

LE INDAGINI DIFENSIVE NEL PROCESSO CIVILE E IN QUELLO PENALE LUCI E OMBRE

Il tema di questo intervento è semplice: l'inaccettabilità di qualsiasi discriminazione in materia di indagini difensive e contatto con i testi.

Lo spunto ci viene fornito da un eccellente intervento del Prof. Carpi nel corso della sessione del 30 giugno 2001 dal titolo <<La *testimonianza del processo*>> del ciclo <</i>seminari dell'Avvocatura>> organizzati dal CNF, in cui lo stesso ha confessato di sentirsi a disagio all'idea di esaminare persone destinate a deporre in sede civile.

A titolo di razionalizzazione di tale disagio, ha in particolare indicato due argomenti: il primo, di carattere sistematico-processuale, inerente all'inesistenza di un controesame nel processo civile, che consenta all'avvocato di <<smontare>> la preparazione del teste avversario; il secondo, di carattere deontologico, l'eccezionalità della deroga prevista dall'art. 52, n. 1 del codice deontologico a favore delle indagini difensive in sede penale.

Tale conclusione non ci pare condivisibile, ed anzi ci pare distorsiva, per una serie di motivi.

1) La riconosciuta facoltà del difensore penale di assumere informazioni, raccogliere dichiarazioni, ed interrogare le persone che assume essere informate dei fatti è stata salutata come una fondamentale conquista di civiltà giuridica. Solo attraverso tale strumento, si è detto, viene definitivamente sancita la natura *adversarial* del processo italiano, che si vuole essere un processo di parti, non una mera esteriorizzazione del teatro interno di un giudice onnisciente ed onnipotente.

Ora, intanto che la dottrina processualpenalistica celebra i fasti di tale risultato, e l'avvicinamento della nostra cultura processuale a quella di ordinamenti a tutti ben noti, non fosse altro che per la loro spettacolarizzazione cinematografica, il processo civile, teoricamente da sempre basato sul principio dispositivo, marcia schizofrenicamente verso una progressiva accentuazione dei suoi non pochi tratti inquisitori, apparentemente tra grandi applausi di pubblico e critica.

Già critiche severe erano state mosse agli accenti in tal senso introdotti nel processo del lavoro. La << riforma >> della procedura civile ha inciso poco sul regime delle prove, se non con riguardo alle <<preclusioni>> (ed alla correlata impossibilità in determinate fasi del giudizio di tenere conto di prove decisive pure perfettamente ammissibili in appello) ed all'impossibilità di impugnare i provvedimenti istruttori; ma vi ha inciso, e molto, la cosiddetta legge sul giudice unico, con la previsione, in aggiunta ai già amplissimi poteri dell'istruttore in sede di assunzione dei testi e di interrogatorio delle parti (costrette a presentarsi e rispondere personalmente!), di nuovi poteri relativi alla formulazione della prova testimoniale stessa ed alla identificazione dei testi da esaminare (art. 281-*ter* c.p.c.). Poteri le cui tradizionali giustificazioni, in relazione alla possibile mancanza di difesa tecnica nel processo ed alla natura bagatellare delle questioni dibattute avanti i giudici monocratici, non reggono certamente più una volta che il giudice monocratico è diventato la regola.

Giova notare che nelle sue illimitate esplorazioni inquisitorie alla ricerca della verità, l'attuale istruttore e giudicante civile ben può addentrarsi, almeno altrettanto di quanto lo potesse e lo possa tuttora il giudice penale, in qualsiasi questione lo stesso reputi rilevante al fine del decidere, ivi comprese circostanze che non fanno parte di quanto prospettato dai difensori delle parti.

Questo ci pare enfatizzare, ai sensi dell'art. 21 Cost., il diritto e la necessità dei difensori di indagare le circostanze rilevanti e/o le conoscenze dei (possibili) testi al riguardo anche al di là di quanto sia direttamente a conoscenza del cliente.

