

Andrea Panzarola

***Iudex secundum allegata et probata (partium) iudicare debet:*
a proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione**

Iudex secundum allegata et probata (partium) iudicare debet.
About an ancient brocardo and a recent interpretation

ABSTRACT: The work of Joan Picó i Junoy is the starting point to reconsider a traditional legal maxim in relation to the introduction of the evidence in the trial. The Spanish professor excludes that the ancient brocardo under consideration has ever been focused on “*probata partium*” (this would be a later addition due to an inadvertent error or a successive manipulation); therefore, according to him, the function and genesis of this rule must be modified and correct. Many specialist studies have however shown the existence of a binding relationship between the parties and the evidence. The current different formulation of the brocardo reflects the exceptional nature of the judge’s intervention in the *ordo iudiciarius* in accordance with the isonomic structure of judgment during the middle ages.

KEY WORDS: Civil procedure; legal maxim; evidence.

SOMMARIO: 1. Il contributo di Joan Picó i Junoy – 2. Le implicazioni delle tesi del professore spagnolo – 3. Il brocardo esprime il principio dispositivo: la teoria di Nörr esposta nel volume del 1967 – 4. La relazione fra il brocardo e il principio dispositivo negli studi specialistici successivi – 5. Le varie formulazioni del brocardo: un testo di Agostino Berò – 6. Le tematiche toccate dal brocardo e il paradigma genealogico di esso – 7. Il valore concettuale del divieto di *supplere de facto* e il rapporto con il brocardo nella teoria monistica di Richard Schmidt – 8. Alle origini della critica della teoria monistica: il contributo di Friedrich Stein – 9. Supplenza giudiziale *de facto*, divieto di utilizzo del sapere privato e principio dispositivo – 10. La progressiva sottovalutazione del divieto di giudicare “secundum conscientiam” – 11. “Quod non est in actis non est in mundo”: la moderna scuola del diritto naturale e i processualisti tedeschi del *gemeines Recht* – 12. Rilievi conclusivi.

1. *Il contributo di Joan Picó i Junoy*

Sono passati poco più di dieci anni dalla pubblicazione sulla *Processuale* di un importante contributo di Joan Picó i Junoy dal titolo eloquente: “Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca ed italiana”¹. Il lavoro ha suscitato l'immediato interesse della dottrina italiana. Sia pure con una rimarchevole eccezione², sembra che nel nostro Paese gli studiosi abbiano condiviso le conclusioni proposte da Joan Picó i Junoy³.

Pensiamo che il tempo trascorso possa nondimeno favorire la rivisitazione dei risultati della indagine del giurista spagnolo e in particolare permetta di

¹ In *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1497 ss.; nonché Id., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona 2007, spec. pp. 23-92.

² G. Monteleone, *Il giallo del brocardo. Iudex secundum allegata et probata (partium?) iudicare debet, non secundum conscientiam*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, pp. 623 ss., ora in Id., *Scritti sul processo civile*, I, Roma 2012, pp. 429 ss.

³ In tal senso si è ripetutamente espresso M. Taruffo, a partire dalla favorevole recensione del volume cit. retro alla nota 1 in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 1402 (v., fra l'altro, Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, pp. 29-30, pp. 255-256 e note). Cfr. altresì L.P. Comoglio, in *Commentario cod. proc. civ.*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, II, Torino 2012, p. 360 nt. 21, p. 357 nt. 8; P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione della conoscenza*, Torino 2018, p. 84 e nt. 395; L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino 2017, p. 211 e nt. 100. La critica mossa alla tesi di Joan Picó Junoy da parte di Jordi Nieva-Fenoll (*La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, pp. 943 ss., spec. pp. 947 ss.) si pone su un piano in parte diverso rispetto a quello prescelto nel nostro scritto e si traduce nella tesi secondo la quale la aggiunta del termine *partium* non si ebbe nel XIX secolo con Wach, ma almeno 300 anni prima (nel 1561 a Vienna, nella opera del giurista di origine ungherese De Verböczy). Ci limitiamo perciò a registrare che, ad avviso di Nieva-Fenoll, “il principio di iniziativa di parte avrebbe comportato l'esclusione della prova d'ufficio dal processo civile almeno a partire dal XVI secolo”.

riconsiderare il principale fra i temi che ne sono stati indirettamente coinvolti, vale a dire quello che attiene ai modi della effettiva incarnazione storica nell'epoca di mezzo del principio dispositivo⁴, in special modo in rapporto alla introduzione nel processo dei mezzi di prova.

La originalità del saggio di Joan i Picó Junoy non sta difatti nelle pagine dedicate alla determinazione degli estremi del brocardo (poiché moltissimi scrittori⁵ ne avevano per tempo già segnalata la formulazione più frequente nelle fonti – la stessa additata dal giurista iberico come la unica esatta –, una formulazione del resto, almeno in parte, ben presente a chiunque avesse letto la *Relazione* al Re del vigente codice di procedura civile⁶). Originale e ardita è, per converso, la ricerca del professore spagnolo laddove da un lato assume che esista una sola versione esatta (“vera”, Egli scrive in maniera impegnativa) del brocardo e dall'altro qualifica “erronea” la differente citazione di esso, quella per intenderci oggi prevalente, che impone al giudice di decidere “secundum allegata et probata partium”.

In effetti Joan Picó i Junoy fa di più, giacché prospetta la ipotesi che la apparizione fra il XIX e XX secolo di quest'ultima formula – incentrata sul potere delle parti, non solo quanto alle allegazioni, ma anche riguardo ai “probata” – costituisca l'effetto di un errore interessato di alcuni fra i più insigni processualisti tedeschi e italiani: un errore, cioè, che tradisce la volontà di costoro (autentici *Patres* della nostra materia) di giustificare una certa scelta di tecnica processuale accolta nelle moderne legislazioni processuali di impronta liberale – scelta diretta a riservare alle parti tutti i poteri in materia istruttoria – riconducendola arbitrariamente entro la prestigiosa tradizione del diritto comune e del processo cosiddetto romano-canonico.

Notiamo perciò che, se avesse ragione Joan Picó i Junoy, la manipolazione della antica massima avrebbe una decisiva funzione strategica (una funzione strategica – possiamo aggiungere – sovente svolta dagli *adagia* nella letteratura giuridica⁷ pure in campo processuale⁸ e che pertanto non dovrebbe

⁴ O, per dir meglio, di quello che attualmente viene denominato principio dispositivo processuale. Cfr., sulle varie articolazioni del principio, E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile*. I, *Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli 2008, spec. pp. 233 ss.

⁵ Cfr., in particolare, i numerosi contributi di B. Cavallone ora raccolti in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, spec. pp. 143-144, 297, nonché in *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, Pisa 2016, spec. pp. 234 ss., come pure in *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano 2016, p. 93.

⁶ § 13. Tra gli “aforismi dell'antica sapienza”, la Relazione menziona quello secondo cui “iudex secundum alligata et probata decidere debet”.

⁷ Cfr., anche per alcuni esempi, G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino 2003, pp. 34 ss.

⁸ Viene in mente, anzitutto, la massima processuale “unus testis nullus testis”: sorta nell'epoca del diritto comune come norma di garanzia, essa venne interpretata arbitrariamente dagli illuministi (e quindi utilizzata strategicamente nella loro polemica contro il c.d. sistema della prova legale) “nel senso che la conforme testimonianza di due malfattori” “avrebbe determinato automaticamente la

sorprenderci troppo). La presunta manipolazione sarebbe strategicamente volta ad avvalorare una fallace ricostruzione retrospettiva dell'organizzazione dei giudizi nell'epoca di mezzo (quanto alla preminenza dei poteri di parte sull'*officium iudicis* pure in relazione ai modi della introduzione delle prove nel processo) per convalidare l'opzione processuale moderna (ideologicamente connotata in senso liberale) diretta a sottrarre al giudice poteri istruttori officiosi.

2. Le implicazioni delle tesi del professore spagnolo

Proviamo a compendiare in forma di tesi i risultati delle analisi di Joan Picó i Junoy utilizzando le sue stesse parole tratte dall'articolo pubblicato sulla *Processuale*:

a) esiste un “vero brocardo” ed “è il seguente: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”; l’inserimento del lemma “*partium*” è il frutto di una interpolazione successiva (databile a cavallo fra la fine del XIX e l’inizio del XX secolo) dovuta a Wach e ai suoi successori, italiani compresi⁹;

b) è possibile che non di errore involontario si tratti ma della conseguenza della deliberata “intenzione di manipolare la tradizione storica del pensiero giuridico con il fine di adeguarla alla imperante ideologia liberale dell’epoca”¹⁰;

c) la interpolazione del brocardo ne altera il senso, visto che esso – intimamente connesso con la massima “quod non est in actis non est in mundo” – “non intende risolvere il problema riguardante la possibilità per il giudice di avere o meno iniziativa probatoria, considerato che si riferisce al momento finale del processo, quando deve giudicare”; la finalità del brocardo è di obbligare il giudice, nell’emettere la sentenza, a risolvere il caso

condanna di un innocente” (B. Cavallone, *La borsa di Miss Flite*, cit., pp. 254-255; si è del resto sottolineato che “il sistema della prova legale, così come viene presentato nella letteratura, è una invenzione dei riformatori del Settecento”: I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell’età medievale e moderna*, Milano 1995, p. 40). Possiamo altresì menzionare, nel campo del processo penale, la notissima formula “beyond any reasonable doubt” (“beyond any reasonable doubt”): stando ad una recente tesi (J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven - London 2008) la massima dell’oltre ogni ragionevole dubbio – sorta per assicurare la salvezza dell’anima dei giurati dal pericolo di dannazione nel caso di condanna ingiusta – si è trasformata negli ultimi secoli (con la secolarizzazione della società) in regola (posta a garanzia dell’accusato) di *factual proof*.

⁹ J. Picó i Junoy, *Iudex iudicare debet*, cit., pp. 1498, 1509, 1518. Nello stesso modo si spiegherebbe pure la mancata riproposizione della parte finale dell’antica massima concernente il divieto per il giudice di decidere secondo coscienza.

¹⁰ Ivi, p. 1518. La veduta “liberale” di A. Wach in materia probatoria (quale espressa all’indomani della entrata in vigore della “nuova” codificazione processuale tedesca) è sinteticamente illustrata da D. Unger, *Adolf Wach (1843-1926) und das liberale Zivilprozessrecht*, Berlin 2005, pp. 177-178.

controverso sulla base “di ciò che era stato dedotto e provato nel processo”, “senza che la sua scienza privata potesse modificare ciò che era stato veramente allegato e provato”¹¹.

