Le regole processuali dell'accertamento probatorio.
Il dibattito contemporaneo al vaglio di un testo tommasiano

Elvio Ancona

Abstract

Il presente saggio affronta alcune questioni procedurali relative alla ricerca processuale della verità, esaminando i più recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza italiche sui poteri istruttori e sul divieto di scienza privata del giudice. Nell'ultima parte viene illustrato come gli stessi problemi siano considerati e risolti in un articolo della Summa Theologiae *di Tommaso d'Aquino.*

This essay deals with some procedural issues related to the forensic pursuance of truth, especially the latest law trends about the judge's powers of investigation and the prohibition of judge's personal knowledge. In the second part the author shows how the same problems are considered and solved in an article of Aquinas' *Summa Theologiae.*

Parole chiave

Giudizio; Processo; Prova; Verità; Tommaso d'Aquino.

Key words

Judgement; Trial; Evidence; Truth; Thomas Aquinas.

Il presente saggio intende affrontare alcune problematiche procedurali relative alla ricerca processuale della verità, esaminando i più recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza italiche sui poteri istruttori e sul divieto di scienza privata del giudice.

Si considererà infine come gli stessi temi siano trattati e risolti in un articolo della *Summa Theologiae* di Tommaso d'Aquino.

1. La ricerca della verità dopo la riforma: il caso dell'interpretazione dell'art. 507 c.p.p.

Dopo la riforma costituzionale il dibattito sulla finalità aletica del processo penale si è concentrato soprattutto sui profili applicativi dell'art. 507 c.p.p.

In questione era la compatibilità dei principi del «giusto processo» penale con ì poteri esercitati *ex officio* dal giudice dibattimentale allo scopo di garantire un compiuto accertamento dei fatti di causa. Più precisamente, si discuteva se l'imparzialità e terzietà del magistrato decidente potessero risultare compromesse qualora egli esercitasse i propri poteri istruttori anche in assenza di iniziativa delle parti.

Sull'interpretazione della norma, in effetti, la dottrina si era mostrata divisa fin dalla sua introduzione nel codice del 1988. A un orientamento restrittivo, che limitava l'intervento ufficioso alla mera integrazione dell'attività probatoria già svolta dalle parti[1], si era costantemente

1 Cfr. E. Randazzo, *L'assunzione di nuove prove e le*

contrapposto un indirizzo estensivo, che, in funzione della ricerca della verità nel processo, attribuiva al giudice il potere di acquisire le prove necessarie per la decisione anche nel caso di totale inerzia dell'accusa o della difesa[2].

Quest'ultima tesi era invece prevalsa in giurisprudenza, soprattutto dopo le sentenze delle Sezioni Unite nel 1992, e della Corte costituzionale l'anno successivo[3]. Secondo la Consulta, in particolare, la limitazione dei poteri del giudice ex articolo 507 c.p.p. si porrebbe in contrasto con «la ricerca della verità», considerata quale «fine primario e ineludibile del processo penale». E ciò perché «ad un ordinamento improntato al principio di legalità [...] nonché al connesso principio di obbligatorietà dell'azione penale [...] non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione».

La riforma dell'art. 111 Cost. ha tuttavia riaperto la discussione, fornendo l'appiglio per rinnovate obiezioni e censure nei confronti dell'iniziativa probatoria *ex officio* in quanto lesiva dell'imparzialità del giudizio ormai assurta a principio costituzionale[4].

Chiamate a risolvere il problema, le Sezioni Unite sono intervenute per la seconda volta nel 2006, consolidando il precedente orientamento[5]. La Corte ha infatti escluso come semplice «equivoco» che l'applicazione dell'art. 507 c.p.p. faccia «venir meno» la terzietà del giudice: per i magistrati del supremo organo di legittimità l'acquisizione ufficiosa delle prove risponde solo all'esigenza di colmare scrupolosamente le lacune conoscitive esistenti e in tal modo, permettendo di «giudicare a ragion ve-

integrazioni inquisitorie del giudice dibattimentale, in «Cassazione penale», 31 (1991), pp. 1690-1693, a p. 1691; D. Manzione, *Articoli 506-507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, I, Torino, 1991, pp. 376-392, a p. 390; L. Petrillo, *Funzioni e limiti dell'esercizio del potere istruttorio integrativo del giudice del dibattimento*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 35 (1992), pp. 1201-1210, a p. 1205; F. Bertorotta, *Mezzi di prova disposti d'ufficio dal giudice e principi accusatori*, in «Archivio della nuova procedura penale», 3 (1992), pp. 9-10; C. Carreri, *Acquisizioni probatorie documentali e poteri istruttori del giudice del dibattimento*, in «Cassazione penale», 32 (1992), pp. 1100-1103, a p. 1100.

2 Cfr. A. Nappi, *L'art. 507 c.p.p.: un eccessivo self restraint giurisprudenziale*, in «Cassazione penale», 31 (1991), pp. 773-775, a p. 775; F. Terrusi, *Gli "eccessi ideologici" del nuovo processo penale: a proposito, tra l'altro, dell'art. 507 c.p.p.*, in «Giurisprudenza di merito», 25 (1993), pp. 900-908, a p. 904.

3 Ci si riferisce, segnatamente, alle sentenze Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, n. 11227 (Martin) e a Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111. Si considerino in proposito i rispettivi commenti: per la prima, le note di L. Marafioti, *L'art. 507 al vaglio delle Sezioni Unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 36 (1993), pp. 829-849, e di A. Bassi, *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in «Cassazione penale», 33 (1993), pp. 1370-1378; per la seconda, le note di P. Ferrua, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni Unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 37 (1993), pp. 1065-1084, G. Spangher, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del "sistema accusatorio" compatibile con la Costituzione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 38 (1993), pp. 919-922 e C. Valentini Reuter, *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, in «Giurisprudenza costituzionale», 38 (1993), pp. 922-939.

4 Cfr. in giurisprudenza: Cass. Pen., sez. V, 1 dicembre 2004, n. 15631; in dottrina: M. Murone *Primi appunti sulla disciplina del "giusto processo"*, in «Giustizia penale», 105 (2000), pp. 9-21, a p. 10; G. Dean, *I principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di G. Cerquetti-C. Fiorio, Padova, 2002, pp. 3-14, alle pp. 13-14; A. Bargi, *Il problema della prova*, in *Dal principio del giusto processo*, cit., pp. 29-37, a p. 31; F.R. Dinacci, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, pp. 77 s.; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2004, p. 221. In senso contrario si vedano: V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, 2000, pp. 3 ss.; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, p. 500; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2005, p. 488.