2) Ma c'è di più—. La prova storica in sede civile, per come è tuttora strutturata (conferma o smentita di circostanze già precisamente e compiutamente identificate, in capitoli letti dal giudice al teste ed articolati con la tradizionale formula <<vero che...>>) *non* è una prova volta alla investigazione dei fatti o all'acquisizione di informazioni prima non disponibili, ma un rito volto unicamente a documentare il supporto che i testi di ciascuna parte danno, sotto giuramento, alla versione di quest'ultima.

Si potrebbe discutere del valore in certo modo <<ordalico>> di una prova così concepita (simile al ruolo ancestrale dei giurati, dodici pari del processato che intervenivano in sua difesa a limitare l'arbitrio giudiziario), o notare che paradossalmente la prova civile non solo permette, ma *impone* l'uso di *leading questions*. Questo al contrario esatto che nel <<processo di parti>> anglosassone, che le limita (tranne che nel caso di un <<hostile witness>>) al controesame dei testi avversari; mentre quel pallido surrogato di controesame rappresentato dalle <<domande a chiarimento>>, di cui si faccia istanza al giudice per attaccare la deposizione di testi avversari, è forse l'unico caso in cui balena la facoltà di porre <<domande per sapere>> a qualcuno - che di nuovo sarebbero viceversa impossibili in *common law* per chi non abbia inserito il destinatario anche nella *propria* lista testi.

Resta in ogni caso il fatto che la parte del processo civile *non* ha, allo stato del rito vigente, alcuna possibilità di chiamare un teste per chiedergli (o fargli chiedere dal giudice) <<cosa ha fatto Tizio in tale circostanza>>, <<chi ha compiuto l'atto tale>>, <<dove si trovava il tale oggetto o la tale persona>>. I relativi capitoli non verrebbero mai ammessi, in quanto non vertenti su una circostanza precisata in anticipo, e non sarebbe mai possibile apprendere siffatte circostanze (o qualsiasi circostanza) dal processo e nel corso del processo.

Il riconoscimento del diritto alla difesa nel processo civile importa perciò, alla luce della nuova sensibilità in via di maturazione al riguardo, il riconoscimento del diritto del difensore di approfondire anticipatamente il tema della prova da offrire, verificare chi sia in effetti in grado di confermare le circostanze identificate, ed ancora il suo grado di credibilità (se non di plausibile veridicità, come si vorrebbe sempre più contraddittoriamente imporre ad un legale che non dovrebbe aver mai neppure incontrato il teste che va a presentare al giudice).

3) Sappiamo per altro che la prassi va ben diversamente. Ciò che oggi normalmente succede, a fronte dei possibili scrupoli o della... pigrizia del difensore, è che sono la parte o i suoi dipendenti a preoccuparsi (per quanto possono, per quanto sanno) di raccogliere le informazioni utili, segnalare alla persona informata che sarà ascoltata e raccoglierne la disponibilità, ed infine di lavorare al *coaching*, o preparazione, dei testi. A tale operazione

fa seguito la presentazione del teste, che non appena espletate le formalità preliminari alla sua assunzione si sente magari apostrofare dal giudice con c.d. <<domande narrative>>, del tipo <<mi dica quello che sa>>, <<mi racconti a cosa ha assistito>>, ignorando tutto il precedente sottile dibattito processuale sulle virgole e gli aggettivi contenuti nei capitoli cui hanno laboriosamente atteso i patroni delle parti.