Da questa esposizione compendiaria appare evidente che la tesi del giurista spagnolo si proietta sul presente, sia che la si intenda nella sua versione che denomineremmo “debole” – basata sull’idea dell’errore involontario nella ricezione moderna del brocardo –, sia – e a maggior ragione – nella sua declinazione “forte”, imperniata addirittura sul sospetto di una manipolazione strategica della antica massima con l’obiettivo di ricostruire surrettiziamente il passato per renderlo conforme a certi obiettivi moderni di disciplina del processo, influenzati dalla ideologia di impronta liberale.

Seguendo il percorso segnato da Joan Picó i Junoy si giunge a suggerire che, come non è mai esistito un brocardo incentrato sul sintagma “*probata partium*”, così non esiste una tradizione storica che riserva fundamentalmente alle parti ogni iniziativa istruttoria (sottraendola al giudice), con la conseguenza che ogni discorso in proposito può oggi svolgersi in una *tabula rasa* e comunque senza l’ipoteca di venerabili esperienze secolari passate.

Si capisce che se esperienze siffatte siano invece esistite ed esistendo si siano perfino dipanate per secoli, non sarebbero qualcosa che possa essere mai dimenticato o rimosso. Sarebbero invece l’indimenticabile che deve restare sempre presente in chi si adoperi – in un processo civile a tipo dispositivo – a distribuire (e magari a farlo innovativamente) i poteri rilevanti (compresi quelli istruttori) tra le parti e il giudice. In questo quadro – che è quello da noi proposto in queste pagine – il nostro brocardo ha il grande merito – nella formulazione adesso corrente – di rammentarci quel passato, in un’epoca, quale la nostra, che registra una progressiva marcata marginalizzazione¹² del principio dispositivo nelle sue numerose articolazioni.

3. Il brocardo esprime il principio dispositivo: la teoria di Nörr esposta nel volume del 1967

La determinazione della funzione e della genesi del brocardo dal solo divieto per il giudice di utilizzare le sue conoscenze extragiudiziali, che le ipotesi di Joan Picó i Junoy sembrano dare per scontata, va verificata e probabilmente corretta.

Visto che ci si trova all’incrocio di competenze disciplinari differenti,

¹¹ Ivi, p. 1518. Il che darebbe ragione del fatto che, nelle fonti, si allude al nostro brocardo soltanto nei luoghi nei quali viene illustrata la decisione del giudice.

¹² V., se vuoi, A. Panzarola, *Il principio dispositivo preso sul serio (a proposito di un recente volume)*, in *Giust. civ.*, 2017, pp. 701 ss.; Id., *Una lezione attuale di garantismo processuale: le lezioni messicane di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pp. 162 ss.

conviene riferirsi agli studi degli storici del processo. Può essere d'aiuto rivolgersi a quella che ancora oggi è la più rigorosa descrizione della "posizione" del giudice (nel processo civile ed in quello penale accusatorio¹³) nell'epoca di mezzo. Vogliamo dire della *Habilitationschrift* di Knut Wolfgang Nörr del 1967 (*Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Index secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*¹⁴), nella quale il compianto studioso monacense – per quanto ammonisca l'interprete a non utilizzare categorie elaborate successivamente per investigare l'esperienza storica passata¹⁵ – impiega nondimeno alcune massime forgiate dalla tarda scuola giusnaturalistica secoli dopo. Sostiene in particolare che il nostro brocardo si costituì nell'epoca di mezzo in piena armonia con i dettami della *Verhandlungsmaxime*. Nörr non esita ad impiegare questa massima moderna perché gli elementi che essa racchiude (fra i quali segnatamente quello che lascia alle parti il controllo sulle prove) costituiscono – per unanime convincimento di legisti e canonisti – il fondamento ultimo e decisivo su cui riposa l'*ordo iudiciarius* medievale e insieme la struttura essenziale sulla quale si regge la paremia in esame e verso la quale convergono i nuclei tematici nei quali la stessa si articola.

Come mai allora nella lezione più diffusa del brocardo non vi è alcuna menzione "delle parti" a proposito del divieto per il giudice di decidere "secundum allegata et probata"¹⁶? Perché lo si dava per scontato ("dies war nie bestritten"¹⁷). Semplicemente non rappresentava (e non avrebbe rappresentato almeno sino a Bartolo da Sassoferrato) un nodo problematico: come l'allegazione dei fatti spettava solo alle parti, allo stesso modo incombeva soltanto su di esse – "dies war nie bestritten" – "den erforderlichen Beweis zu erbringen"¹⁸. (D'altronde non si può fare a meno di evidenziare che questa conclusione appare suffragata *more logico* dalla stessa collocazione nel brocardo dei *probata* a fianco degli *allegata*: essendo pacifico che la *allegatio* sia da intendere come "utriusque partis assertio"¹⁹ e potendo

¹³ Come noto, non vi sono state per lungo tempo differenze fra i due processi. Sulla loro progressiva diversificazione v. L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Turnhout 1994, pp. 43 ss.

¹⁴ München 1967. L'opera di Nörr conduce, a nostro sommo avviso, a risultati diversi, se non opposti, rispetto a quelli indicati dagli autori citati *retro* alla nota 3. Più avanti menzioneremo altri lavori più recenti nei quali Nörr (scomparso purtroppo il 15 gennaio 2018) ha ribadito e precisato le vedute espresse nell'*Habilitationschrift* del 1967.

¹⁵ Ivi, pp. 13-15.

¹⁶ Sulle varie declinazioni del brocardo v. *infra* § 5. Come il titolo del lavoro di Nörr del 1967 suggerisce, in origine la paremia non contemplava i *probata* ma solo gli *allegata*.

¹⁷ Ivi, p. 66.

¹⁸ Ivi, p. 66. Sulla posizione di Bartolo da Sassoferrato v. *infra* § 9.

¹⁹ Ivi, p. 24 nt. 36, 30; nonché, più diffusamente, Id., *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York 2012, pp. 177

sussistere pertanto soltanto *allegata partium*, non si può fare a meno di dedurne che pure la menzione, accanto agli *allegata*, dei *probata* impone di giustapporvi il riferimento alle parti).

Quanto detto è rispondente al modo nel quale operavano i giuristi dell'epoca di mezzo. I *doctores* erano tutt'altro che proclivi alla elaborazione sistematica astratta, ed erano invece immersi nelle controversie che la pratica offriva (mobilitando per risolverle i loro *topoi* e i loro *exempla*). La conclusione illustrata è senza dubbio accreditata nelle pagine di Nörr, ad esempio quando scrive che – se la discussione intorno alla nostra paremia in rapporto alla *richterlichen Suppletion*²⁰ aveva per una certa fase espresso uno degli aspetti della *Verhandlungsmaxime* (vale a dire la introduzione nel processo delle fattispecie rilevanti per la decisione) – la mancata enunciazione dell'altro profilo della *Verhandlungsmaxime* – e cioè il potere monopolistico delle parti nella introduzione delle prove – dipese dal fatto che su di esso non vi erano dissensi ed era comunemente (quantunque indirettamente) riconosciuto: “die andere Folgerung was insofern mittelbar anerkannt, als der Lehre von der Beweislastverteilung der Grundsatz immanent ist, die Beschaffung der Beweismittel sei Sache der Parteien”²¹.

Le conseguenze paiono rilevanti. Gli *allegata* e *probata* – che figurano nel brocardo dal tempo delle origini – non possono che essere “*partium*”, perché il monopolio delle parti su ambedue i profili è un tratto intrinseco della esperienza processuale nell'epoca di mezzo. Tanto gli *allegata* quanto i *probata* – presenti nel brocardo – non possono essere assunti in un *vacuum* giuridico, vuoto di ogni determinazione, perché ciò contrasterebbe (prima ancora che con ragioni logiche, che comunque imporrebbero di specificare la fonte di siffatte allegazioni e prove) con prassi e teoria del processo nell'epoca di mezzo e in fondo con il comune sentire dei giuristi che posero le basi del brocardo, nei quali premeva la convinzione, vorremmo dire il sentimento, della posizione preminente delle parti all'interno di un giudizio strutturato come un ordine isonomico.

Non ci può essere insomma alcuno scarto o sconnesione nel brocardo – quale determinatosi storicamente – fra le parti e i loro poteri, da un verso, e le allegazioni e le prove sulle quali il giudice deve basare la decisione, dall'altro verso. Una riprova lampante sta nel fatto che i *doctores* procedettero alla elaborazione dei contorni dell'*officium iudicis* avvertendo il carattere eccezionale della iniziativa del giudice nel processo (la quale “wird als Besonderheit empfunden”²²). Essi non costruirono invece un concetto corrispondente per

ss.

²⁰ Sul punto v. *infra* §§ 7-9.

²¹ K.W. Nörr, *Zur Stellung*, cit., 93.

²² Ivi, p. 102.

le parti poiché, essendo convincimento universale che il processo fosse “cosa delle parti” (“Sache der Parteien”²³), non si sentì la necessità di articolare concettualmente quel che era indiscusso praticamente (“das officium der Parteien ist Verfahrensgrundlage allgemeinsten Art, ist die Regel”²⁴: una regola, questa, che, essendo insita nella intera realtà processuale medievale, non può non avere impresso il suo segno latente pure sull’antico brocardo).

4. La relazione fra il brocardo e il principio dispositivo negli studi specialistici successivi

Anche gli studi specialistici successivi hanno confermato questo nesso cogente fra le parti e le prove. Pensiamo, fra gli altri, a due autori assai noti proprio per le loro ricerche sul diritto probatorio nell’epoca di mezzo: R.C. van Caenegem e Susanne Lepsius. Il primo è convinto che nel nostro brocardo prende forma un elemento qualificante e fondamentale del processo nell’epoca di mezzo, quel “party control over allegations and proof” poi ricondotto nella c.d. *Verhandlungsmaxime*²⁵. La seconda studiosa richiama l’attenzione sul fatto che la nostra paremia “von allen mittelalterlichen Autoren in Sinne der Dispositionsmaxime verstanden wurde”²⁶. La limitazione nell’*ordo iudiciarius* alle sole parti dei poteri istruttori si riannoda alla modalità stessa di prospettazione degli *articuli*²⁷, “in denen die Parteien ihren Klageantrag in Einzelpunkten vorbrachten und für jeden einzelnen Punkt ein Beweisangebot vorlegten”²⁸.

Knut Wolfgang Nörr, dopo il celebre studio del 1967, è poi ritornato ripetutamente negli anni successivi sulla paremia, in particolare precisando i

²³ Ivi, p. 102.

²⁴ Ivi, p. 102. Una trattazione organica dell’*officium iudicis* nel processo “romanico-canonico” è svolta dal medesimo a. in *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., pp. 54 ss.

²⁵ R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, cap. 2, Tübingen-The Hague-Paris-New York 1973, p. 14.