5 Cfr. Cass., Sez. un., 18 ottobre 2006, n. 41281 (Greco). Tra i molti commenti si segnalano: E. Aprile, *Sui limiti dell'applicabilità dell'art. 507 c.p.p.: una nuova sentenza che non elimina ogni dubbio interpretativo*, in «Cassazione penale», 47 (2007), pp. 3341-3348, a p. 3347; H. Belluta, *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento non proprio chiarificatore*, in «Cassazione penale», 48 (2008), pp. 1079-1096, a p. 1087; B. Andò, *Inerzia delle parti nella richiesta e poteri probatori del giudice*, in «Giustizia penale», 113 (2008), pp. 595-608, a p. 607; L. Caraceni, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, p. 158.

duta», «vale a fondare un processo veramente 'giusto'». Il portato di questa esigenza conoscitiva viene poi precisato in un passo che risulta per noi di speciale interesse. L'art. 507 – vi si afferma – ha lo scopo «di consentire al giudice – che non si ritenga in grado di decidere per la lacunosità o insufficienza del materiale probatorio di cui dispone – di ammettere le prove che gli consentono un giudizio più meditato e più aderente alla realtà dei fatti che è chiamato a ricostruire. Senza neppure scomodare i grandi principi (in particolare quello secondo cui lo scopo del processo è l'accertamento della verità) può più ragionevolmente affermarsi che la norma mira esclusivamente a salvaguardare la completezza dell'accertamento probatorio sul presupposto che se le informazioni probatorie a disposizione del giudice sono più ampie è più probabile che la sentenza sia equa e che il giudizio si mostri aderente ai fatti»[6]. Non stupisce che si sia ravvisato in queste parole il prospettarsi di una profonda innovazione nella concezione del processo penale, di una sua vera e propria "maturazione", almeno dal punto di vista della cultura accusatoria, il delinearsi cioè di quella che è stata definita la «sostituzione, al paradigma della verità, della logica dell'accertamento»[7]. Le Sezioni Unite avrebbero quindi ritenuto di dover giustificare l'intervento d'ufficio in base non al principio della ricerca della verità ma, in una prospettiva prettamente metodologica, in funzione della «completezza dell'accertamento», considerata a sua volta quale presupposto indispensabile per l'imparzialità della decisione.

Senza entrare per il momento nel merito di questa "ermeneutica", non possiamo non notare che nello stesso senso – e forse anche con maggiore decisione - sembra andare la successiva pronuncia in tema della Corte costituzionale, la sentenza n. 73 del 2010[8], dato che in essa, totalmente imperniata sulla salvaguardia dell'imparzialità della giurisdizione, non si rinviene il minimo riferimento alla finalità aletica del processo, foss'anche in termini di "accertamento" dei fatti di causa.

D'altronde la Consulta aveva da tempo ridefinito lo scopo del processo in termini non aletici. A partire dalla sentenza n. 361 del 1998 – ha osservato al riguardo Francesco Caprioli - «la Corte è sembrata ripiegare su perimetrazioni meno ambiziose dei compiti cognitivi assegnati al giudice»[9]: scopo del processo sarebbe divenuto l'«accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle rispettive responsabilità»[10].

Siamo dunque in presenza di una svolta? Di un effettivo superamento del principio della «ricerca della verità»? Di un riposizionamento degli obiettivi del processo sul piano procedurale dell'osservanza dei canoni fondamentali del modello accusatorio accolti in Costituzione?

In realtà, la situazione non è del tutto chiara.

In primo luogo, va detto che nella giurisprudenza di legittimità si continua ricorrentemente ad affermare che la verità è «fine primario ed ineludibile del processo penale»[11].

Ma soprattutto, anche nelle ricordate sentenze delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale, non registriamo alcuna espressa negazione del valore della verità. Semmai assistiamo all'imporsi del lessico più tecnico, e filosoficamente meno impegnativo, dell'«accertamento dei fatti».

Sorge così il dubbio che, più che di una svolta, possa trattarsi di un malinteso.

Che cosa volevano dire infatti i supremi organi giurisdizionali del nostro ordinamento parlando, in termini apparentemente meno

6 Cass. Pen., Sez. un., 18 ottobre 2006, n. 41281 (Greco).

7 H. Belluta, *Irripetibilità congenita*, cit., p. 6.

8 Cfr. Corte cost., sent. 26 febbraio 2010, n. 73. La sentenza è stata commentata da P.P. Paulesu, *Iniziative probatorie del giudice dibattimentale e "giusto processo"*, in «Giurisprudenza costituzionale», 55 (2010), pp. 842-851. Rilevanti al riguardo sono anche le osservazioni di P. Tonini, *Iniziativa d'ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, in «Cassazione penale», 51 (2011), pp. 2010-2024, al §11.

9 F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di G. Forti, G. Varraso e M. Caputo, Napoli, 2014, pp. 199-218, a p. 201.

10 *Ibid.*, con riferimento a Corte Cost., sent. 2 novembre 1998, n. 361. Tra le rare eccezioni, la più recente sarebbe rappresentata da Corte Cost., sent. 11 marzo 2009, n. 75, dove si ritrova «un cenno alla "ricerca della verità" come scopo della fase dibattimentale» (ivi, n. 8).

11 Cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571.

gravosi, di «accertamento» e non più di «verità» come scopo del processo? L'epistemologo Diego Marconi, riflettendo sulla sentenza del 1998, sviluppa al riguardo un'interessante ipotesi: «dato che la Corte non parla a caso, è probabile che il cambiamento di formulazione fosse intenzionale; se è così, è naturale pensare che si volesse in qualche modo ridimensionare l'ambizione del processo penale, che non è più quella – spropositata – di cercare la verità, ma quella ben più modesta di accertare giudizialmente i fatti. Ma tra le due cose [...] non c'è alcuna differenza (se non quella, certamente non voluta, che un conto è *cercare* e un altro conto è *accertare*, cioè trovare; per cui la seconda formulazione risulterebbe in realtà più "ambiziosa" della prima)»[12]. La spiegazione del cambiamento andrebbe allora cercata nell'intenzione della Corte «di distinguere tra come stanno le cose e come il *processo penale* – con le sue limitate risorse – è in grado di determinare che le cose stiano; cioè tra asserzioni *vere* e asserzioni *giustificate*, dati i metodi e i criteri a disposizione del processo»[13].

Il compito del processo sarebbe dunque per la Consulta quello di pervenire non ad asserzioni "vere", ma ad asserzioni "giustificate", e precisamente giustificate in relazione agli *standards* probatori legalmente stabiliti. "Accertato" significherebbe "giustificato in base alle regole probatorie del processo". Si eviterebbe così il rischio di banalizzare il linguaggio della Corte e si fornirebbe una valida ragione per la variazione lessicale.

Il problema è però che in questo modo il Giudice delle leggi si verrebbe a trovare in una situazione ben peggiore della pur imbarazzante banalità, risulterebbe cioè enunciare una tesi sostanzialmente contraddittoria. Quasi che avesse affermato: «È compito del processo pervenire non ad asserzioni vere, ma ad asserzioni vere».

