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 215-216 e 368-370.

⁸⁷ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, cit., pp. 215-216.

⁸⁸ Cfr. *Jowitt's Dictionary of English Law*, cit., vol. II, p. 1371.

⁸⁹ Cfr. *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 11.

⁹⁰ *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 8.

tutto, ma razionalizzate: egli propone che si usino moduli prestampati da compilare, nei quali sia l'attore sia il convenuto dovrebbero specificare tutti gli elementi che ritengono rilevanti, sia in punto di fatto, sia in punto di diritto⁹¹. Il giudice dovrebbe fare da assistente e consulente, lasciando alle parti il compito di definire tra di loro i termini della disputa⁹². Questo è in accordo con lo spirito del *common law*, in cui il processo è affidato in larga misura al controllo delle parti, considerate le prime ad avere interesse nella composizione della lite. Le loro allegazioni di fatto sono ciò che si deve provare; le questioni di diritto da loro sollevate sono il quadro di riferimento giuridico della decisione finale. In punto di fatto, il giudice non deve svolgere un ruolo inquisitorio, guardando a fatti diversi da quelli contestati fra le parti: deve invece attenersi al suo compito di arbitro di un conflitto. Se una parte decide di non allegare un fatto, o trascura di farlo, non sta al giudice intervenire ad aiutarla: ciò minerebbe la sua immagine di imparzialità⁹³. In punto di diritto, se le parti debbono formulare le questioni di fatto, debbono anche poter sviluppare una strategia processuale relativa a cosa ammettere e cosa contestare. Ciò richiede una valutazione giuridica del caso e di formulare le norme applicabili; a maggior ragione in un sistema di diritto non codificato. I giudici di *common law* sono tuttora poco inclini a esaminare argomenti giuridici, come i precedenti, che non siano stati richiamati dalle parti, o meglio dai loro avvocati. In particolare, è determinante il contributo di questi ultimi nel fornire alla corte argomenti e fonti giuridiche. Al contrario, nel processo degli ordinamenti di *civil law* è in genere il giudice a dover individuare le fonti di diritto rilevanti⁹⁴; anche se, almeno nel processo civile, è comune la definizione della causa in punto di diritto per opera delle parti: a esse è lasciata la disponibilità dell'azione o dell'eccezione, col potere di determinare i loro stessi limiti, dunque anche i limiti essenziali della decisione e del giudicato⁹⁵.

7. L'assenza di garanzie interne al processo

L'*anti-nomianism* benthamiano in materia di procedure si traduce, dal punto di vista dei consociati, nell'assenza di garanzie *interne* al processo. Bentham è piuttosto a favore di garanzie e vincoli *esterni*, come la pubblicità data la

⁹¹ Cfr. *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 28; *Petition for Codification and Justice*, cit., p. 450.

⁹² Cfr. M. LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, Clarendon Press, Oxford 1991, pp. 149-151.

⁹³ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 195-197.

⁹⁴ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 198-202.

⁹⁵ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, cit., pp. 152-155.

processo in ogni sua fase⁹⁶. Del resto, la complicatezza del diritto processuale inglese non costituiva un'autentica garanzia per i consociati, in quanto ai giudici era comunque lasciata un'ampia libertà di scelta riguardo ai meccanismi processuali da applicare: potevano ammettere o escludere le parti alla loro presenza; accettare prove e testimonianze o rifiutarle dietro pretesti formali; applicare o meno il principio di annullamento⁹⁷. Negando che le formalità procedurali costituissero una garanzia per i consociati, il filosofo inglese si distacca nettamente da Montesquieu, cui pure, in molti altri campi, fa riferimento come a un maestro⁹⁸. Nell'*Esprit de Lois*, quest'ultimo ribadiva l'importanza della complicatezza del diritto processuale per la tutela dei diritti degli individui. La semplificazione in questo campo era per lui un segno distintivo del dispotismo⁹⁹. Il modello negativo da lui indicato era il «cadi», il magistrato turco che amministrava la giustizia senza nessuna formalità, rendendosi strumento adeguato di un governo dispotico¹⁰⁰. Bentham, invece, considera il cadì come una figura positiva, un vero e proprio modello di giudice che persegua i fini della giustizia senza vincoli procedurali¹⁰¹. Del resto, l'argomento liberale per cui la complicatezza delle leggi sarebbe garanzia di libertà per i cittadini gli appare assurdo, e con esso egli si

⁹⁶ Cfr. *Principles of Judicial Procedure*, cit., p. 31.

⁹⁷ Cfr. *Letters on Scotch Reform*, cit., p. 14. Ironicamente, Bentham chiama questa libertà «principio della doppia fontana [*double fountain*]»

⁹⁸ Per esempio, l'*Essay on the Influence of Time and Place in Matters of Legislation* è grandemente influenzato dall'opera del pensatore francese. Questo, però, non è l'unico contesto in cui Bentham dissente da Montesquieu: sull'importanza della giuria nel processo, per esempio, il filosofo inglese è decisamente più scettico, pur non rifiutandola del tutto (come si vedrà nel prossimo capitolo).