Tale tipo di domande, che ancora una volta sarebbero certamente inammissibili negli USA o in Inghilterra se avanzate dall'avvocato di una parte, e costituirebbero motivo di appello se avanzate dal giudice, è noto come molti giudici (ed avvocati) ritengano possano costituire una maggior garanzia della verità e genuinità della deposizione, rispetto ad una serie di dichiarazioni del tipo <<Sul capitolo ennesimo risponde: Sì, è vero>>. E' lecito in contrario ipotizzare che questo esercizio, in cui non è consentito ai legali di interloquire efficacemente, valorizzi invece proprio l'impegno profuso dalla parte nel... preparare il suo teste come un pappagallo, o peggio la motivazione a <<prepararsi>> del teste stesso, raramente indice di un interesse etico alla più fedele ed articolata rappresentazione della verità; e ciò a discapito del testimone effettivamente ignaro e mai avvicinato da chicchessia prima o dopo la notifica della sua citazione a teste. Del resto, l'ipocrisia di tale procedimento, e della sua disinvoltura pretesamente <<penetrante>> ed attenta all'accertamento della verità più che ai <<formalismi>> processuali, emerge infatti plasticamente in tali casi, quando il giudice sbuffa e alza gli occhi al cielo sentendosi rispondere dal teste, interrogato <<su cosa sappia dei fatti di causa>>, che lo stesso... non ha la minima idea su che questioni la causa verta.

Da questo quadro, non è difficile desumere l'implicita quanto sorprendente opinione, di molti giudici ed evidentemente di non pochi avvocati, che l'interazione con i testi *della parte*, anziché *del suo difensore*, darebbe più garanzie in termini di correttezza del contatto.

4) Le possibili distorsioni sono naturalmente aggravate dalla inesistenza assoluta di un qualsiasi voglia procedimento di *discovery*, documentale o di altro genere, nel processo italiano (ad eccezione della indicazione nella pratica poco più che simbolica dei temi di prova su cui si intende esaminare il teste in sede penale). In effetti, nulla assolutamente impedisce che il teste teoricamente presentato per rispondere <<si>> o <<no>> sui famosi capitoli civili, magari opportunamente <<addestrato>>, emetta dichiarazioni e racconti fatti <<a sorpresa>> del tutto assenti dalle allegazioni della parte che l'ha indicato.

Tali dichiarazioni e fatti, se sono rilevanti ai fini del decidere, vengono normalmente verbalizzati ed utilizzati dal giudice al fine del decidere, sia che il teste fosse ritualmente esaminato sui capitoli o a mezzo delle domande <<aperte>> e narrative sopra citate.

Ora, una previa diligente raccolta di informazioni, o almeno il tentativo fallito di raccoglierle, possono in parte prevenire tale situazione, o limitarne le conseguenze, anche sotto il profilo della capacità del difensore di avanzare contestazioni o di verificare la credibilità del teste.

5) Resta la prima obiezione del Prof. Carpi, ovvero che il difensore sarebbe non tanto più scorretto, ma <<troppo bravo>> a preparare il suo teste, e che una diversità di regime rispetto al giudizio penale sarebbe giustificata dall'inesistenza di un controesame, come tale volto a saggiare, ed eventualmente a far crollare avanti al giudice, la credibilità del

teste, come teoricamente dovrebbe avvenire in sede penale, e come normalmente avviene nei paesi in cui il *coaching* delle persone presentate non è solo lecito, ma doveroso per l'avvocato, a pena di accuse di negligenza in sede disciplinare e di rimproveri della Corte il cui tempo viene sprecato per la propria insufficiente preparazione del processo, o meglio del proprio <<caso>>.

Senonché, il nostro inquisitorio codice di procedura eccezionalmente prevede - proprio sotto quest'unico riguardo - all'art. 252 c.p.c. la facoltà delle parti (*restius*, dei loro difensori), di <<fare osservazioni sull'attendibilità del teste>> direttamente, che è tenuto <<a fornire in proposito i chiarimenti necessari>>. Al di là dell'atteggiamento concreto dei nostri onnipotenti istruttori-giudicanti civili, sembra perciò che proprio in questo solo caso all'avvocato sia consentito di interloquire direttamente nell'assunzione della prova, con previsione per di più (per chi potesse dubitare che le relative questioni facciano parte a pieno titolo del materiale probatorio da acquisire al processo) di un preciso diritto a far risultare a verbale le <<osservazioni>> fatte e le risposte date a differenza delle domande <<a chiarimento>> che il giudice può rigirare al teste o meno a seconda se le ritenga <<utili>>. Anzi, rispetto al controesame tradizionale, limitato alle domande indirette ed alle contestazioni (<<Isn't it true that...>>, <<Non è forse vero che...>>), *tale esame diretto del teste pare potersi liberamente estendere a domande a contenuto esplorativo purché* ovviamente pertinenti al punto in questione, che è quello dell'*impeachment* del teste stesso.