Come sottolinea Marconi, infatti, «qualsiasi concetto di giustificazione» si rivela «direttamente o indirettamente tributario del concetto di verità»[14]. L'epistemologo ricorda in proposito la definizione di Bernard Williams: una credenza giustificata è una credenza «che viene sostenuta da considerazioni in suo favore, tali non semplicemente in quanto la rendono più attraente o altro, ma nel senso specifico che danno ragioni per pensare che sia vera»[15]. Possiamo dire che un'asserzione è giustificata solo in quanto abbiamo motivo di ritenere che essa si riferisca ultimamente ad una qualche conoscenza della realtà, ovvero, ancora una volta, a qualche *verità*. Quandanche la giustificazione si riferisca agli "*standards* probatori legalmente stabiliti", si dovrebbe ammettere che «la ricerca sia regolata a quel modo perché si ritiene che solo così si abbia una buona probabilità di determinare come stanno le cose [...], cioè quali asserzioni siano vere»[16]. Tutto ciò corrisponde, del resto, ad un dato d'esperienza: quando affermiamo qualcosa, su quali basi possiamo considerare giustificata la nostra affermazione se non perché pensiamo che essa si regga su argomenti che ci autorizzano, con probabilità più o meno grande, a ritenerla rappresentativa della realtà, cioè appunto "vera"?

Si può pertanto convenire che, quando la Corte, forse cedendo alle mode verifobiche del nostro tempo[17], espunge dal suo lessico il termine «verità» e gli preferisce «accertamento», nel senso di "giustificazione", l'eliminazione è solo apparente, «perché in realtà, quando parliamo di giustificazione, parliamo, indirettamente, anche di verità»[18].

Ad un esito analogo, del resto, si perverrebbe allorché l'"accertato" che troviamo al posto di "vero" venisse inteso come "provato".

Anche in questo caso dovremmo notare che qualsiasi prova è, o perlomeno vuole essere, prova del vero. Non ci può essere accertamento probatorio senza che sia coinvolta una in-

12 D. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007, p. 8.

13 Ibid.

14 Ivi, p. 21.

15 B. Williams, *Truth and Truthfulness*, Princeton University Press, New York 2002, p. 129; trad. it. *Genealogia della verità*, Fazi, Roma 2005, pp. 122-123.

16 D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 21.

17 Cfr. M. Taruffo, *La verità nel processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LXVI, 2012, pp. 1117-1135, a p. 1117.

18 D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 21.

tenzione veritativa; e ciò risulta tanto evidente nella pragmatica forense da consentire di affermare che anche il concetto di prova è indissolubilmente legato al concetto di verità. Lo sostiene con efficace ragionamento apagogico Giovanni Tuzet: «Questo principio può essere argomentato osservando le conseguenze paradossali che seguono dall'opposizione di verità e prova. Ad esempio, per essere vera, tale opposizione dovrebbe implicare che certe prove valgono pur essendo false. Dovrebbe analogamente implicare che certe prove valgono pur se ne sono inferibili delle conseguenze false, o se sono inferibili da premesse false»[19].

L'assurdità di questi esiti non dovrebbe lasciare dubbi. Forse si può evitare di menzionarla, ma la verità continua a essere implicata nel processo, almeno nella soluzione della *quaestio facti*. L'accertamento dei fatti, sia che lo si concepisca come "giustificazione" della ricostruzione del passato giuridicamente rilevante, sia, più semplicemente, come "attività probatoria", comporta un nesso stringente con la verità. Non ci può essere "accertamento dei fatti" senza "verità". E l'accertamento dei fatti è condizione imprescindibile della procedura penale[20].

Sembra dunque proprio che anche nell'attuale sistema processuale la verità continui a giocare un ruolo determinante.

2. I limiti della ricerca della verità. Il problema della scienza privata

Anche i vincoli imposti dal nostro ordinamento alla ricerca della verità non rappresentano un reale impedimento al riconoscimento della sua rilevanza nel processo.

Scrive Caprioli, sintetizzando efficacemente il problema: «non v'è dubbio che il processo penale soffra di limiti cognitivi che spesso impediscono al giudice di pervenire a un'affermazione veritiera di responsabilità. La sua stessa struttura è intrinsecamente anti-epistemica: ci sono tempi da rispettare, preclusioni, decadenze»[21].

Spesso si tratta di regole di esclusione probatoria "estrinseche", intese a salvaguardare valori che non sono di per sé «connessi con la ricerca della verità»[22], per lo più scaturenti da ragioni di natura etico-politica, come le regole che impediscono di utilizzare le prove addotte al di fuori dei termini prefissati.

In questi casi, si produce certamente una contrazione della possibilità di conoscenza dei fatti della causa. Ma – osserva Caprioli - «ciò non significa affatto che, quando il giudice perviene all'affermazione di responsabilità dell'imputato, la 'sua' verità sia una verità minore, formale, convenzionale, priva di valore logico-conoscitivo, non all'altezza di quella dello storico, del giornalista, dello scienziato». Ciò che viene limitata è la ricerca della verità, non la verità stessa, perlomeno fintantoché è comunque possibile pervenire ad enunciati fattuali che corrispondono al realmente accaduto.

Vi sono però anche le regole "intrinseche", «quelle che escludono informazioni probatorie in base alla convinzione che la relativa

19 G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezze e ragionamento*, Roma, 2010, p. 39.

20 Cfr., sul punto, per tutti, A. Baratta – R. Hohmann, *Vérité procédurale ou vérité substantielle? Introduction*, in «Déviance et société», 24 (2000), pp. 91-93, a p. 91. Per quanto riguarda la procedura civile, cfr. A. Carratta - M. Taruffo, *Poteri del giudice, Commentario al codice di procedura civile. Art. 112-120*, Bologna, 2011, pp. 447-519, a p. 473, e L. Dittrich, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in «Rivista di diritto processuale», 66 (2011), pp. 108-125, a p. 109. Si vedano inoltre, in riferimento ai sistemi processuali di *common law*: M.R. Damaska, *Truth in Adjudication*, in «Hastings Law Journal», 49 (1998), pp. 289-308, alle pp. 289, 295, e R.S. Summers, *Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding. Their Justified Divergence in Some Particular Cases*, in «Law and Philosophy», 18 (1999), pp. 497-511.

21 F. Caprioli, *Verità e giustificazione*, cit., p. 203. Per un'analisi dettagliata della situazione italiana, si vedano: A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000; C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007; F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano ,2008.