⁹⁹ *Esprit de Lois*, libro VI, cap. II e III: «se esaminate le formalità della giustizia in relazione alla fatica che fa un cittadino per farsi restituire quello che è suo, o per ottenere soddisfazione di un'offesa, ne troverete senza dubbio troppe. Se le considerate nel rapporto che hanno con la libertà e la sicurezza dei cittadini, ne troverete spesso troppo poche; e vedrete che le fatiche, le spese, le lungaggini, perfino i rischi della giustizia, sono il prezzo che ogni cittadino paga per la propria libertà. [...] Così, quando un uomo si fa signore assoluto, pensa innanzi tutto a semplificare le leggi. Si comincia, in uno Stato siffatto, a essere più colpiti dagli inconvenienti particolari che dalla libertà dei sudditi, di cui non ci si preoccupa per nulla» (C. MONTESQUIEU, *De l'esprit de lois*, Garnier Frères, Paris 1869; trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Rizzoli, Milano 1996, vol. I, pp. 223-224).

¹⁰⁰ Cfr. C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 224. In realtà, Montesquieu confonde il cadì col pascià, come rilevò Voltaire: cfr. *ibid.*, p. 545 nota.

¹⁰¹ Come si vede nei manoscritti benthamiani citati da Gerald Postema in *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., pp. 344-345. In questo caso Bentham intende anche polemizzare con Blackstone, che nei *Commentaries* riprendeva le critiche di Montesquieu al modello turco. Cfr. anche E. HALÉVY, *The Growth of Philosophical Radicalism*, cit., p. 375.

confronta fin dagli anni Settanta del Settecento, riguardo al diritto sostanziale prima ancora che a quello procedurale¹⁰².

Bentham ritiene che non vi debbano essere diritti in ambito procedurale: per lui tutti i diritti soggettivi appartengono alla sfera del diritto sostanziale¹⁰³. Il diritto processuale non deve preoccuparsi di stabilire garanzie per i consociati, ma solo di applicare il diritto sostanziale – includendo i diritti soggettivi che esso stabilisce – col minimo indispensabile di dilazioni, vessazione e spesa. Il filosofo inglese non sembra preoccuparsi del rischio che una procedura così libera come quella da lui auspicata possa violare i diritti individuali riconosciuti dallo stesso diritto sostanziale.

Più in generale, egli non chiarisce alcuni aspetti essenziali del rapporto fra norme sostanziali e disciplina del processo. Come considerare, per esempio, il caso in cui una prova importante sia acquisita in modo illegale? Da quanto si è detto a proposito della mancanza di vincoli di ammissibilità, è evidente che il giudice utilitarista dovrebbe esaminare qualsiasi prova disponibile che permetta di raggiungere una decisione corretta (cioè, una decisione che applichi la volontà del legislatore). Tuttavia, la violazione del diritto sostanziale in questo caso andrebbe sanzionata? Inoltre, deve forse spettare al giudice decidere utilitaristicamente se permettere (e quindi incoraggiare) la violazione del diritto sostanziale per giungere agli scopi del processo? Si tratterebbe, in questo caso, di soppesare la gravità di una violazione e di confrontarla col rischio di giungere a una decisione errata, cioè di disapplicare la volontà legislativa. In ultima istanza, è un bilanciamento tra due violazioni del diritto sostanziale.

Si può ipotizzare che, in base al modello benthamiano, il giudice abbia la responsabilità di scegliere se tollerare una trasgressione al diritto sostanziale (per esempio, l'estorsione illegale di una confessione), col

¹⁰² Infatti, per lui questo argomento è pernicioso e contrasta con la necessaria semplificazione degli *statutes*: cfr. U.C. xcvi 35 e lxx a 90, cit. in D. LIEBERMAN, *Bentham's Digest*, cit., p. 19; si veda anche D. LONG, *Bentham on Liberty*, cit., pp. 65-83.