²⁶ S. Lepsius, *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato. Mit Edition*. Frankfurt am Main 2003, p. 27; v. anche, nello stesso senso, Ead., *Von Zweifeln zur Überzeugung. Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato*, Frankfurt am Main 2003, p. 35.

²⁷ Sugli “articuli” e sulle “positiones” v., in breve, L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum*, cit., 46; R.C. van Caenegem, *op. cit.*, 18; nonché, ampiamente, K.W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., spec. pp. 140 ss.; G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, Milano, 1925-1927, III/2, pp. 309 ss. Le implicazioni generali di questi meccanismi processuali sono delucidate (relativamente alla concezione retorica della prova giudiziale e al ruolo passivo del giudice nell’*ordo iudiciarius* medievale) da A. Giuliani, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading* (1962), ora in *L’educazione giuridica*, 2^a, a cura di Picardi e Martino, Bari 2008, pp. 217 ss., spec. pp. 230, 232.

²⁸ S. Lepsius, *Der Richter und die Zeugen*, cit., p. 111.

risultati delle precedenti ricerche nel volume monografico del 2012²⁹ dedicato al processo (che l'autore desidera chiamare) "romanico-canonico" (*Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*).

In quest'ultimo lavoro Nörr espone sinteticamente l'idea (diffusamente argomentata nello studio del 1967) che la tessitura interna del processo "romanico-canonico" (icasticamente raffigurata da Picardi e Giuliani come ordine isonomico) ubbidisce tanto al principio attualmente denominato dispositivo in senso sostanziale (la c.d. *Dispositionsmaxime*) – rispecchiato nel brocardo *ne eat iudex ultra petita* – quanto al principio che con linguaggio moderno viene denominato *Verhandlungsmaxime*, riflesso (sia pure non solo) nel brocardo che stiamo ora esaminando³⁰.

L'operare di ambedue i principi menzionati è da Nörr così sunteggiato: "wie sich der Richter an das von den Parteien gestaltete Streitprogramm zu halten hatte, so war er in seiner Urteilsfindung grundsätzlich auch auf das Vorbringen der Parteien und ihre Beweisführung angewiesen, wie beides nach den Regeln des Verfahrensrechts stattzufinden hatte"³¹.

Nel potere fondamentalmente monopolistico delle parti di allegare fatti e introdurre prove nel processo Nörr indovina (tramite l'impiego del termine moderno *Verhandlungsmaxime*) il carattere peculiare del processo "romanico-canonico" medievale e al contempo ne fissa le fondamenta in due paradigmi di cui è manifesta (per ragioni sulle quali indugeremo) la mutua implicazione: da un lato la supplenza giudiziale ("Die richterliche Suppletion") *in facto* (il "supplere de facto"), dall'altro lato la pemia "iudex secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam iudicat"³².

Il massimo studioso del tema, pertanto, nel riportare il brocardo, non esita a farlo (come era già significativamente accaduto a Richard Schmidt³³) inserendovi il richiamo alle allegazioni e alle prove "delle parti" ("partium"), proprio quel richiamo alle "parti" stigmatizzato da Joan Picó i Junoy ed elevato a prova della "colpa" di una eminente teoria di Maestri del processo civile.

²⁹ Il volume (citato *retro* nt. 19) è apparso come contributo alla *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*. Una sintetica esposizione delle origini della procedura romano-canonica si può leggere in R.C. van Caenegem, *op. cit.*, p. 16, nonché in L. Fowler-Magerl, *op. cit.*, p. 29. Rinviamo a quest'ultima autrice anche per la dimostrazione che l'*ordo iudiciarius* medievale (diversamente da quello romano, che costituiva una estensione della pubblica autorità) era considerato dai *doctores* il luogo nel quale hanno un posto preminente i poteri delle parti: Ead., *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriffe und Literaturgattung*, in *Repertorium zur Frühzeit der gelehrten Rechte*, vol. 1, Frankfurt am Main 1984 (Ius commune. Sonderheft 19), p. 28.

³⁰ K.W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., pp. 188 ss.

³¹ Ivi, p. 188.

³² Ivi, p. 188.

³³ V. *infra* §§ 7-9.

D'altronde anche in altri due scritti Nörr fa lo stesso e, nel primo di essi, nell'evocare "i paronimi tramandati dalla tradizione del diritto comune" ed enumerandone due (l'altro è "ne ultra petita"), insiste a citare il nostro brocardo nella lezione – che il professore spagnolo considera erronea – che fa obbligo al giudice di giudicare "secundum allegata et probata partium". Lo stesso avviene nel secondo scritto, nel quale Nörr – per sottolineare che il baricentro del processo della Chiesa nell'epoca di mezzo coincideva con l'attività delle parti – allude alla massima secondo la quale "iudex secundum allegata et probata partium iudicat"³⁴.

Segno evidente che Nörr – conformemente alle conoscenze personalmente maturate in molti anni di studi sul tema delle origini della paremia sulla base delle fonti raccolte in modo certosino (fonti in gran parte riprese dagli studiosi successivi³⁵, che forse le utilizzano perfino più di quanto lascino intendere) – ritiene che il riferimento alle allegazioni e alle prove "delle parti" ("partium") non alteri affatto il senso del brocardo e ne delucidi o, piuttosto, valorizzi invece la effettiva portata.

Non c'è alcun errore o, peggio, manipolazione nella citazione attuale della paremia, se si considera la funzione da essa effettivamente svolta. Così la pensava verosimilmente, a suo tempo, anche Richard Schmidt, che aveva studiato in profondità le fonti e ne aveva offerto un cospicuo florilegio in un noto saggio (di cui diremo³⁶) del 1892 (oltretutto diretto a circoscrivere la portata della *Verhandlungsmaxime*). Ebbene, nel *Lehrbuch* del 1898 Schmidt – ben consapevole del fatto che la lezione più diffusa del brocardo non menzionava le parti – non esita a proporre (come avrebbe poi fatto lo stesso Nörr) la versione attualmente in uso del brocardo, per la quale il giudice deve

³⁴ Il primo scritto che abbiamo evocato è K.W. Nörr, *Vizioz e Morel. Rénovateurs della scienza giuridica processuale francese e il contributo di Chioevenda*, in Id., *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, con pagine introduttive di M. Ascheri e N. Picardi, Roma 2013, p. 89 (testo già pubblicato parzialmente in tedesco negli scritti in onore di Jan Schröder, con il titolo *Henry Vizioz und René Morel: zwei Erneuerer der französischen Zivilprozessrechtswissenschaft*, in *Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag*, a cura di Kiehnle, Mertens e Schiemann, Tübingen 2013, pp. 469 ss.). Il secondo scritto ricordato nel testo è: K.W. Nörr, *Prozeßzweck und Prozeßstypus: der kirchliche Prozeß des Mittelalters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen*, ora in Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, Goldbach 1993, pp. 87 ss., p. 90 e nt. 7. Appare rimarchevole che – nello stesso momento in cui richiama la nostra paremia – Nörr rinvii espressamente alla contrapposizione (elaborata da A. Giuliani e N. Picardi) fra ordine isonomico (al quale va ricondotto l'ordo iudiciarius medievale) e ordine asimmetrico.

³⁵ E dallo stesso Antonio Padoa Schioppa, nel suo noto contributo *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen* (1999), ora in Id., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 251 ss. Si fermi l'attenzione sul fatto che anche secondo questo autorevole studioso (ivi, p. 254) la discussione connessa al nostro brocardo concerneva la portata della (successivamente denominata) *Verhandlungsmaxime*.

³⁶ V. *infra* in nota e nel testo (§§ 7-9).

giudicare “secundum allegata et probata partium”³⁷.

Quanto detto può bastare per ridimensionare se non proprio respingere le tesi radicali di Joan Picó i Junoy e può probabilmente costituire il punto di partenza per accondiscendere alla tesi secondo cui i tre termini menzionati – “allegata et probata”, da un verso, “partium”, dall’altro – intrattengono tra loro, dal tempo delle origini nel diritto comune, una segreta solidarietà, che si tratta di ulteriormente comprendere e giustificare nelle pagine seguenti.

5. *Le varie formulazioni del brocardo: un testo di Agostino Berò*

Vi è nella idea che sussista una lezione “esatta” di una paremia un fraintendimento circa la sua natura che induce a confonderla con gli assiomi del diritto naturale moderno e con i principi dell’ordinamento positivo. Né in quelli né in questi può però essere imprigionata la flessibilità di un brocardo (o – che è lo stesso – di una paremia, di una massima, di un adagio, di un aforisma, di un apoftegma, di un ditteo, di un distico, di un canone, ecc.).

Nel nostro caso, per quanto sia da una certa data in avanti la più frequente, non vi è una unica formulazione del brocardo. Si conoscono invece svariate lezioni i cui elementi caratteristici si trasformano e si invertono, si congiungono e si disgiungono, ora sono presenti ora assenti. Basti dire che nel riferirsi alla antica massima nel suo volume del 1967 Nörr non menziona i “probata”: “iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat”. Ma capita che mutino (come si arguisce pure dal lavoro di Richard Schmidt³⁸) anche il modo del verbo giudicare e il posto assegnatogli nella massima (“iudex iudicet secundum allegata et probata”). Cambia sovente anche la citazione delle allegazioni e delle prove, come quando si impone al giudice di giudicare “ex probationibus et allegationibus”. E via seguitando, con una pluralità di varianti – emerse nel corso di una riflessione plurisecolare – che è qui evidentemente impossibile inventariare³⁹.

³⁷ R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig 1898, p. 353 (dove si legge che “iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet, non secundum propriam conscientiam”). Lo stesso si può osservare per la successiva edizione del volume: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^a, Leipzig 1906, p. 432. La circostanza è ben presente a J. Picó i Junoy, *Iudex iudicare debet*, cit., p. 1505 e nt. 48 (osserviamo solo che l’a. omette di precisare che lo stesso R. Schmidt – a p. 266 del celebre saggio del 1892 che citeremo *infra* al § 7 – richiama il brocardo nella formulazione oggi corrente che menziona i “probata partium”).

³⁸ V. *infra* §§ 7-9.

³⁹ Notiamo soltanto che (nell’ambito di un dibattito nel quale hanno un ruolo pure i teologi morali) si diffonde col tempo l’espressione “secundum acta et probata”. Abbiamo esaminato la ristampa del 2017 (Reink Books) della *Quaestio iudicialis Secundum acta et probata, an secundum scientiam iudicandum sit?* (1658) del teologo e filosofo tedesco Jacob Schaller.

All'inizio, per di più, la paremia appare – nella sua formulazione che diremmo inaugurale – con inversione degli elementi quali siamo abituati ora a conoscerli in una *quaestio* canonistica della collezione di Grenoble nota come “*Prior consensu fratrum*”⁴⁰: essa è precisamente sottesa all’interrogativo “an secundum conscientiam vel potius secundum allegata iudex iudicare debeat” (dove il termine coscienza è anteposto agli *allegata*, senza alcun richiamo ai *probata*).