22 Ivi, p. 204. Caprioli riprende questa terminologia da M.R. Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 24 s, che a sua volta rimanda a J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, ed. by P. Tillers, Little, Brown and Company, Boston 1983, I, II, p. 689.

eliminazione aumenti l'accuratezza dell'accertamento dei fatti»[23]. Ci si riferisce alle regole finalizzate a garantire proceduralmente un miglior accesso alla verità di quello che si produce empiricamente, come il divieto di assumere le prove in difetto di contraddittorio. Non è pertanto la verità che è qui in questione, e neppure la ricerca della verità. Se si preclude una via della ricerca, è perché le si preferisce un'altra, ritenendola più controllata e attendibile[24].

Pur così circoscritta, dunque, la verità rimane «fine primario e ineludibile del processo penale», e anche quando nell'inevitabile bilanciamento con altri valori, questi prevalgono, essa si mantiene nondimeno sullo sfondo, «se non altro come ideale o criterio regolativo»[25].

Lo si comprende bene considerando un istituto che sembra contrastare apertamente con la finalità aletica del processo: il divieto di scienza privata del giudice. Tale divieto pone infatti, almeno in apparenza, un forte ostacolo ad una completa ricostruzione delle vicende di causa (il giudice ad esempio potrebbe essere a conoscenza di particolari importanti o decisivi per la soluzione della controversia e essere impedito di potersene avvalere)[26].

La proibizione invero ammette eccezioni. L'art. 115 c.p.c., comma 2, vi accenna espressamente prevedendo che il giudice possa, «senza bisogno di prova», porre a fondamento della propria decisione «le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza». Seguendo la classica soluzione fornita da Stein al problema della utilizzazione della scienza privata del giudice[27], problema evidentemente presupposto dalla norma di rito, la *communis opinio* dottrinale ha riconosciuto in tali "nozioni di fatto" le due fattispecie dei fatti notori e delle massime d'esperienza[28].

Si tratta nondimeno di un vincolo importante per ogni specie di decisione giudiziale. Cavallone giunge ad affermare che «[il predetto divieto] è addirittura il principio fondamentale che regge, e ha sempre retto, in ogni processo, la formazione del giudizio»[29].

Eppure, a ben vedere, anche in questo caso non siamo in presenza di una regola assolutamente anti-epistemica. Qual è infatti la sua *ratio*? A parte l'ovvio riferimento al valore sovraordinato della terzietà e dell'imparzialità del giudice, la si può ravvisare nella tutela del principio del contraddittorio, e in tale veste ancor più distintamente appare riconoscibile dopo la riforma dell'art. 111 Cost.[30]. Orbene, innanzitutto non si deve dimenticare – ci avverte Taruffo – l'accezione epistemologica dell'imparzialità per la quale essa «costituisce una condizione essenziale per la scoperta della verità, è un criterio di verità intrinseco al procedimento di elaborazione del giudizio, ed è quindi una condizione necessaria della verità»[31]. Quanto poi al contraddittorio, è noto come si sia venuto consolidando l'orientamento a considerarlo «quale metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio»[32]. E se è vero

23 M.R. Damaska, *Il diritto delle prove*, cit., p. 27.

24 Osserva opportunamente Tuzet al riguardo che ciò che rileva in simili circostanze «non è l'utilità (epistemica) del singolo *atto* probatorio ma della *regola* di esclusione probatoria» (G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, 2. ed., Torino, 2016, p. 97, n. 9). Altrettanto opportuna è la successiva precisazione: «Potremmo dire che le regole che permettono una divergenza [tra verità processuale e verità materiale, *nda*] hanno una giustificazione *in the long run*: "nel lungo periodo" (non necessariamente qui ed ora) le regole producono degli esiti più desiderabili di quelli che plausibilmente si otterrebbero senza di esse» (*ivi*, p. 97).

25 Riprendo l'inciso da P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, 3. ed., Torino, 2007, p. 323.

26 Cfr. G.F. Ricci, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 54 (2000), pp. 1129-1163, a p. 1139.

27 Cfr. F. Stein, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893, pp. 5 ss.

28 Cfr., per tutti, M. Taruffo, *Art. 115*, in A. Carratta-M. Taruffo *Dei poteri del giudice*, cit., alle pp. 495 ss.

29 B. Cavallone, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in «Rivista di diritto processuale», 64 (2009), pp. 861-873, a p.862.

30 Cfr. M. Menna, *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in «Diritto penale e processo», 9 (2003), pp. 1545-1554.

31 M. Taruffo, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedure civile», 65 (2011), pp. 101-128, a p. 116. Per una più ampia trattazione, si veda, dello stesso Autore, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari ,2009, pp. 119-122.

32 Cfr. Corte Cost., sent. 26 febbraio 2002, n. 32. In argomento, oltre ai testi citati, *infra*, n. 34,, si vedano

che la più recente giurisprudenza costituzionale sembra aver invertito questa tendenza[33], rimane comunque acquisito che il legame del contraddittorio con la ricerca della verità è una delle sue caratteristiche fondamentali, perlomeno altrettanto importante della tradizionale qualifica di modalità tipica di esercizio del diritto individuale di difesa[34].

Sotto entrambi i profili, dunque, in quanto motivato dall'esigenza di imparzialità del giudizio e di garanzia del metodo del contraddittorio, il divieto di scienza privata non può ritenersi radicalmente in contrasto con l'attività cognitiva del processo. Semmai esso evidenzia la natura sociale, compartecipata, di tale attività, anche quando connotata da discrezionalità più o meno ampia. «La discrezionalità del giudice, - scrive in proposito Lombardo - non può significare apprezzamento soggettivo, intimo, irripetibile; essa consiste invece nel fatto che l'organo giudicante è chiamato a fissare i termini della fattispecie concreta che costituiscono i presupposti del suo agire [...] mediante la formulazione di giudizi da adottare alla stregua di criteri "intersoggettivi" (regole d'esperienza o canoni tecnico-scientifici) tratti dalla cultura della comunità in cui esso opera»[35]. A maggior ragione, poi, la decisione del giudice non può basarsi su informazioni che non siano acquisite agli atti del processo, dunque soggette a pubblico controllo. Come rileva il Fiandaca, «è quasi superfluo ricordare che negli ordinamenti democratici la ricerca della verità processuale non può essere impresa solipsistica, ma è un'esperienza collettiva»[36].

Tutto ciò non implica necessariamente il monopolio delle parti sulle prove. Il divieto di scienza privata è perfettamente compatibile con l'esercizio di poteri istruttori da parte del giudice[37]. Richiede piuttosto, proprio per garantire al massimo grado l'imparzialità del giudizio, il contraddittorio sull'uso che il giudice fa dei suoi poteri.

È questo uno dei casi in cui il contraddittorio manifesta compiutamente la sua «funzione epistemica», configurandosi come una «essenziale tecnica di controllo razionale» sulla rilevanza e sull'ammissibilità delle prove che il giudice dispone d'ufficio[38]. Così assunto, infatti, il contraddittorio non è altro che lo strumento principe della ricerca collettiva della verità nel processo.