¹⁰³ Cfr. W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 72. La posizione di Bentham è analoga all'ideologia degli «Stati attivi» di cui parla Mirjan Damaška, per la quale il processo è un mezzo di attuazione delle scelte politiche legislative e non un mero mezzo di risoluzione di conflitti, quale si presenta invece negli «Stati reattivi». Per Damaška, la malleabilità delle regole processuali del primo modello, intesa a liberare le mani agli organi d'applicazione, contrasta con l'acquisizione di diritti processuali per le parti in causa, caratteristica del processo come risoluzione di conflitti, in cui sono le parti a controllare la contesa (e a decidere di quali diritti servirsi, in che modo e in quale momento del processo). Seguendo l'idea che il processo sia un momento di attuazione di scelte politiche, è difficile accogliere e giustificare diritti processuali soggettivi; a meno che, ovviamente, la tutela di questi diritti non sia essa stessa parte delle scelte politiche dello Stato. Cfr. M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 256-257. Bentham non potrebbe che essere d'accordo.

rischio di incoraggiarla per il futuro; oppure, se considerare il male certo di tale trasgressione più «pesante», nel bilancio dell'utilità, rispetto al male incerto che può derivare per il processo dal non ammettere una prova. È evidente che il risultato di tale valutazione utilitaristica cambierà a seconda dei casi: varieranno, infatti, il rischio di costituire un pericoloso precedente, l'importanza della prova illegalmente acquisita ai fini del processo, e così via. Per quanto riguarda la sanzione dell'illiceità probatoria, in questa prospettiva di bilanciamento utilitaristico si può pensare di punire i responsabili dell'illiceità stessa, senza però associare l'inutilizzabilità della prova illecitamente ottenuta. Si tratta di una posizione intermedia, tanto più sostenibile se si esclude ogni garanzia e ogni diritto per le parti in causa in ambito strettamente processuale¹⁰⁴.

Bisogna sottolineare come la mancanza di limiti interni all'azione del giudice nel processo – limiti costituiti da norme di procedura che stabiliscano diritti e garanzie per le parti – configuri un processo di carattere marcatamente inquisitorio, privo di molti di quegli elementi accusatori o dispositivi che non solo caratterizzano le procedure di *common law*, ma sono presenti anche in quelle di *civil law*. Infatti, un «diritto alla prova» è generalmente riconosciuto alle parti in causa, con una parziale restrizione del potere discrezionale del giudice. In questi casi si considera essenziale un criterio di «eguaglianza delle armi» fra le parti in causa e di correttezza processuale, che si manifesta nell'esigenza di equilibrio fra le prove prodotte dalle parti; si richiede, per esempio, che l'accusato in un processo penale possa ottenere l'interrogatorio dei testimoni a suo scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico¹⁰⁵. Il diritto alla prova, inteso come «diritto di difendersi provando», è del tutto assente nel modello procedurale benthamiano, che lascia alla discrezionalità del giudice la scelta di quali prove ammettere. Se il giudice ritiene che un andamento palesemente «asimmetrico» del processo, nel quale le prove a favore di una parte sono esaminate con maggior esattezza e dispendio di tempo, sia favorevole agli *ends of justice*, è perfettamente legittimato a dare al processo tale andamento. Certo, il giudice è sempre vincolato ad applicare il diritto sostanziale

¹⁰⁴ A differenza, per esempio, dell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale italiana, per la quale «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito» (Corte cost., 34/73 del 6 aprile 1973), configurando così un divieto di utilizzazione delle prove assunte in violazione di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana.

¹⁰⁵ È il caso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6 lett. *d*) e del Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14 n. 3 lett. *e*). Sul tema del diritto alla prova in generale cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, III ed., vol. II *Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 98-133.

dunque a perseguire un risultato esatto nel merito; alle parti, però, non è concesso alcun diritto o garanzia sullo svolgimento del processo e sui mezzi coi quali si perseguiranno in esso i «fini della giustizia».

Ciò comporta anche conseguenze negative in termini di certezza giuridica. L'incertezza in ambito procedurale, derivante dall'assenza di norme fisse, non può non riflettersi in un'incertezza dell'applicazione del diritto sostanziale, a differenza di quanto sembra credere Bentham. Come afferma Hans Kelsen nell'edizione del 1960 de *La dottrina pura del diritto*, una proposizione giuridica in realtà non afferma «se un individuo x ha compiuto un certo atto illecito y , gli si deve comminare la sanzione prevista». Piuttosto, essa afferma qualcosa del genere: «se il tribunale competente ha accertato, con un procedimento *regolato dall'ordinamento giuridico*, che x ha compiuto y , gli si deve comminare la sanzione prevista»¹⁰⁶. Dunque, per prevedere adeguatamente le conseguenze giuridiche di un atto o fatto, occorre anzitutto prevedere l'*accertamento* di tale atto o fatto, perché sarà in base a esso che si comminerà la sanzione¹⁰⁷. L'*anti-nomianism* benthamiano, in materia di procedura e soprattutto di prove, rende molto più difficile prevedere come si svolgerà l'accertamento dei fatti e quindi anche il risultato di tale accertamento. Probabilmente, Bentham sottovaluta l'importanza di prevedere *come* si svolgerà l'accertamento dei fatti, al fine di prevedere *quale* ricostruzione ne risulterà, e dunque come sarà applicato il diritto sostanziale.

¹⁰⁶ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), Deutucke, Wien 1960; trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1975, p. 271.

¹⁰⁷ Cfr. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 91-94 e 204 ss.