Più che proseguire nella enumerazione delle numerosissime lezioni del brocardo, preme segnalare piuttosto che, con la progressiva astrazione dell’attività del giudice (quale che sia la data esatta in cui ciò accade, nella consapevolezza del ruolo decisivo svolto da Azzone⁴¹), muta anche la declinazione del termine “coscienza” contemplato dal brocardo. Non è più tanto o solo la “coscienza” del giudice *ut homo* acquisita fuori del processo che il brocardo considera, vietando al giudice di utilizzarla nella decisione (“non secundum conscientiam”). Il fatto è che scompare progressivamente la “persona privata” del giudice a vantaggio dell’ufficio che egli ricopre (e cioè della “persona pubblica”). Ne discende l’emersione della locuzione coscienza “*ex actis informatam*”, che, diversamente da quella ottenuta *ut privatus*, il giudice può ben impiegare ai fini della decisione.

Ci sono capitate sotto gli occhi le “*Quaestiones iuris variae ac selectae*” del 1572⁴². In questa miscellanea lionese sono raccolte numerose questioni esaminate nel corso dei secoli precedenti, “*in utranque partem*”, da una folta schiera di giuristi. È notevole, nell’ambito della *Quaestio* 134, che l’autore – Agostino Berò – affermi significativamente che il giudice deve giudicare “*secundum conscientiam suam informatam ex probationibus et allegationibus partium factis coram ipso*”.

Ebbene, ci sembra che il collegamento istituito espressamente fra le prove e le parti non possa essere trascurato e debba essere invece enfatizzato. Mentre contraddice frontalmente l’idea che nelle fonti – anteriormente al XIX sec. – non ci siano formulazioni del brocardo che correlino i *probata* alle parti,

⁴⁰ Sulla quale v. A. Padoa Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, cit., p. 255; si vedano anche le fonti esaminate da D. Maffei, *Il giudice testimone e una “quaestio” di Jacques de Revigny* (*MS Bon. Coll. Hisp.* 82), in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1967, pp. 54 ss., spec. pp. 61 ss. e note (la *quaestio* è riprodotta alle pagine 74-75), ora in Id., *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, pp. 65 ss., spec. pp. 72 ss. e note, nonché (per la *quaestio*) pp. 85-86.

⁴¹ K.W. Nörr, *Zur Stellung*, cit., pp. 30 ss. Sul tema v. anche *infra* nt. 53.

⁴² Lugdunum 1572, *Quaestio* 134. L’autore è Agostino Berò (1474-1554), professore a Bologna di diritto civile e canonico. La raccolta di *Quaestiones* che stiamo esaminando (e di cui abbiamo riprodotto il titolo solo in parte) è menzionata da F.C. v. Savigny, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, trad. it. di E. Bollati, 2^a, Torino 1854-1857, vol. I, p. 472; vol. III, p. 477. La miscellanea lionese è stata impiegata da E. Gianturco nella sua *Crestomazia di casi giuridici ad uso accademico*, Napoli 1884, rist. anast. Bologna 1989, con lettura introduttiva di F. Treggiari, *Itinerari della casistica. La Crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, spec. pp. XXXVII-XXXVIII.

il testo che abbiamo citato delle “Quaestiones“ dovrebbe indurre a maggiore cautela coloro che attualmente sostengono siffatta idea. Se è stato sufficiente l'esame superficiale delle fonti (da parte di chi storico del processo non è) per verificare che ci sono luoghi nei quali figura quel raccordo dei *probata* con l'attività delle parti che Joan Picó i Junoy esclude, è possibile, se non probabile, che nelle mani esperte degli storici del processo potrebbero moltiplicarsi gli esempi (anteriori alla fine del XIX sec.) di contenuto identico a quello da noi riprodotto.

6. Le tematiche toccate dal brocardo e il paradigma genealogico di esso

Il nostro brocardo, per così dire, “topisch vagierte”⁴³. Non per niente Nörr ripetutamente afferma che attorno alla paremia vi è, non uno, ma un complesso di problemi (il giurista tedesco allude⁴⁴ ora a un “Themenkreis” ora a un “Problemkreis” ora a un “Fragenkomplex”). Tali problemi trovano soluzione nei commenti degli antichi *doctores* in luoghi disparati delle fonti. Nörr pertanto invita lo studioso moderno a non isolare i singoli temi e lo mette in guardia dal pericolo di sovrapporre la propria inclinazione sistematica unificante alla sfrangiata “Titelsystematik”⁴⁵ propria dei *doctores* (che disegna una topografia delle relazioni nelle fonti fra le varie tematiche toccate dalla massima che può sorprendere l'osservatore moderno). In caso contrario, infatti, non solo si indulgerebbe in un indebito “proiezionismo” (guardando al passato con gli occhi di oggi), ma si finirebbe per rendere indiscernibili i molteplici centri controversi che la paremia sottintende.

La prestazione specifica della teoria di Nörr è di propiziare una articolazione fra nuclei tematici racchiusi nelle parole del nostro brocardo. La comprensione della portata della paremia, nei suoi vari svolgimenti e nelle sue plurime implicazioni, presuppone una corretta individuazione della localizzazione nelle fonti dei temi che essa interseca. Non gli compete – ammonisce a più riprese Nörr – un unico *locus*, come viceversa sembra suggerire Joan Picó i Junoy⁴⁶.

In definitiva, sin dal momento della sua elaborazione, il nostro brocardo si

⁴³ K.W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., p.188.

⁴⁴ K.W. Nörr, *Zur Stellung*, cit., pp. 27, 28, 36, 37, 93, ecc.

⁴⁵ K.W. Nörr, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁶ Anzi, negli ultimi anni gli studiosi hanno ricondotto al nostro brocardo anche temi ulteriori rispetto a quelli indicati da K.W. Nörr: si pensi alle indagini di James Q. Whitman (su cui v. *retro* nota 8) sulla origine della formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio, condotte sulle fonti raccolte dallo stesso Nörr. Gli studi di S. Lepsius quanto alla intersezione della problematica del libero convincimento con il nostro brocardo sono per di più condotti in antitesi con la veduta espressa da Nörr nel 1967: v. *infra* nota 63.

riferisce ad una fenomenologia processuale relativamente ampia, iscritta nella prassi e testimoniata dalla riflessione dei giuristi. Vi è comunque un paradigma genealogico fondamentale che Nörr⁴⁷, come detto, qualifica con il termine significativo di *Verhandlungsmaxime*, che ai suoi occhi comprende, tra le sue articolazioni, la assegnazione esclusiva alle parti del potere di introdurre le prove nel processo.

La semplice considerazione da parte del professore spagnolo del *locus* della decisione ad opera del giudice – in relazione al divieto di usare la scienza privata – pare insufficiente a dar ragione del fenomeno che dovrebbe spiegare. Non gli consente di verificare le connessioni ed i rimandi che la paremia suggeriva o addirittura imponeva. Perché senz'altro essa imponeva un collegamento con la tematica (esposta alle più diverse *distinctiones*) del *supplere de facto*, la quale a sua volta rinviava (oltre che al problema delle domande suggestive e del *richterlichen Fragerecht*) alla determinazione degli estremi dell'*officium iudicis* ed implicava ancora la problematica della rimessione del processo ad altro giudice e quella della riconsuazione, ecc.

Ciascuno di questi temi può essere compreso solo se non si prescinde dalla *Verhandlungsmaxime*. Prendiamo le prime sistemazioni della supplenza giudiziale *in facto*. Spicca la posizione espressa da Piacentino nella *Summa codicis*. Ebbene, occupandosi di un passo del *Codex* relativo all'assenza dell'appellato nel giudizio di secondo grado, egli ammette senza limitazioni la supplenza di fatto anche in civile. Tiene però ben distinti i ruoli delle parti e del giudice e – cosa notevole – “bestätigt die Beweispflicht der Parteien”⁴⁸. Più ampiamente, mentre i giuristi mettono in connessione la supplenza con le domande del giudice e si pongono il problema delle domande suggestive, consentono su quella supplenza soltanto se essa si eserciti “in forma iudicii” (“de facto autem potest iudex supplere, si constat ei de facto in forma iudicii”⁴⁹): vale a dire, se la supplenza si eserciti sulle allegazioni e sulle prove “partium”.

⁴⁷ Seguito da molti altri studiosi. Abbiamo fatto i nomi di Lepsius, van Caenegem, Padoa Schioppa, ecc. Vogliamo citare anche P. Landau, *Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Kooperationsmaxime*, in *Festschrift für Rudolf Wasserman*, Darmstadt 1985, pp. 727 ss., ora in Id., *Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter*, Badenweiler 2013, pp. 623 ss.: “Historisch reicht die Verhandlungsmaxime in ihrem Sachinhalt bis in das gelehrte Prozeßrecht des Mittelalters zurück, wo ihre Regeln von den Juristen als Konsequenz der Parömie “iudex secundum allegata, non secundum conscientiam iudicat” verstanden wurden” (*ivi*, p. 623). Nella *Addenda* del settembre 2012 (*ivi*, p. 631 e nt. 1), Landau ribadisce (di nuovo in sintonia con le ricerche di K.W. Nörr) che la *Verhandlungsmaxime* “ist bereits im gelehrten Prozessrecht zu finden”.

⁴⁸ *Ivi*, p. 19.

⁴⁹ *Ivi*, p. 22 e nt. 27. Sarà in particolare la scuola anglo-normanna a delucidare questo nodo problematico, che anche il canonista Ugucione – dopo Piacentino – non aveva chiarito, giacché, mentre vietava l'impiego senza limiti da parte del giudice di conoscenze stragiudiziali, dall'altro lato gli assegnava il potere di effettuare la supplenza di fatto in corso di causa. Si istituì così il collegamento – destinato a durare nel tempo – fra la supplenza di fatto e il “richterlichen Fragerecht”: K.W. Nörr, *Ivi*, pp. 48 ss. (e, in rapporto a Piacentino, pp. 19 ss.).

7. *Il valore concettuale del divieto di supplere de facto e il rapporto con il brocardo nella teoria monistica di Richard Schmidt*

Abbiamo posto in rilievo le ragioni del latente collegamento fra gli *allegata* e i *probata*, da un lato, e la iniziativa delle parti, dall'altro. Vogliamo ora sottolineare che quell'aggiunta testuale ("partium"), mentre restituisce al brocardo il suo senso proprio, contribuisce ad orientare l'interpretazione anche di uno dei profili più complessi e ambigui dell'edificio del diritto processuale nell'epoca di mezzo, vale a dire la supplenza giudiziale circa i fatti.