3. Scienza privata e poteri istruttori del giudice nella concezione tommasiana

in particolare: G. Giostra, *Contraddittorio, (principio del), II. Diritto processuale penale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani. Aggiornamento*, vol. IX, Roma, 2001, pp. 1-13, alle pp. 4-5; A. Balsamo, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in «Cassazione penale», 42 (2002), pp. 387-399, a p. 387; P. Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, pp. 129 ss. Ferrua peraltro osserva che «sul piano della prova il contraddittorio rappresenta la traduzione, in termini oggettivi, dell'imparzialità giurisdizionale» (*ivi*, p. 131).

33 Cfr. P. Gaeta, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale processuale). Quaderno predisposto in* occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiane, spagnola e portoghese (Madrid, 13-15 ottobre 2011), in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Madrid2011_B.pdf, pp. 1-142, alle pp. 15 ss.

34 Sulla "doppia natura" del contraddittorio, soggettiva ed oggettiva, si vedano: P. Tonini, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in «Diritto penale e processo», 6 (2000), pp. 1388-1393; C. Conti, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in «Diritto penale e processo», 6 (2000), pp. 197-202; P. Ferrua, *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in «Diritto penale e processo», 10 (2004), pp. 401-407, alle pp. 403 s.

35 L. Lombardo, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in «Rivista di diritto processuale», 62 (2007), pp. 35-62, a p. 48.

36 G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002, p. 32.

37 Cfr. in proposito M. Taruffo, *Art. 115*, cit., pp. 477-478; M. Menna, *Formazione e previsione*, cit., p. 1551. Come ricerche recenti hanno dimostrato (cfr. in particolare J. Pico I Junoy, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo* iudex debet iudicare iuxta alligata et probata, non secundum conscientiam *y su repercusión actual*, Barcelona, 2007, pp. 161 ss.), era questo, del resto, il significato originario del brocardo *Iudex debet iudicare iuxta alligata et probata, non secundum conscientiam* cui si fa risalire il divieto.

38 Cfr. M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., pp. 176 s. Si veda anche P. Maggio, *I poteri istruttori del giudice penale tra interpretazioni consolidate e nuovi limiti dettati dal principio della "parità delle armi"*, in «Processo penale e giustizia», 2015, pp. 139-153, a p. 144.

Si tratta peraltro di un antico insegnamento, che in particolare trova riscontro e giustificazione nella riflessione tommasiana.

Il tema emerge nell'articolo della *Secunda secundae* in cui si pone il quesito *Utrum iudici liceat iudicare contra veritatem quam novit, propter ea quae in contrarium proponuntur*[39]. Il maestro domenicano l'affronta nell'ambito della sua disamina dei vizi della giustizia, e in particolare nella *quaestio* dedicata alle ingiustizie che i magistrati commettono nel giudicare, considerando un problema che in effetti era da tempo al centro del dibattito dei dottori dell'*utrumque ius*, divisi sui poteri di supplenza del giudice allorquando le sue conoscenze private si trovassero in contrasto con gli *allegata et probata*.

Cavallone ricorda che si era venuto definendo in proposito un vero e proprio «caso di scuola», quello del magistrato al cui cospetto veniva condotto un imputato che egli sapeva innocente, ma che tuttavia appariva colpevole sulla base delle testimonianze raccolte[40]. Come doveva comportarsi in tale evenienza, doveva attenersi agli *allegata et probata*, rischiando però di pronunciare una sentenza iniqua e di commettere un peccato mortale, oppure dare ascolto alla propria *conscientia*, salvandosi così l'anima ma contravvenendo ai doveri istituzionali? Lo studioso osserva che in effetti il dilemma, più che risposte drastiche nell'uno o nell'altro senso, suscitò innanzitutto «la ricerca di un modo per sottrarre il giudice alla drammatica alternativa»[41]. Due furono le soluzioni ritenute principalmente praticabili dal giudice "informato": l'astensione, eventualmente seguita dalla sua testimonianza resa davanti ad un nuovo giudice, e la *suppletio de facto*, il suo intervento attivo nella formazione del materiale probatorio, «in modo tale che al momento del giudizio i *probata* e la *conscientia* convergano al medesimo risultato»[42].

Vediamo dunque qual è la posizione dell'Aquinate.

Poiché l'ingiustizia che *in primis* Tommaso vuole evitare nell'articolo menzionato consiste fondamentalmente nell'*arbitrium iudicis*[43], non ci si dovrebbe stupire troppo se la tesi che egli difende può sembrare a prima vista formalistica. Riprendendo quanto in precedenza sostenuto[44], il maestro domenicano

39 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2.

40 Cfr. B. Cavallone, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata*, cit., p. 864. Essendo un caso "di scuola", si comprende quanto possa essere vasta la letteratura dottrinale accumulatasi in argomento. Ci limitiamo quindi a segnalare solo i principali studi critici che l'hanno ad oggetto: M. Radin, *The Conscience of the Court*, in «The Law Quarterly Review», 48 (1932), pp. 506-520; J. Delanglade, *Le juge, serviteur de la loi ou gardien de la justice selon la tradition théologique*, in «Revue de droit canonique», 10 (1960), pp. 141-164; 11 (1961), pp. 3-31; K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata et probata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967; D. Maffei, *Il giudice testimone e una "quaestio" di Jacques de Révigny (Ms Bon. Coll. Hisp. 82)*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 35 (1967), pp. 54-75, ora in ID., *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Keip Verlag, Goldbach 1995, pp. 65-88, 527-528; R. Fraher, *Conviction according to Conscience. The Medieval Jurists' Debate concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*, in «Law and History Review», 7 (1989), pp. 232-288; L. Mayali, *Entre idéal de justice et faiblesse humaine: le juge prévaricateur en droit savant*, in *Justice et justiciables. Mélanges Henri Vidal. Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays du droit écrit*, Montpellier, 1994, pp. 91-103; A. Padoa-Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, a cura di J.M. Carbasse e L. Depambour-Tarride, Paris, 1999, pp. 95-129; trad. it. *La coscienza del giudice*, in ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 251-292.

41 B. Cavallone, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata*, cit., p. 865.

42 Ibid.

43 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, *sed contra*: «Sed contra est quod Augustinus dicit, *super Psalt.: Bonus iudex nihil ex arbitrio suo facit, sed secundum leges et iura pronuntiat*. Sed hoc est iudicare secundum ea quae in iudicio proponuntur et probantur. Ergo iudex debet secundum huiusmodi iudicare, et non secundum proprium arbitrium». Come nota Padoa-Schioppa (*Italia ed Europa nella storia del diritto*, cit., pp. 257 e n. 18, 263 e n. 38), il passo citato, che i manoscritti attribuiscono concordemente ad Agostino, appartiene in realtà al commento al *Libro dei Salmi* scritto da S. Ambrogio (Ambrosius, *In Psalm.* CXVIII, serm. 20, super vers. 156, PL 15, 1571), e, inserito nel *Decreto* di Graziano (P. II, causa 3, q. 7, can. 4, *Iudicet* §1 *Bonus iudex*, ed. Ae. Friedberg, *Corpus iuris canonici*, Leipzig 1879/1881; Graz, 1959, vol. I, *Decretum Magistri Gratiani*, p. 527), veniva normalmente utilizzato dai canonisti sostenitori del principio che esige di giudicare *secundum allegata et probata*.