In altri termini, il processualcivilista non ha certo ragioni di temere per una minor tutela della posizione della parte contro cui la testimonianza è resa nel relativo processo di quanta ne abbia la stessa parte in un processo penale.

6) Quanto si è detto in materia di processo civile vale a maggior ragione con riguardo all'arbitrato, ove la fisica comparizione dei testi che la parte ha bisogno di sentire non è in alcun modo assicurata (neppure attraverso una loro audizione coattiva da parte del giudice, come avviene in altri ordinamenti), così che di riflesso non ne può essere in alcun modo sanzionata la reticenza; mentre l'assunzione delle prove costituenti è denotata da una ancora più elevata informalità e larghezza.

Mentre il frutto delle indagini difensive, così come quelle di parte requirente, ha un utilizzo limitato alla fase delle indagini preliminari, e in sede di dibattimento sostanzialmente alle contestazioni, tanto il giudice civile che l'arbitro hanno, attraverso la pacifica fattispecie delle prove atipiche, una ben più ampia latitudine nel libero apprezzamento di qualsiasi contributo sia assumibile nel materiale probatorio del giudizio, così che è ben possibile fuori dal giudizio penale tenere conto delle risultanze suddette, certo sottoposte al vaglio di credibilità che non potrà non essere influenzato dalla loro mancata conferma in giudizio, sotto giuramento, o almeno, nell'arbitrato, a seguito di una personale comparizione.

7) E veniamo all'aspetto deontologico. Sappiamo che alcune delle più tenaci resistenze e diffidenze rispetto ad un difensore non più unicamente recettore passivo delle informazioni fornitegli dal cliente (o dal PM!), e spettatore ignaro delle emergenze processuali, si annidano nell'avvocatura stessa. E' Giuseppe Gennaro a ricordare (nella presentazione del libro *Le indagini della difesa*, di Bricchetti e Randazzo, Giuffrè, Milano 2001) come ancora pochissimi anni prima dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del

1989, la giurisprudenza del CNF costantemente <<riteneva lesivo della dignità e del decoro professionali il comportamento dell'avvocato che avvicinava il testimone per acquisire notizie sui fatti di causa, in quanto quel contatto poteva creare suggestioni e turbamenti nell'animo dei testimoni, che ne potevano far venir meno la libertà, la sincerità e la obbiettività necessarie>>!

Sappiamo la sorte di tale orientamento, alla luce di mutamenti legislativi, ormai anche di rango costituzionale, cui gli organi della giustizia deontologica non hanno potuto che conformarsi.

Resta la previsione dell'art. 52, I comma del Codice deontologico, secondo cui <<l'avvocato deve evitare di intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto del procedimento con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti>>. Aggiunge, come se ce ne fosse stato bisogno, il secondo comma: <<Resta ferma la facoltà di investigazione prevista dal codice di procedura penale, nei modi e termini fissati dagli organi forensi>>.

Ora, la deduzione che l'espresso richiamo alla <<facoltà di investigazione prevista dal codice di procedura penale>>indicherebbe un <<divieto di investigazione>> - in particolare nelle forme tipiche della raccolta di notizie non documentate, della acquisizione di dichiarazioni scritte, e della verbalizzazione di informazioni rese da parte dei (possibili) testi - in tutti gli altri casi, non appare plausibile.