Non si può fare a meno pertanto di determinare il valore concettuale del *supplere de facto* perché questa supplenza giudiziale incrocia – come hanno dimostrato gli storici, ad iniziare da Nörr – in misura variabile la fissazione stessa dei termini intorno ai quali sono organizzati gli *allegata* e i *probata* sui quali il giudice (come insegna il nostro brocardo) deve giudicare prescindendo dalla sua coscienza. Il tema oltrepassa gli obiettivi di questo scritto e dobbiamo limitarci all'essenziale. Lo stesso Alessandro Giuliani si è mantenuto sul punto (come Taruffo ha non senza ragione evidenziato⁵⁰) su di un piano di prudente genericità, pur avendo esattamente colto – con non comune sensibilità – il peso determinante del divieto di supplenza giudiziale *in facto* per separare l'esperienza processuale dell'epoca di mezzo da quella successiva⁵¹.

Ora, si capisce che se si collega il nostro brocardo con la problematica del *supplere de facto*, se si assume poi l'esistenza di un divieto di *supplere de facto* e in pari tempo si sostiene che la problematica della supplenza giudiziale *in facto* concerne *esclusivamente* il divieto per il giudice di utilizzare nel processo le sue conoscenze extragiudiziali, si perviene al doppio e connesso risultato, da un lato, di sovrapporre integralmente (come se si trattasse di cerchi concentrici di eguale estensione) l'area interessata da quel brocardo e da quel divieto, e,

⁵⁰ M. Taruffo, *Contro la "veriphobia". Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 995 ss., p. 997. A proposito di una delle critiche rivolte dall'a. alle tesi di A. Giuliani (voce *Prova in generale. Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, pp. 518 ss., pp. 521 ss., p. 529), vale comunque la pena notare che almeno nella opera di Bartolo da Sassoferrato (v. *infra* § 9, in corrispondenza della nt. 71) vi è in effetti coincidenza fra supplenza in fatto e prove disposte d'ufficio. In termini generali, non si può non essere d'accordo con B. Cavallone quando nota acutamente – in *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 107 ss., spec. p. 114 – che Giuliani, a proposito della *suppletio de facto*, "adotta una nozione abbastanza generica e formulata in termini esclusivamente negativi".

⁵¹ Anche M. Vallerani è dello stesso avviso: *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005, p. 45 (in rapporto ovviamente al processo penale accusatorio), 86 (ove la notazione secondo cui la massima per cui "iudex non potest de facto supplere" "regola l'intero ordo iuris").

dall'altro lato, di concludere che il brocardo sotto esame vada letto come se escludesse soltanto l'utilizzabilità del sapere ottenuto dal giudice fuori del processo e non avesse alcuna attinenza con il tema della provenienza (se dalle parti soltanto o anche dal giudice) dei *probata*.

Tale era l'impostazione di Richard Schmidt. Questo giurista versatile (la cui prestazione intellettuale passa disinvoltamente dal diritto processuale al diritto pubblico⁵² ed incrocia ripetutamente la storia del diritto) riversa i suoi diversi talenti e le sue distinte competenze disciplinari nel densissimo saggio – di poco precedente a quello celeberrimo del 1893 di Stein sulla scienza privata del giudice – sulle “osservazioni stragiudiziali del giudice” (*Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters*) apparso nel 1892 nel secondo volume dello *Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß*.

Quando a metà dell'ampio saggio⁵³ inizia finalmente la trattazione (intessuta di fitti rimandi alle fonti) della genesi del famoso brocardo nell'età di mezzo, si capisce che Schmidt procede isolando la tematica del *supplere de facto*, indicando i casi nei quali in rapporto a tale supplenza sussiste un divieto e insieme lasciando intendere – cosa rimarchevole – che nella costruzione del brocardo ha un peso determinante quel divieto, per giunta coordinato soltanto alle conoscenze acquisite dal giudice fuori del processo. In altre parole, secondo questo scrittore (tenacemente proclive a ridurre il peso della *Verhandlungsmaxime*⁵⁴) il divieto di impiegare la scienza privata da parte del giudice (che non può giudicare – stando al nostro brocardo – *secundum conscientiam*) coincide con il divieto, che grava sul medesimo, di *supplere de facto*⁵⁵. Ne deriva che il significato concettuale di questa supplenza finisce

⁵² M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, München 1999, trad. ing. *A History of public law in Germany, 1914-1915*, Oxford 2008, spec. p. 296 e nt. 250 (per ulteriori riferimenti). A causa delle sue molteplici competenze (che comprendono anche il diritto e la procedura penale) Schmidt (professore a Freiburg sin dal 1891 e poi a Leipzig dal 1913 sino al ritiro nel 1932) è stato considerato da Willibalt Apelt come “l'ultimo grande enciclopedista”.

⁵³ R. Schmidt, *Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters*, cit., spec. pp. 283 ss. Il successivo lavoro di Nörr sulle fonti ha ridimensionato l'importanza del contributo di Schmidt, il quale, fra l'altro, ha esagerato il ruolo di Giovanni Bassiano (*ivi*, pp. 285-286) rispetto a quello del suo allievo Azzone. Sul peso decisivo di quest'ultimo v. *retro* nt. 41. Non può essere sottaciuto, in ogni caso, che Schmidt coglie esattamente (*ivi*, p. 286) il fatto che Azzone distingue fra conoscenze ottenute dal giudice *ut iudex* e *ut privatus*.

⁵⁴ Per cogliere appieno le conseguenze della prestazione intellettuale di R. Schmidt occorre collegare le sue specifiche vedute teoriche in materia processuale con la generale curvatura autoritaria della sua *Staatslehre*, ancora più evidente in epoca nazionalsocialista. Rinviamo sul punto al volume di T. Duve, *Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900. Historisch-systematische Untersuchung des Lebens und Werks von Richard Schmidt (1862-1944) und der Methodenentwicklung seiner Zeit*, Ebelsbach 1998, spec. pp. 168 ss.

⁵⁵ Ragioni di spazio impediscono di argomentare a fondo tale convincimento, che si desume però chiaramente dalla indagine storica condotta da R. Schmidt, *op. cit.*, spec. pp. 285 ss.; nonché dalle pagine che egli dedica alla esposizione della sua tesi monistica, una tesi – come già evidenziato – che mette da parte la *Verhandlungsmaxime* (*ivi*, pp. 297 ss., spec. p. 304 e nt. 68), così come la questione

inevitabilmente per essere assorbito – e così smarrire ogni proprio valore euristico – nel contenuto di quel brocardo laddove proibisce la decisione “secondo coscienza”, consentendola solo sulla base di quanto allegato e provato. Ma in pari tempo anche il famoso brocardo viene neutralizzato nelle sue potenzialità esplicative, finendo così per riflettere in via esclusiva il divieto per il giudice di utilizzare le sue conoscenze extragiudiziali.

8. *Alle origini della critica della teoria monistica: il contributo di Friedrich Stein*

Per uno di quei casi singolari della vita, al saggio di Richard Schmidt segue pochi mesi dopo, nel 1893, l'opera fondamentale di Friedrich Stein (*Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*⁵⁶), che sin dalle prime righe della introduzione muove proprio da Schmidt e dal suo lavoro dell'anno precedente. Del resto, siamo in un periodo fecondissimo di ricerche sull'argomento, se è vero che Josef Kohler, in un breve e brillante scritto del 1894 (*Ueber notorische Thatsachen*⁵⁷), sottopone a serrata critica il volume di Stein (anche quanto al punto capitale della sua teoria laddove, come risaputo, differenzia fatti notori e massime di esperienza).

Qui interessa ora il confronto fra Stein e Schmidt. Ebbene, per quanto Friedrich Stein dichiara nella introduzione del proprio libro sulla “private Wissen des Richters” di accogliere le conclusioni proposte da Richard Schmidt, in una nota a piè pagina⁵⁸ ne mostra un grave limite, di non avere cioè adeguatamente valorizzato il fatto che il nostro brocardo⁵⁹ contiene due proibizioni: da un lato la proibizione che si riallaccia a quel complesso di precetti modernamente racchiusi nella espressione *Verhandlungsmaxime*, e che riserva alle parti il monopolio nella allegazione dei fatti e nella introduzione delle prove; dall'altro lato, la proibizione che esprime un precetto di diritto probatorio: “daneben steht das reien beweisrechtliche”. La apparente oscurità

(che vi è sottesa) della titolarità dei poteri istruttori (*ivi*, p. 276), anche in rapporto al notorio (*ivi*, pp. 272 ss., p. 277 e nt. 20, in fine). Altri aspetti saranno sottolineati *infra* in nota e nel testo.

⁵⁶ Leipzig 1893 (rist. Aalen 1969), pp. 1 ss.

⁵⁷ Ora in *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, Berlin 1894 (rist. Aalen 1980, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*), pp. 68 ss. È risaputo il collegamento fra il tema investigato in queste pagine e la problematica del notorio: v., se vuoi, il nostro contributo *Il notorio, la judicial notice e i “concetti” di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 610 ss., spec. pp. 614 ss. Lo stesso J. Kohler aveva affrontato anni prima la questione: v. *Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, Mannheim 1888, rist. Aalen 1969, pp. 26 ss.

⁵⁸ F. Stein, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, cit., p. 3 e nt. 7.

⁵⁹ *Ivi*, p. 1, nella prima pagina della introduzione riporta la lezione corrente del brocardo (*index iudicet secundum allegata e probata partium*). Schmidt, come sappiamo, nel suo saggio del 1892 si era riferito (salvo che in un caso: v. *retro*, nota 37) alla formulazione del brocardo che non menziona le parti.

di quest'ultimo richiamo (nel quale il sostantivo è presupposto) si dissolve se si legge quanto poco prima nella introduzione⁶⁰ Stein aveva scritto a proposito del divieto per il giudice di utilizzare le conoscenze extragiudiziali: se tale divieto mancasse, vi sarebbe quella indebita confusione tra giudice e testimone che proprio Schmidt aveva posto a fondamento esclusivo del divieto per il giudice di giudicare *secundum conscientiam*, attingendo, cioè, al suo sapere privato ottenuto al di fuori del processo.

Se su questo punto Stein è d'accordo con Schmidt, è sull'altro profilo già indicato che la differenza tra i due è evidente, considerato che solo il primo autore, ma non il secondo (che imposta e fonda la sua tesi togliendo di mezzo ogni riferimento al principio dispositivo in senso processuale), è incline – come detto – a rintracciare nella nostra massima l'espressione della *Verhandlungsmaxime*⁶¹.