44 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 60, a. 6; *ivi*, q. 67, a. 1.

fissa una premessa maggiore difficilmente contestabile, secondo cui giudicare pertiene al giudice in quanto questi svolge una funzione pubblica, e ne deriva conseguentemente la conclusione per cui, nel decidere una causa, il magistrato deve procedere in base a ciò che conosce come persona pubblica e non in base alla sua scienza privata. Per questo, oltre che alle leggi comuni, divine e umane, egli deve attenersi agli atti e alle risultanze processuali, ai documenti e alle testimonianze prodotte nel corso del dibattimento, più che a quanto eventualmente apprendesse per conoscenza diretta. Di tali personali informazioni egli potrebbe servirsi tutt'al più – scrive Tommaso - «per indagare con maggior rigore [*districtius*] le prove addotte e scoprirne l'inganno [*earum defectum*]. Ma se, a norma di legge [*de iure*], non potesse respingerle, nel giudicare non dovrà discostarsi da esse»[45].

Motivata dall'esigenza di preservare l'imparzialità e la terzietà del giudizio, la tesi sostenuta dall'Aquinate appare a questo fine talmente obbligata che egli non esita a riproporla in un altro articolo della *Summa* di fronte a un caso estremo, quello in cui si tratta di condannare a morte un imputato che si sa innocente e la cui colpevolezza risulta nondimeno provata in base a false deposizioni[46]. Perfino in un caso del genere, secondo Tommaso, il giudice potrà soltanto riesaminare i testimoni con maggiore diligenza [*diligentius*], come fece il profeta Daniele, al fine di trovare un modo per scagionare l'innocente, o al massimo, se questo non fosse possibile, rimettere la causa ad una corte superiore. Qualora però anche un simile rimedio si rivelasse impraticabile, egli non peccherebbe pronunciando la sentenza capitale *secundum allegata*: non sarebbe infatti lui ad uccidere l'innocente, ma gli accusatori[47].

Questa conclusione, tuttavia, proprio per la sua tragica paradossalità, già all'epoca suscitava non poche obiezioni, come dimostrano non solo i numerosi fautori dell'opinione opposta[48], ma le stesse argomentazioni eccepenti al *iudicium contra veritatem* nel primo dei due articoli sui vizi della giustizia che stiamo esaminando. Poiché concernono direttamente l'oggetto della nostra ricerca, vale la pena di considerarle brevemente. Sono quattro.

La prima fa riferimento a un passo del *Deuteronomio* che invita a rivolgersi ai giudici leviti perché determinino la *veritas iudicii*: è in base ad essa pertanto che i giudici devono giudicare rigettando le false testimonianze[49]. Nella seconda si afferma che non si possono pronunziare sentenze contraddicenti dati di cui si è personalmente a conoscenza poiché, secondo le Scritture, *in iudicando* bisogna conformarsi al giudizio divino che è *secundum veritatem*[50].

45 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2: «[...] sicut dictum est, iudicare pertinet ad iudicem secundum quod fungitur publica potestate. Et ideo informari debet in iudicando non secundum id quod ipse novit tanquam privata persona, sed secundum id quod sibi innotescit tanquam personae publicae. Hoc autem innotescit sibi et in communi, et in particulari. In communi quidem, per leges publicas, vel divinas vel humanas: contra quas nullas probationes admittere debet. In particulari autem negotio aliquo, per instrumenta et testes et alia huiusmodi legitima documenta: quae debet sequi in iudicando magis quam id quod ipse novit tanquam privata persona. Ex quo tamen ad hoc adiuvari potest ut districtius discutiat probationes inductas, ut possit earum defectum investigare. Quod si eas non possit de iure repellere, debet, sicut dictum est, eas in iudicando sequi».

46 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 64, a. 6, ad 3.

47 Cfr. *Ibid.*: «iudex, si scit aliquem esse innocentem qui falsis testibus convincitur, debet diligentius examinare testes, ut inveniat occasionem liberandi innoxium, sicut Daniel fecit. Si autem hoc non potest, debet eum ad superiorem remittere iudicandum. Si autem nec hoc potest, non peccat secundum allegata sententiam ferens: quia non ipse occidet innocentem, sed illi qui eum asserunt nocentem».

48 Se ne veda una rassegna esemplificativa in Padoa-Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, cit., pp. 251-292.

49 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, arg. 1: «Dicitur enim Deut. XVII: Venies ad sacerdotes Levitici generis, et ad iudicem qui fuerit in illo tempore, quaeresque ab eis, qui indicabunt tibi iudicii veritatem. Sed quandoque aliqua proponuntur contra veritatem: sicut cum aliquid per falsos testes probatur. Ergo non licet iudici iudicare secundum ea quae proponuntur et probantur, contra veritatem quam ipse novit».

50 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, arg. 2: «Praeterea, homo in iudicando debet divino iudicio conformari: *quia Dei iudicium est*, ut dicitur *Deut.* I. Sed *iudicium Dei est secundum veritatem*, ut dicitur *Rom.* II: et Isaiae XI praedicitur de Christo: *Non secundum visionem oculorum*

Nella terza, con il conforto di un brano paolino, si osserva che, poiché circa i fatti notori non sono richieste prove, potrà non attenervisi anche il giudice che conosca per proprio conto come sono andate realmente le cose[51]. Nella quarta, infine, si sostiene che giudicare *secundum allegata* contro la verità che si conosce equivale a giudicare *contra conscientiam*, e questo è peccato[52].

A queste obiezioni Tommaso, conformemente allo schema tipico della *quaestio disputata*, ribatte dopo la *solutio*, e lo fa, ovviamente, riprendendo innanzitutto quanto in precedenza stabilito[53], ma questa volta, dovendo a ciascuna fornire una puntuale risposta, affronta più apertamente il problema del rapporto tra giudizio e verità. Consideriamo dunque le repliche dell'Aquinate, riportando anch'esse nell'ordine da lui seguito, che è poi lo stesso, peraltro, degli *argumenta* cui si contrappongono.