Innanzitutto, per un banale argomento letterale. In qualsiasi norma penale o disciplinare, se la fattispecie vietata è <<uscire nelle notti di luna piena armati di una falce dal manico rosso>> non è consentito all'interprete di desumerne che è altrettanto punibile la fattispecie <<uscire di notte>>, qualunque possano essere le sue opinioni sulla *ratio* della norma <<incriminatrice>>. In tal senso, il divieto appare del tutto giustificato nel suo espresso riferimento a situazione oggettivamente patologiche, al limite del plagio, del lavaggio del cervello o dell'ipnotismo, in cui per di più l'operatore agisce deliberatamente per ottenere che il teste taccia il vero o affermi il falso per <<compiacere>> a lui o al suo cliente.

Secondariamente, stanti le garanzie legali e costituzionali che assistono il ruolo della difesa, la pur opportuna regolamentazione deontologica dei comportamenti assunti dall'avvocato nell'interesse del suo cliente pare, rispetto ad altri settori (quali ad esempio quelli attinenti l'avvocato come soggetto economico, la sua vita privata, i rapporti con il cliente stesso), dover essere interpretata nel modo più ristretto e prudente.

Infine, esistono altri argomenti che militano nel senso qui sostenuto. Ad esempio, il comma terzo dell'articolo in commento detta alcune modalità con cui dovrebbe procedere il difensore che intenda convocare o sentire persone informate sui fatti, senza alcun particolare riferimento al processo penale; mentre l'art. 8, sotto la rubrica del dovere di diligenza, recita <<L'avvocato deve adempiere i propri doveri professionali con diligenza. In particolare, il difensore può [*rectius* deve\$] svolgere indagini difensive quando ciò appaia necessario ai fini della difesa del proprio assistito>>, difesa, aggiungiamo noi, in ogni sede, come finisce per confermare (anche se forse il legislatore deontologico voleva dire il contrario) l'inciso successivo <<indipendentemente dalla formale assunzione della qualità di persona sottoposta alle indagini>>.

Infine, sempre con riguardo agli aspetti deontologici, devesi ricordare ancora una volta come in altre, vicine giurisdizioni, sia pacificamente ed illimitatamente possibile (anzi, doveroso) avvicinare i testi, discutere con loro dei fatti di causa, raccoglierne le dichiarazioni. Ora, secondo le regole di <<deontologia internazionale>> che ci paiono applicate nel nostro paese, nulla pare vietare (e di una diversa soluzione sarebbe davvero difficile garantire l'osservanza) che l'avvocato appartenente a tali giurisdizioni provveda, senza mettere piede sul territorio nazionale, ad effettuare tali attività *anche ai fini di giudizi destinati a svolgersi in ultima analisi nel nostro paese*; o quanto meno, nulla impedisce che i risultati di tali attività siano <<spesi>> nel corso di giudizi italiani, con ingiustificato e discriminatorio detrimento della parte più <<provinciale>>.

Per di più, mentre nel campo delle prove raccolte nel processo un *forum shopping* non è sempre possibile, perché possono ostarvi le regole in materia di giurisdizione, nel campo delle indagini difensive non esiste limite alcuno, ed anzi non vi è dubbio che l'avvocato inglese, incaricato da un italiano di assisterlo contro un altro italiano, debba fare tutto quanto è suo dovere ed in suo potere, anche al di fuori ed in aggiunta di quanto chiami a fare il corrispondente italiano munito dello <ic>*jus postulandi*<it> nelle nostre corti che abbia a designare.

8) Né ci pare possa essere efficacemente opposto, ad una visione <<liberale>> e <<non discriminatoria>> del rapporto dell'avvocato con le prove storiche, il consueto mito incapacitante secondo cui il diritto penale è una sfera speciale dell'ordinamento, che <<dibatte dei diritti fondamentali del cittadino>>, come nel caso di una contravvenzione senza vittime, punita con una multa di diecimila lire o con un mese di arresto, certo non paragonabile alla trivialità dei casi in cui si discute della sopravvivenza o della titolarità di aziende che danno lavoro a migliaia di persone, della legittimità di atti governativi che incidono sulla vita di tutti, del risarcimento di lesioni gravissime, etc.