Non deflette, come veduto, da questa impostazione Nörr, il quale anzi valorizza al massimo il richiamo alla *Verhandlungsmaxime* (salvo poi considerare il divieto di scienza privata nel prisma della inconciliabilità dei due ruoli di giudice e testimone, che sarebbero confusi tutte le volte in cui il giudice usasse le sue conoscenze extragiudiziali: *idem esset iudex et testis*⁶²). Analogamente Susanne Lepsius ritiene – come abbiamo scritto in precedenza – che il nostro brocardo era inteso dai *doctores* (“von allen mittelalterlichen Autoren”, scrive precisamente la storica del processo) quale espressione del principio dispositivo (pur dissentendo da Nörr circa il rapporto che il nostro brocardo, laddove vieta la decisione “*secundum conscientiam*”, intrattiene con la questione del libero convincimento del giudice nella epoca di mezzo⁶³).

⁶⁰ Ivi, pp. 1-2.

⁶¹ Con i precetti che ne discendono, i quali – come Stein mostra ripetutamente di sapere: ivi, p. 3 e nt. 7 –, non solo non trovano applicazione nel moderno processo penale, ma subiscono eccezione anche nel processo civile.

⁶² K.W. Nörr, *Zur Stellung*, cit., p. 28 nt. 53, p. 23 nt. 31, pp. 77 ss.

⁶³ S. Lepsius, *Der Richter und die Zeugen*, cit., p. 27 e nt. 87; Ead., *Von Zweifeln zur Überzeugung*, cit., pp. 35-36 e nt. 105 (in rapporto alla contraria opinione espressa da Nörr, *Zur Stellung*, cit., pp. 62-64). Contro una diffusa (e risalente) veduta, la studiosa enuncia la tesi secondo la quale nell'epoca di mezzo il giudice poteva valutare liberamente la prova testimoniale. In senso conforme v. altresì, in connessione con l'obbligo di decidere secondo coscienza, M. Schmoedel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln/Weimar/Wien 2000, pp. 286-287. Per ulteriori riferimenti v., se vuoi, il nostro *Il notorio, la judicial notice e i concetti di prova*, cit., pp. 624-625.

9. *Supplenza giudiziale de facto, divieto di utilizzo del sapere privato e principio dispositivo*

Joan Picó i Junoy in effetti si pone sulla scia di Richard Schmidt⁶⁴, il quale, non a caso⁶⁵, escluse che il divieto di giudicare *secundum conscientiam* e il correlativo obbligo di decidere in base agli *allegata* e *probata* avessero alcuna attinenza con la *Verhandlungsmaxime* ed affermò invece che essi si risolvevano in un precetto di diritto probatorio indipendente dalla massima citata e innestato sulla incompatibilità fra i ruoli rispettivamente di giudice e di testimone.

Senonché le fonti (le fonti dei giuristi dell'epoca di mezzo sulle quali Joan Picó i Junoy basa il suo *j'accuse*) contraddicono questa impostazione⁶⁶. Ciò ci conduce nuovamente al lavoro del 1967 di Nörr, il quale ci ha mostrato che il *supplere de facto* non è oggetto nelle fonti sempre di un divieto per il giudice che concerne le conoscenze che egli abbia ottenuto fuori del processo. Ciò incrina la tesi che definiremmo “monistica”, la quale – come sappiamo⁶⁷ – sulla premessa testé menzionata riconduce la portata del nostro brocardo al solo divieto per il giudice di utilizzare le proprie conoscenze extragiudiziali.

In altre parole, contrariamente alla tesi di Schmidt, la nostra paremia non coincide con il divieto di *supplere de facto* perché questa supplenza, se da un lato non è oggetto nelle fonti sempre di un divieto⁶⁸, dall'altro lato si manifesta (incidendovi) sul piano delle allegazioni e deduzioni effettuate in giudizio dalle parti. Posto cioè il collegamento (ma non la sovrapposizione) fra la paremia e il *supplere de facto* viene naturale domandarsi in che modo questa supplenza sia effettuata: se precisamente essa – fermo restando che non può attingere alla “coscienza privata” del giudice – possa o meno decampare dalle prove introdotte dalle parti.

⁶⁴ Non vi è però una motivata e neppure esplicita adesione alla tesi di Schmidt. Notevole è, in proposito, quanto osserva B. Cavallone – in *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, cit., p. 235 – secondo il quale la interpretazione del famoso brocardo ad opera della dottrina moderna – “nel senso specifico di *Verhandlungsmaxime*, cioè del monopolio delle parti sulle iniziative istruttorie” – muove da “una concezione ideale e teorica estranea alla sua formulazione originaria”. La nostra impressione (che abbiamo cercato di illustrare in queste pagine) è invece che gli stessi *doctores* medievali avvertivano che il nostro brocardo era inseparabilmente congiunto con quel potere monopolistico.

⁶⁵ V. *retro* §§ 7-8.

⁶⁶ Come notò per primo Stein e ha successivamente dimostrato Nörr, seguito da molti altri, tra i quali vale la pena citare una volta di più Peter Landau nel citato contributo per la *Festschrift* per Rudolf Wassermann cit. *retro*, nota 47.

⁶⁷ V. *retro* § 7.

⁶⁸ Ciò che R. Schmidt ovviamente sa benissimo (v. *Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters*, cit., pp. 284-285). Al contempo però istituisce il collegamento fra il brocardo e il divieto e su questo fa perno la sua tesi complessiva.

Il nostro brocardo, quando sia inteso nel modo in cui lo intendevano i *doctores*, si eleva a cartina di tornasole per affrontare il problema della supplenza giudiziale *in facto* ed enuclearne le condizioni applicative. Possiamo riprendere come esempi due situazioni che abbiamo già considerato⁶⁹ e che si pongono all'inizio e in prossimità della fine dell'arco storico esaminato da Nörr a proposito della posizione del giudice “im gelehrten Prozess der Frühzeit”.

Il primo esempio è rappresentato dai contributi dei *doctores* che, ammettendo la supplenza *in facto* del giudice e in pari tempo vietando ad esso di utilizzare la sua scienza privata, circoscrivono i poteri che sovrintendono alla supplenza medesima ai *probata* delle parti. In tale prospettiva, la supplenza che il giudice disimpegna, mentre è circoscritta rigidamente dalle iniziative istruttorie delle parti, si realizza attraverso la tecnica del c.d. “richterlichen Fragerecht”. Quanto abbiamo già osservato *retro* (par. 6) a proposito della interpretazione della posizione di Piacentino da parte di Nörr sembra confermare questa conclusione (così come la corrobora la affermazione sul contributo successivo della scuola anglonormanna: una eventuale “Suppletionspflicht de facto mündet in die Beweisführungspflicht der Parteien, damit in die Verhandlungsmaxime”⁷⁰).

Il secondo esempio riguarda la “specialissima” posizione di Bartolo, che qualifichiamo in questo modo perché, per la prima volta, nelle sue pagine è contemplata, in talune particolari ipotesi, la introduzione officiosa di prove nel processo (nel processo penale, in effetti, d'impronta accusatoria). Ebbene, nello stesso tempo in cui si riferisce al giudice e alle conoscenze da lui acquisite *ut iudici*, Bartolo ammette, a certe condizioni, l'attività istruttoria *ex officio* del giudice, ponendola esplicitamente in connessione diretta con il *supplere de facto*: “...tunc iudex potest supplere de facto, inducendo probationes pro absente...”⁷¹.

Ecco la ulteriore dimostrazione che il *supplere de facto*, non concernendo le conoscenze extragiudiziali del giudice ed essendo perciò esonerato da qualunque divieto, può esercitarsi sugli *allegata partium*: se la supplenza possa estendersi (come vuole Bartolo per il processo penale) oppure no (secondo l'opinione unanime sino alla innovazione rivoluzionaria bartoliana) alla introduzione officiosa di prove nel processo, è questione allora che interseca il brocardo secondo cui *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*, che davvero si può definire (con lessico moderno) punto di emersione prioritario della *Verhandlungsmaxime*.

La circostanza che Bartolo, ammettendo la supplenza *de facto* del giudice

⁶⁹ V. *retro* §§ 3 e 6.

⁷⁰ K.W. Nörr, *Zur Stellung*, cit., p. 48.

⁷¹ Ivi, p. 91.

tramite la istruttoria officiosa, si discosti nel processo penale dalla regola sottesa al nostro brocardo per cui il giudice è vincolato ai *probata partium*, non per questo vale a cancellarne la portata denotativa ed anzi indirettamente la riconferma in tutti i restanti casi. Conclusivamente si può dire che, se “in Zivilsachen Bartolus bestätigt die Verhandlungsmaxime”, il Maestro dello Studio perugino fa l’opposto “in Strafsachen”⁷².

10. *La progressiva sottovalutazione del divieto di giudicare “secundum conscientiam”*

Nella citazione attuale del brocardo si tende ad omettere il riferimento alla coscienza del giudice. Su questo punto Joan Picó i Junoy ha senz’altro ragione, ma la circostanza era stata già evidenziata da tempo, ad esempio da Cavallone⁷³. È del resto agevole comprendere le ragioni di quanto è avvenuto, se si torna a riflettere sulla speciale natura del brocardo (che non è un concetto o principio puro) e sulla sua funzione essenziale di sussidio topico per affrontare problemi concreti. Se questi problemi o alcuno di essi scompaiono dall’orizzonte del giurista è facile immaginare che il mutamento sia in vario modo registrato dal brocardo.

Nell’epoca di mezzo il tema sotto esame (laddove faceva perno sul divieto per il giudice di utilizzare le sue conoscenze extragiudiziali) era stato importante perché i giudici, lavorando e vivendo in piccole comunità, erano non di rado a conoscenza di fatti vagliati nel processo già prima della sua instaurazione. Nelle fonti è evocato di frequente il caso del giudice che diventa testimone oculare di un delitto “mentre guarda fuori della finestra”⁷⁴. Guglielmo Durante, ad esempio, inizia la sua trattazione della tematica immaginando che il giudice, guardando fuori della finestra, veda un certo nobile uccidere qualcuno sulla pubblica piazza a Bologna⁷⁵. Come al tempo capitava che i nobili regolassero i conti con gli avversari sulla piazza pubblica, così poteva accadere che il giudice assistesse al delitto, magari proprio dalla finestra che affacciava sulla medesima piazza. Oltre che le dimensioni ridotte

⁷² Ivi, p. 93.

⁷³ V. *retro* nt. 5.

⁷⁴ Vero e proprio *topos*: lo puntualizza M. Schmoedel, *Humanität und Staatsraison*, cit., p. 192.