Nell'*ad primum* si puntualizza che secondo il passo deuteronomico citato i giudici devono sì accertare la verità [*veritatem iudicare*], ma in base alle prove presentate loro nel dibattimento [*secundum ea quae fuerunt sibi proposita*][54]. Nell'*ad secundum* si sottolinea che a Dio solo è lecito giudicare in base alla verità che conosce personalmente e non in base ad informazioni ricevute da altri [*secundum veritatem quam ipse cognoscit, non secundum hoc quod ab aliis accipit*], poiché Egli non riceve da altri il potere di giudicare; lo stesso non si può dire però degli altri giudici, che giudicano con un potere conferito loro da altri[55]. Nell'*ad tertium* si ammette che circa i fatti a tutti noti non sono richieste prove, ma si ribadisce contestualmente che, quando i fatti sono noti al giudice e non agli altri, o agli altri e non al giudice, è necessaria la discussione della causa [*si autem sit manifestum iudici et non aliis, vel aliis et non iudici, tunc est necessaria iudicii discussio*][56]. Nell'*ad quartum*, infine, si precisa che, se nelle vicende private si è tenuti a conformare la coscienza alle proprie conoscenze [*ex propria scientia*], viceversa, nello svolgimento di un incarico pubblico, qual è la funzione giurisdizionale, occorre conformare la propria coscienza alle conoscenze acquisibili nelle pubbliche udienze [*secundum ea quae in publico iudicio sciri possunt*][57].

Tutte le obiezioni sono così respinte. E con la risposta alle obiezioni abbiamo ormai a disposizione anche sufficienti elementi per delineare più chiaramente la posizione di Tommaso sul punto che ci interessa. Proviamo dunque a riesaminare i dati a questo fine

iudicabit, neque secundum auditum aurium arguet: sed iudicabit in iustitia pauperes, et arguet in aequitate pro mansuetis terrae. Ergo iudex non debet, secundum ea quae coram ipso probantur, sententiam ferre contra ea quae ipse novit».

51 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, arg. 3: «Praeterea, idcirco in iudicio probationes requiruntur ut fides fiat iudici de rei veritate: unde in his quae sunt notoria non requiritur iudicialis ordo; secundum illud I *ad Tim.* v: *Quorundam hominum peccata manifesta sunt, praecedentia ad iudicium*. Si ergo iudex per se cognoscat veritatem, non debet attendere ad ea quae probantur, sed sententiam ferre secundum veritatem quam novit».

52 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, arg. 4: «Praeterea, nomen conscientiae importat applicationem scientiae ad aliquid agibile, ut in Primo habitum est. Sed facere contra conscientiam est peccatum. Ergo iudex peccat si sententiam ferat, secundum allegata, contra conscientiam veritatis quam habet». La citazione si riferisce alla trattazione sulla *conscientia* nella *Prima pars* della *Summa* (q. 79, a. 13).

53 Cfr., *supra*, la nota 45.

54 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, ad 1: «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».

55 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, ad 2: «Ad secundum dicendum quod Deo competit iudicare secundum propriam potestatem. Et ideo in iudicando informatur secundum veritatem quam ipse cognoscit, non secundum hoc quod ab aliis accipit. Et eadem ratio est de Christo, qui est verus Deus et homo. Alii autem iudices non iudicant secundum propriam potestatem. Et ideo non est similis ratio».

56 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, ad 3: «Ad tertium dicendum quod Apostolus loquitur in casu quando aliquid non solum est manifestum iudici, sed sibi et aliis, ita quod reus nullo modo crimen infitiari potest, sed statim ex ipsa evidentia facti convincitur. Si autem sit manifestum iudici et non aliis, vel aliis et non iudici, tunc est necessaria iudicii discussio».

57 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, ad 4: «Ad quartum dicendum quod homo in his quae ad propriam personam pertinent, debet informare conscientiam suam ex propria scientia. Sed in his quae pertinent ad publicam potestatem, debet informare conscientiam suam secundum ea quae in publico iudicio sciri possunt, etc.».

rilevanti.

Sappiamo in primo luogo che nel giudizio processuale ci si pronuncia sulla verità. *Iudices debent veritatem iudicare*, scrive Tommaso nella prima risposta[58]. E qui il verbo va inteso primariamente nel suo significato più comune, per cui la verità è "oggetto", piuttosto che "prodotto", del giudizio. L'accezione performativa è da escludere, in quanto sicuramente incongrua rispetto al contesto. In ogni caso, anche qualora si volesse ammetterne la possibilità, non sarebbe impedito il raggiungimento di una prima certezza: che per l'Aquinate nel giudizio è in gioco la verità, "si tratta" della verità.

Si può convenire, inoltre, senza difficoltà, su un altro fatto, ovvero che Tommaso sembra rispondere in modo sostanzialmente positivo alla domanda posta nell'*incipit* dell'articolo: egli sembra sostenere cioè che al magistrato sia lecito giudicare *secundum allegata et probata*, anche *contra veritatem quam novit*. Diciamo "sembra", perché in effetti questo riconoscimento della liceità di un giudizio *contra veritatem* non emerge espressamente dal *corpus* e dalle risposte. D'altra parte, nel *corpus* e nelle risposte si ribadisce che ci possono essere delle conoscenze private diverse e perfino opposte a quelle pubbliche in base a cui si giudica[59]. Esiste dunque almeno l'eventualità che la verità, intesa come corrispondenza tra una conoscenza e la realtà, sia anche solo parzialmente discordante rispetto a quanto enunciato nel giudizio. E questo ci dà la definitiva sicurezza che per l'Angelico essa, "oggetto" del giudizio, non può affatto venire semplicemente identificata con il suo esito.

Secondo il testo tommasiano, peraltro, le conoscenze private possono svolgere un'importante funzione all'interno del processo. Possono infatti stimolare nel giudice la ricerca di falsità nei documenti e nelle testimonianze: come abbiamo visto, egli «può servirsene per indagare con maggior rigore le prove addotte e scoprirne l'inganno»[60]. Nel caso in cui poi tali conoscenze siano vere, sarebbe la verità stessa che, oltre ad essere orientativa, risulterebbe svolgere un ruolo peirastico, esaminativo, nell'agone forense.

È evidente comunque, al riguardo, che Tommaso, per consentire il recupero di informazioni altrimenti inutilizzabili, ammette apertamente nel passo appena citato l'esercizio di poteri istruttori da parte del giudice. Pur accogliendo il principio dispositivo in senso sostanziale[61], egli sostiene in termini inequivoci che il magistrato può intervenire nell'assunzione delle prove al fine di impedire che venga compromessa la corretta ricostruzione dei fatti della causa. Ebbene, proprio il riferimento a questa facoltà giudiziale, mostrandoci che la verità rimane uno scopo del processo, ci consente di comprendere meglio la posizione complessiva dell'Aquinate. Possiamo ritenere infatti che il senso della *solutio* tommasiana non sia la limitazione della ricerca della verità a favore dei diritti delle parti, o dell'istituzione, ma la ricerca collettiva della verità, condotta dialetticamente in una pubblica udienza. In altri termini, si direbbe che per Tommaso il giudizio contrastante con la scienza privata possa essere accettato non solo per le maggiori garanzie di imparzialità offerte da un accertamento condiviso, ma perché, lungi dall'essere *contra veritatem*, rappresenta la via più sicura per accedere alla verità.