Ciò in particolare alla luce del fatto che le facoltà previste per il difensore dell'imputato sono ovviamente e legislativamente estese a quelli delle altre parti private; e che pare davvero difficilmente discriminabile la posizione della parte civile, del responsabile civile, della parte civilmente responsabile per l'ammenda, o dell'ente esponenziale, rispetto a quelle delle analoghe parti di identica controversia in cui l'azione civile si svolge nella sua sede naturale.

Non si vede in altri termini come possa essere giustificata l'applicazione di regole diverse a chi si trovi a difendere la stessa identica posizione in una sede o nell'altra, per scelte non proprie, o imposte da considerazioni la cui libertà non deve in alcun modo essere influenzata da una siffatta differenza di trattamento.

9) Ciò porta all'ultimo punto che si intende qui trattare, e che riguarda l'impossibilità logica di operare davvero una discriminazione del genere qui ipotizzato in relazione ad elementi certi e non arbitrari.

Ai sensi dell'art. 391-*nonies* dell'attuale codice di procedura penale, l'attività investigativa prevista dall'art. 327-*bis* c.p.p. (che comprende il contatto con i testi che ripugna al Prof. Carpi) <<può essere svolta anche da difensore che abbia ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale>>.

Tale eventualità, ricordiamo, comprende tutti i casi in cui il cliente potrebbe assumere il ruolo di una qualsiasi delle parti private del processo stesso. Ma ciò che è più importante,

la ricorrenza o meno dell'«eventuale» possibilità che un giudizio penale venga instaurato - per esempio a carico del cliente o di persona solidalmente responsabile in sede civile, o dietro querela dallo stesso cliente presentata - è *esattamente il tema da indagare attraverso le ipotizzate investigazioni difensive*, siano esse espressamente richieste dal cliente o dettate all'avvocato dalla sua esperienza, giudizio e coscienza professionale.

Così che il «filtro» ipotizzato da Randazzo nel testo già citato *Le indagini della difesa*, secondo cui l'avvocato dovrebbe stare in guardia da possibili «strumentalizzazioni» da parte del cliente e «valutare» anticipatamente l'eventualità che un giudizio penale si instauri, si ridurrebbe ad una petizione di principio, posto che non è mai possibile escludere l'«eventualità» in questione. O meglio: nessuna indagine è necessaria o possibile, foss'anche a scopi strumentali, quando la disponibilità di notizie e prove sui fatti inerenti al mandato è tale da poterla escludere con certezza. E del resto, stante l'assistenza, nel caso delle indagini ex art. 391-*nonies* dei pur limitati e mediati poteri coattivi garantiti al difensore una volta che tale eventualità è divenuta più concreta, non si vede perché all'avvocato dovrebbe essere vietato di effettuare operazioni che richiedono il consenso degli interessati, certamente inerenti alla sua funzione millenaria e pacificamente consentite a qualunque altro consociato, che può porre domande a chi vuole sugli argomenti che crede, salvo il rischio di non ottenere risposta.

In ogni modo poi, una volta che una informazione o un argomento di prova siano stati raccolti (avvenga ciò in un giudizio penale, in un giudizio o un'indagine straniera, in una «indagine difensiva» regolata dal c.p.p.) il difensore che l'ha ottenuta *se la tiene*, e in sede civile, arbitrale, tributaria o amministrativa la spende come vuole, alla luce del principio del libero convincimento del giudice, e soprattutto dell'assenza, al di fuori del giudizio penale, di un vaglio di ammissibilità della prova precostituita volto a stabilire cosa possa essere utilizzato o meno ai fini del decidere.

In ultima analisi, la nostra facoltà di essere non solo giuristi ma avvocati, occupandoci anche del merito fattuale delle questioni sottopostegli dal proprio cliente, ed interagendo con le relative fonti probatorie, dipende ad avviso di chi scrive unicamente dal tenore formale dell'incarico conferitoci. E francamente ci pare vada benissimo così.

STEFANO SUTTI
avvocato in Milano