⁷⁵ Spec. 2.3. de Sententia § qualiter sententia sit ferenda. Cfr., sul punto, K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters*, cit., p. 78 (dal quale abbiamo tratto la citazione). L’argomento è legato – come già rimarcato (v. *retro*, nota 57) – al tema del notorio. Il richiamo di Guglielmo Durante è allora assai significativo, se si rammenta che fu lui (insieme ad Alberto da Gandino) a porre “per la prima volta le basi scientifiche per la comprensione degli effetti della notorietà nel corso del procedimento”: così C. Ghisalbetti, *La teoria del notorio nel diritto comune*, in *Annali di storia del dir.*, I, 1957, pp. 403 ss., spec. p. 406.

dei luoghi nei quali il giudice operava, alla base della diffusione della problematica vi era un altro elemento (destinato con il tempo, come quell'altro, a scomparire), vale a dire la coincidenza in una sola persona delle funzioni di sacerdote, confessore e giudice. Dalla tarda antichità i vescovi agivano come giudici. Già prima del IV Concilio Laterano (1215) i preti raccoglievano la confessione. Dopo il Concilio naturalmente il fenomeno si amplificò, considerata la introduzione dell'obbligo annuale di fare la confessione *proprio sacerdoti*⁷⁶. Crebbero vistosamente le ipotesi di “privata conoscenza” da parte del giudice-confessore.

Non è un caso che i complessi dibattiti intorno al brocardo fra civilisti, canonisti e teologi ebbero la loro radice nella ambivalenza del termine coscienza in latino (“con-scientia”). Esso può avere una connotazione morale (in tedesco “das Gewissen”), quantunque valga ordinariamente a denotare l'essere informati, avere conoscenza di qualcosa (“scientia”; “das Wissen”). I *doctores* dello *ius commune*, ben consapevoli di tale ambivalenza, vi si riferivano non senza ironia, come si ricava dalla lettura di un passaggio della “Summa Coloniensis” (circa 1169) dove è scritto che la coscienza non dovrebbe essere seguita dal giudice poiché “molte cose avvengono con coscienza contro coscienza”. (“Quod iudici non secretum conscientie, set probationum modus in diffiniendo considerandus (...) Multa enim cum conscientia contra conscientiam fiunt”⁷⁷).

Si spiega perciò che, nel contesto descritto, fosse importante (particolarmente per i canonisti nella cornice della maestosa giuridicizzazione della Chiesa) la domanda di che cosa dovesse fare il giudice se fosse venuto a sapere – al di fuori del processo – del modo d'essere dei fatti controversi: avrebbe egli potuto prescindere e così decidere contro “scientia” (“das Wissen”) e “coscienza” (“das Gewissen”) ? La risposta positiva, basata sulla idea che il giudice dovesse tenere conto soltanto di quanto conosciuto nel processo *ut iudici*, implicava che il divieto di decidere “secundum conscientiam” riguardasse le conoscenze extragiudiziali acquisite dal giudice *ut homo* (o, come anche si diceva, *ut privatus*). Nel solo caso in cui il giudice fosse al contempo un ecclesiastico il divieto si estendeva alle conoscenze ottenute *ut deo*, cioè tramite il sacramento della confessione al quale quegli avesse sovrinteso.

⁷⁶ V., di una vasta letteratura, P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, pp. 79 ss. (dove anche la traduzione della costituzione 21, *Omnis utriusque sexus*, di Innocenzo III: *ivi*, p. 79). Sullo sfondo si profila il tema dell'intreccio fra coscienza e confessione nella cornice della funzione regolativa del diritto, sul quale v. (oltre l'importante volume testé citato) almeno A. Prosperi, *Tribunali della coscienza: inquisitori, confessori, missionari* (1996), nuova ed. Torino 2009; M. Turrini, *La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima età moderna*, Bologna 1991.

⁷⁷ In K.W. Nörr, *Zur Stellung*, cit., p. 52.

Se nel giudice laico si potevano individuare (a somiglianza dei “due corpi del re” tematizzati da Ernst Hartwig Kantorowicz⁷⁸) “due corpi”, nel caso del giudice-sacerdote i corpi diventavano tre (corrispondenti all’agire *ut homo*, al provvedere *ut deo* e al procedere *ut iudici*). La sovrapposizione dei ruoli di giudice, sacerdote e confessore imponeva pertanto di riferire alla problematica chiavi di lettura tratte dall’ordinamento della Chiesa (si pensi a quella condensata nella massima secondo cui “ecclesia de occultis non iudicat”), di cui negli anni avvenire (con la valorizzazione del *locus classicus* che si incentra sulla incompatibilità fra giudice e testimone) si perderà finanche il ricordo.

Per le stesse ragioni si moltiplicano le versioni del brocardo, con l’emersione del richiamo alla c.d. “conscientia ex actis” (ottenuta dal giudice non come privato, ma nella osservanza delle norme processuali) e la precisazione per cui il giudice può decidere “secundum conscientiam ex actis, probationibus et allegationibus (“partium” precisa Agostino Berò⁷⁹) informatam” o anche “secundum conscientiam informatam a iure”. Questa varietà è resa possibile dalla intersezione fra i vari ordinamenti che contraddistinguono l’epoca di mezzo e dalla natura “extrastatuale” che la giurisdizione conseguentemente vi assume.

Comprensibilmente nell’epoca moderna (quando la *iurisdictio* è oramai “pars summi Imperii” e il giudice finisce per mostrarsi soltanto come “homo burocraticus”) il riferimento alla coscienza si fa più sporadico man mano che il problema che sottintendeva smarrisce rilievo pratico. Cambiano le condizioni di vita e di lavoro del giudice nella comunità ed è progressivamente limitato il fenomeno già imponente della giurisdizione amministrata da ecclesiastici. Si diradano così le occasioni capaci di dar vita alla conoscenza extragiudiziale del giudice su fatti rilevanti per il processo. Muta anche il più generale *milieu* culturale entro il quale si svolge il ragionamento processuale che, nell’epoca di mezzo, era accompagnato da argomenti giuridici fusi con motivi (sovraccarichi di reminiscenze bibliche) di carattere morale e teologico. Da un certo momento in avanti, come si affievoliscono le istanze morali e religiose, così si annulla il peso del discorso teologico. La celebre frase di Alberico Gentili – “Silete theologi in munere alieno”⁸⁰ – è il segno che vi è stato un

⁷⁸ *The King’s Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957 (trad. it. Torino 1989 e 2012). La composizione del volume si protrasse per dieci anni (dal 1945 al 1955), quando Kantorowicz “was at the peak of his scholarly powers”: così R.E. Lerner, *Ernst Kantorowicz. A Life*, Princeton 2017, p. 344. Il libro di Lerner è ricco di informazioni interessanti (spec. pp. 344-357) sulla genesi del volume. Colpisce il ruolo avuto in proposito da Max Radin, non foss’altro perché costui scrisse nel 1932 un articolo che tocca il tema che stiamo investigando nel testo (Radin, *The Conscience of the Court*, in *The Law Quarterly Review* 1932, pp. 506 ss.).

⁷⁹ V. *retro* § 5.

⁸⁰ Su questa affermazione (resa celebre dall’opera di Carl Schmitt) v. ora G. Minnucci, *Silete theologi in munere alieno. Alberico Gentili fra diritto teologia e religione*, Milano 2016. Non può che conseguire la fine della tendenza – si potrebbe dire – alla “teologizzazione” della questione

cambiamento epocale, da una società religiosa ad una secolarizzata. Nello stesso senso va letto, pochi anni dopo, il perentorio invito del cardinal Giovan Battista De Luca ai professori di teologia morale a non immischiarsi nelle “cose forensi”⁸¹. Questi rivolgimenti epocali non possono non riflettersi – come avviene da sempre per le massime giuridiche⁸² – sul posto che la “conscientia” aveva rivestito in precedenza nel brocardo⁸³.

11. “Quod non est in actis non est in mundo”: la moderna scuola del diritto naturale e i processualisti tedeschi del *gemeines Recht*

Non è certo nuovo l'accostamento proposto da Joan Picó i Junoy fra il

giuridica sotto esame. L'espressione “Theologisierung” è stata usata da K.W. Nörr (per contrassegnare la riflessione canonistica nei secoli XII-XIII e i suoi influssi), *Zur Stellung des Richters*, cit., p. 52. L'importanza del dibattito teologico sotteso al nostro brocardo è sottolineata da tutta la letteratura in argomento, della quale segnaliamo in particolare il contributo di D. Maffei, *Il giudice testimone*, cit., spec. pp. 56-60 (in Id., *Studi di storia*, cit., pp. 67-71): l'a. evidenzia gli spiccati interessi teologici di Jacques de Revigny e le discussioni cui prese parte nel convento domenicano di Orléans. Vi fu invitato a terminare una disputa sulla coscienza del giudice: lo fece – osserva M. Conetti, *Responsabilità e pena: un tema etico nella scienza del diritto civile (secoli XIII-XIV)*, Milano 2011, p. 87 e nt. 14 (che si basa su uno studio di Bezemer) – “con un riferimento implicito a San Tommaso”. Si tratta di un celebre passo della *Somma teologica*, sul quale v. *infra* nel testo e alla nota 88. Per il periodo successivo v. A. Cavanna, *La “coscienza del giudice” nello sylus iudicandi del Senato di Milano*, in *Studi di storia del diritto*, II, Milano 1999, pp. 581 ss.; A.M. Monti, *Indicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano 2003, spec. pp. 112 ss.

⁸¹ Nell'opera *Il dottor volgare* (edita a Roma nel 1673) il cardinal De Luca scrive (e citiamo dalla edizione del 1740 – Colonia, a spese di Modesto Fanzo stampatore in Venezia – pp. 60-61): “onde, conforme saria errore de' confessori il voler camminare con le dottrine di Bartolo e di Baldo, così all'incontro non pare che a' giudici ed a' consiglieri sia molto congruo (maggiormente in concorso de' giuristi) far gran fondamento nelli scrittori di diversa professione, ma che, essendo le facultà distinte, ciascuno s'eserciti nella sua”.

⁸² Assai interessanti sono gli esempi che troviamo nel volume di K. Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley and Los Angeles 1993, spec. pp. 31 ss. e 101, a proposito dell'antica massima “rex imperator in regno suo est” (e circa i differenti significati che le sono stati ascritti al variare delle epoche storiche considerate) e per una critica alla nota interpretazione di F. Calasso. È d'altronde frequente che i materiali siano reimpiegati, adibiti a nuovi usi, inseriti in differenti scenari: v. R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., p. 17, a proposito dell'utilizzo di regole e termini dell'antico diritto romano, sovente intesi in tutt'altro significato dai *doctores* dell'epoca di mezzo (“those lawyers were not historians and – like medieval builders using stones from the Colosseum – used the materials they found and as it suited them, without subjecting them to the rules of historical criticism”).