A sostegno di questa tesi, oltre al *favor veritatis* che tipicamente contraddistingue la filosofia tommasiana[62], si può addurre un'ul-

58 Cfr., *supra*, la nota 54.

59 Cfr., *supra*, le note 45 e 57.

60 Cfr., *supra*, la nota 45.

61 Cfr. *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 3. Tommaso mostra qui chiaramente la sua adesione al principio accusatorio, ancora ampiamente diffuso nella procedura del suo tempo, secondo cui spetta solo alle parti la disponibilità dell'oggetto del processo. Si vedano in proposito le *Notes ecplicatives* di C. Spicq a Saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique. La justice, t. III. Les péchés d injustice*, Société Saint Jean l Évangéliste, Paris 1947, pp. 257-358, a p. 265, e le puntuali osservazioni di A. Laingui, *L'ordo iudiciarius selon saint Thomas*, in *L'educazione giuridica. VI – Modelli storici della procedura continentale. Tomo I – Profili filosofici, logici, istituzionali*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Napoli, 1994, pp. 33-47, spec. alle pp. 37-38.

62 Si veda per tutti J.P. Torrell, *Initiation à saint Thomas d'Aquin. Sa personne et son oeuvre*, Cerf, Paris 2015, che anche attraverso il titolo dell'edizione italiana (*Amico*

tima, importante, considerazione. Per l'esattezza, possiamo notare che al modo in cui, allorché vi siano opinioni diverse circa la verità metafisica o empirica, questa può essere indagata solo attraverso il loro confronto dialettico, lo stesso accade nell'ambito del processo. Come Tommaso afferma nella terza risposta, «quando i fatti sono noti al giudice e non agli altri, o agli altri e non al giudice, allora è necessaria la discussione della causa»[63]. Anche se potrebbe essere falsa, persino se fossimo personalmente sicuri che lo sia, la conoscenza ottenuta in tribunale con il contributo delle parti rappresenta purtuttavia, fino a prova contraria, la massima approssimazione possibile alla verità.

In questo senso appare particolarmente opportuno il rimedio proposto da molti autorevoli commentatori della *Summa*, secondo cui il giudice giusto e prudente, qualora si veda costretto dalle risultanze processuali a condannare un imputato che sa innocente, dovrebbe piuttosto non solo rimettere la causa ad un giudice superiore, ma presentarsi al nuovo tribunale in qualità di testimone[64]. Si tratta di un rimedio che, per quanto non espressamente previsto dall'Aquinate, appare perfettamente consono allo spirito della sua concezione, poiché suggerisce che la soluzione del problema delle conoscenze private difformi rispetto alle pubbliche deve essere cercata sempre solo dialetticamente, solo all'interno del processo.

4. Conclusione

Il processo emerge, dunque, dall'analisi fin qui condotta, come la "via" più sicura alla verità. La dottrina tommasiana in argomento, sebbene di non immediata individuazione, appare ora del tutto perspicua. Estrapolandone le principali tesi, possiamo così conclusivamente riassumerla: 1 - nel giudizio del giudice è in gioco la verità, "si tratta" della verità; 2 - la verità, intesa come *adaequatio* dell'intelletto alla realtà, può però essere diversa rispetto a quanto enunciato nel giudizio; 3 - la conoscenza ottenuta in tribunale con il contributo delle parti, ed espressa nel giudizio, rappresenta in ogni caso, in rapporto alle prove pubblicamente acquisite, la massima approssimazione possibile alla verità, per lo meno nel contesto del processo.

Potremmo aggiungere una quarta tesi, che si ricava immediatamente dalla precedente: il principale "mezzo" della ricerca forense della verità è il confronto dialettico tra il giudice e le parti.

Si tratta di una tesi indubbiamente avanzata sul piano giuridico, con cui risultano peraltro compatibili anche gli istituti *supra* considerati, il divieto di scienza privata e l'azionabilità dell'iniziativa istruttoria del giudice. Tommaso ci mostra come essi, pur apparentemente discordanti, possano trovare una composizione sistematica proprio nella prospettiva metodologica per lui imprescindibile di una ricerca controllata della verità.

Alla base, vi sono profonde esigenze filosofiche. Si profila infatti qui un'importante implicazione teoretica della concezione emergente dai brani riportati della *Summa*: l'idea che la ricerca della verità è opera collettiva, condivisa, non puramente individuale, soggettiva.

Elvio Ancona è professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Udine, dove insegna Filosofia del diritto, e Teoria generale e metodologia della scienza giuridica. Ha pubblicato numerosi saggi sul pen-

della verità. Vita e opere di Tommaso d'Aquino, 3. ed. ampliata e rivista, Bologna, 2017) lascia chiaramente intendere la speciale predilezione dell'Aquinate.

63 Cfr., *supra*, la nota 56.

64 Si vedano ad esempio: *Secunda Secundae Summae Theologiae cum commentariis Thomae de Vio Caietani Ordinis Praedicatorum*, ed. Leonina, t. 9, Romae, 1897, p. 101; Francisco de Vitoria, O.P., *De justitia*, ed. preparada por el R. P. V. Beltrán de Heredia, O. P., t. 2 (2. 2. qq. 67-88), Madrid, 1934, p. 12; Domingo de Soto, O. P., *De iustitia et iure libri decem*, versión española del P. M. González Ordóñez, t. 3, Madrid, 1968, pp. 436, 438; C.R. Billuart, O. P., *Summa Sancti Thomae, hodiernis academiarum moribus accomodata, sive Cursus Theologiae juxta mentem Divi Thomae*, t. 6, Paris, 1855, p. 307. Come ricordava Radin, *The Conscience of the Court*, cit., pp. 516 e s., un siffatto espediente era peraltro già stato proposto per il caso in discussione da John Wyclif, *Tractatus de civili dominio*, II, 16, ed. Loserth, London-New York-Frankfurt a.M., 1966, vol. II, p. 232.

siero giuridico medievale e sulla filosofia tomistica del diritto, tra cui i volumi monografici: Alle origini della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo, *Torino, 2004;* Marsilio da Padova. Indagine su un enigma storiografico, *Padova, 2012;* Via iudicii. Contributi tomistici alla metodologia del diritto, *Padova, 2012. Ha inoltre curato con Gabriele De Anna il volume* Il tomismo giuridico del XX secolo. Antologia di autori e testi, *Torino, 2015.*

elvio.ancona@uniud.it