⁸³ La decisione *secundum conscientiam* acquista una diversa connotazione (v. A. Giuliani, voce *Prova in generale*, cit., p. 544). In tema v. altresì A. Cavanna, *La “coscienza del giudice” nello sylus iudicandi del Senato di Milano*, cit., pp. 581 ss.; A.M. Monti, *Indicare tamquam deus*, cit.. Da un punto di vista più ampio, abbiamo del resto già chiarito che la laicizzazione dei processi ha condotto al capovolgimento di significato della formula “*bard*” (da garanzia per il giudicante che avesse deciso in coscienza a *standard* di *factual proof*): v. *retro* nota 8.

nostro brocardo e la paremia “quod non est in actis non est in mundo” (che, non casualmente, incrocia anch’essa – stando a Nörr⁸⁴ – le due tematiche che abbiamo visto all’opera nel nostro brocardo, vale a dire sia il divieto per il giudice di utilizzare la propria scienza privata sia la *Verhandlungsmaxime*).

È anzi importante aggiungere che si tratta di una linea interpretativa che risale agli autori della moderna scuola del diritto naturale (con in testa Gönner) e ai processualisti tedeschi (tra cui Wetzell, Renaud, Bolgiano, ecc.) del *gemeines Recht*. È altresì notevole sottolineare che costoro, in pari tempo, riconducevano (prima di Wach e della scuola processuale di impronta liberale) le antiche massime testé citate alla c.d. *Verhandlungsmaxime*. Si è pertanto in presenza di una tradizione interpretativa consolidata e molto risalente, come trapela dalle pagine dello stesso Richard Schmidt dedicate al nostro brocardo. Quest’ultimo autore difatti, se da un lato scrive di voler proseguire la sua legittima opposizione contro il “dispotismo” della *Verhandlungsmaxime* (“gegen den Despotismus der Verhandlungsmaxime”), dall’altro lato riconosce che la sua tesi lo porta a rifiutare la unanime e anteriore opinione (“die ältere allgemeine Meinung”) che ricollegava il divieto per il giudice di decidere secondo coscienza alla *Verhandlungsmaxime*⁸⁵.

Tanto chiarito, vogliamo ancora segnalare che una integrale sovrapposizione delle due antiche massime ricordate pare impedita dalla circostanza che la diffusione del brocardo “quod non est in actis non est in mundo” è fatalmente correlata alla emersione e consolidazione della verbalizzazione delle attività processuali da parte di un notaio (che storicamente ruota attorno ad una costituzione del IV Concilio Laterano del 1215⁸⁶), quando al contrario la problematica sottesa al nostro brocardo

⁸⁴ K.W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., pp. 47-48.

⁸⁵ Per i processualisti del *gemeines Recht* cfr. G.W. Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, 3^a, Leipzig 1878, rist. Aalen 1969, p. 520; A. Renaud, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neuen Civilprozeßgesetzgebungen. Der ordentliche Civilprozeß*, 1^a, Leipzig-Heidelberg 1867, rist. Frankfurt/Main 1987, p. 182 e nt. 16; K. Bolgiano, *Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts auf rationellen Grundlagen, mit vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Civilprozesses*, Stuttgart 1879, p. 44. Non istituisce invece alcun collegamento fra le due massime H. v. Bayer, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß*, 8^a, München 1858, pp. 32 e 35: l’a. vi esamina soltanto il brocardo “quod non est in actis non est in mundo”. Allo stesso modo v. N.T. Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 2^a, Erlangen 1804, p. 223. Quanto alla posizione di R. Schmidt, v. *Lehrbuch*, 2^a, cit., p. 433 e nt. 1, nonché, diffusamente, *Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters*, cit., pp. 290 ss., spec. p. 291 e nt. 57. Anch’egli inclinava ad omologare le due antiche massime.

⁸⁶ C. 38 = X 2.19.11. Cfr. R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., 18 (sull’obbligo di verbalizzazione introdotto dal IV Concilio Lateranense e sulle conseguenze che ne sortirono); Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., p. 46. Il Concilio fu importantissimo anche per altre due ragioni: già abbiamo detto della introduzione dell’obbligo di confessione annuale (v. *retro* nt. 76). Si deve menzionare pure la decisione conciliare (gravida di conseguenze per la storia della prova nel Medioevo) di proibire che i sacerdoti partecipassero alle ordalie giudiziarie (M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 4).

precede questo evento. Tutto lascia credere, in definitiva, che la paremia “quod non est in actis, non est in mundo” “hat der frühe gelehrte Prozeß nicht, auch nicht sinngemäß gekannt”⁸⁷.

Dopo tutto “giocare” con i brocardi – immaginando che sia possibile sostituirne uno con un altro – appare in contrasto, non solo con l’uso che si tende a farne, ma con la loro stessa natura e genesi. Si rischia di alimentare l’idea che i brocardi, nella loro supposta fissità, quasi fossero oggetti materiali, possano essere afferrati o scambiati in contrasto con la loro lenta, complessa e mutevole sedimentazione storica, nella quale convergono, con le ragioni giuridiche, processi culturali più ampi, aspettative di gruppo, motivi intellettuali e perfino psicologici. Sarebbe allora ozioso domandarsi perché i due brocardi ricordati, anche ammessa (ma non concessa) la loro sovrapponibilità, abbiano continuato ad esistere negli anni avvenire, senza che uno dei due, assorbendolo, elidesse l’altro.

12. Rilievi conclusivi

Proviamo a trarre qualche conclusione dalle nostre analisi. La vicenda che ha portato nel tempo alla elaborazione del nostro brocardo ci appare oggi come un laboratorio nel quale sono stati messi a punto e sperimentati i congegni fondamentali e i dispositivi funzionali dell’intero *ordo iudiciarius* medievale. Nell’ampio raggio delle sue irradiazioni, il brocardo funziona come un reagente che rivela il paradigma costitutivo dell’esperienza processuale di diritto comune in quanto fondata su quella che Nörr denomina (come avevano già fatto prima di lui i processualisti tedeschi del *gemeines Recht* e come faranno poi moltissimi altri studiosi, da van Caenegm a Lepsius, da Padoa Schioppa a Landau, ecc.) con il termine moderno di *Verhandlungsmaxime*, per rimarcare il potere in linea di principio monopolistico delle parti pure nelle iniziative istruttorie (con il giudice che decide – come scrisse San Tommaso occupandosi ampiamente dello *iudicium* nell’ambito della *Secunda secundae* della *Summa theologiae* – “*secundum ea quae fuerunt sibi proposita*”⁸⁸).

⁸⁷ K.W. Nörr, *Reihenfolgeprinzip, Terminsequenz und „Schriftlichkeit“*. *Bemerkungen zum römisch-kanonischen Zivilprozeß*, ora in Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa*, cit., pp. 19 ss., pp. 27-29.

⁸⁸ *Summa theologiae*, II, II, q. 67, art. 2 ad 1, Alba-Roma 1962, pp. 1376-1378: “Ad primum ergo dicendum quod ideo praemittitur in verbis illis de quaestione iudicibus facienda, ut intelligatur quod iudices debent veritatem iudicare secundum ea quae fuerunt sibi proposita”. Vero è che i giudici umani debbono giudicare secondo verità, ma – aggiunge il Dottore angelico – “la verità è quella che si trae dalle prove portate nel dibattito davanti al giudice”: così la traduzione della frase in latino riportata nel testo di A. Padoa Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, cit., p. 263. Il collegamento fra il nostro brocardo e il passo di San Tommaso ci è venuto in mente leggendo R. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice*, Évreux

Innegabilmente, nell'ambito dell'*officium iudicis* – e di quella sua specifica articolazione denominata *officium mercenarium* – sta la netta contrapposizione fra atti che *principaliter radicantur in parte* (prove ed eccezioni) e *principaliter in iudice* (fissazione di termini e decisione)⁸⁹.

Una posizione equilibrata sul tema esaminato in queste pagine, dunque, non nega che nelle fonti dell'epoca di mezzo la espressa giustapposizione ai *probata* del lemma “parti” – declinato al genitivo plurale “partium” – sia rara o rarissima, per quanto non assente⁹⁰. Afferma, però, che, in generale, il medesimo lemma e il valore concettuale che esprime sono implicitamente presupposti al brocardo, il quale comunque, nella dizione attuale, rispecchia esattamente il carattere eccezionale dell'intervento del giudice nell'*ordo iudiciarius* dell'epoca di mezzo in materia probatoria, confinato a casi estremi e ipotesi marginali che alterano la struttura isonomica del giudizio. Si può perfino supporre (col conforto della massa di fonti erose dall'oblio, preservate e rianimate da Nörr) che la mancata menzione “delle parti” sia dipesa dal fatto che la loro iniziativa era a tal punto consustanziale alla attività di allegazione e connaturata a tutto quanto ineriva ai “probata” che nello stretto giro di una frase era stimata superflua. La si includeva escludendola⁹¹.

1857, p. 355 e nt. 3.

⁸⁹ K.W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., pp. 56-57, p. 189. Quanto invece ai contenuti dell'*officium nobile* (o *merum*), *ivi*, p. 55; v. anche Id., *Zur Stellung*, cit., pp. 91-92. Sul punto v. altresì, da ultimo, due recensioni al volume di Nörr del 2012 sul processo “romanico-canonico”: F. D'Urso, *Sul “ritmo” del processo romanico-canonico* (a proposito di K. W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Berlin-Heidelberg 2012), in questa *Rivista*, 6/2014, paper 12, spec. p. 5; M. Ascheri, *Processo romanico-canonico: una «eccellenza» attraverso il tempo?*, in *Rechtsgeschichte*, 2014, pp. 347 ss., spec. p. 347 (circa la “centralità dell'iniziativa di parte” – in pratica, del procuratore – che comunque non cancella “i possibili profili attivi dell'*officium iudicis*”).

⁹⁰ Visto che abbiamo ricordato il testo di A. Berò *retro* (par. 5). V. anche gli esempi addotti da J. Nieva-Fenoll, *op. cit.*, pp. 948-949. Restano al di fuori della nostra indagine i processi di taglio inquisitorio. Non possiamo neppure considerare i giudizi matrimoniali (contrassegnati dalla aspirazione a prevenire il *periculum animae*) e il procedimento di *confirmatio* (*Wahlprüfungsverfahren*). Per un esempio canonistico di partecipazione attiva del giudice al processo v. P. Landau, *op. cit.*, pp. 624 ss. Sui poteri del giudice nel processo sommario v., per tutti, G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., III/2, pp. 327 ss., spec. pp. 336 ss.; A. Pertile, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 2ª, Torino 1896-1903 (rist. anast. Bologna 1966), VI/II, pp. 114 ss.

⁹¹ Sicché, a parer nostro, nella formulazione oggi corrente del brocardo viene legittimamente computato il lascito sapienziale che rinvia al *ius commune*. Con la menzione delle parti non vi è dunque alcuna manipolazione o radicale torsione dell'antica massima, da sempre segretamente nutrita dalla generale convinzione dei *doctores* circa la limitazione delle iniziative istruttorie in capo alle parti.