

IL DIVIETO DI UTILIZZAZIONE DELLA SCIENZA PRIVATA DEL GIUDICE (*)

SOMMARIO: 1. Fondamento del divieto. Il processo come gioco. – 2. Scienza privata e concezioni della prova. – 3. *Allegata et probata e conscientia iudicis*. – 4. I contenuti possibili della *suppletio de facto*. – 5. «Notorietà giudiziale»? *Gerichtskundigkeit, notorium iuris, judicial notice*. – 6. Scienza privata e utilizzazione di informazioni raccolte in altro processo. – 7. Scienza privata e accadimenti processuali non documentati *in actis*. – 8. Rimedi contro la sentenza resa *secundum conscientiam*.

1. – Il divieto, per il giudice, di utilizzare ai fini della decisione la sua

(*) Questo scritto riproduce, con minimi adattamenti formali, la voce *Divieto di scienza privata*, predisposta per il *Dizionario del diritto privato*, diretto da Natalino Irti, di imminente pubblicazione presso Giuffrè.

Mi sembra opportuno precisare che la nota bibliografica qui pubblicata in calce è quella redatta originariamente a corredo della mia predetta “voce”, e tiene pertanto conto soltanto di scritti pubblicati fino a tutto il 2006.

Successivamente, sono comparsi due scritti, sicuramente rilevanti per il tema, di Joan Picó i Junoy: la monografia *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, e l’articolo (in sostanza un sunto della stessa monografia) *Judex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della errónea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1497 ss.

In sostanza, questi scritti illustrano, con amplissimo e prezioso corredo bibliografico, come il brocardo in questione, privato delle parole *non secundum conscientiam*, sia stato frequentemente citato, dalla dottrina moderna, come una enunciazione del c.d. principio dispositivo in senso processuale o improprio (*Verhandlungsmaxime*), abitudine della quale è espressione anche la formulazione del nostro art. 115 c.p.c.; mentre esso, nelle sue lezioni più antiche e compiute, enuncia in realtà proprio e soltanto il divieto di utilizzazione della scienza privata. In questo senso gli scritti di Picó i Junoy riprendono tesi già puntualmente svolte da altri scrittori, tedeschi e italiani, e in particolare da K.W. Nörr, nella fondamentale monografia del 1967, e da me nel saggio del 1976 *Crisi delle Maximen etc.* e in vari scritti successivi (tutti citati qui dalla nota bibliografica). Del che, del resto, lo stesso Picó i Junoy dà correttamente atto nella sua monografia (a p. 23 ss. per quanto riguarda Nörr, a pp. 69-70 per quanto riguarda chi scrive).

(eventuale) conoscenza *privata* dei fatti controversi pare un principio talmente ovvio da non meritare nemmeno una espressa enunciazione normativa.

Solitamente, infatti, le leggi processuali lo riconoscono solo indirettamente, o per meglio dire *a contrario*, stabilendo che è consentito al giudice tenere liberamente conto, senza bisogno di prova, dei fatti che sono noti (anche) *pubblicamente*, cioè dei *fatti notorii*. Tale è il caso, per esempio, del nostro art. 115 c.p.c., o del § 291 della *Zivilprozessordnung* tedesca, o della *rule 201* delle *Federal Rules of Evidence*.

Da questo punto di vista appare anomala, anzi, proprio una norma come l'art. 97 delle disposizioni di attuazione del nostro c.p.c., secondo il quale «Il giudice non può ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé, né può ricevere memorie se non per mezzo della cancelleria». Enunciazione peraltro riduttiva, che fa pensare quasi ad una regola di natura deontologica, o disciplinare (evocando l'immagine di qualche avvocato disinvolto che, fuori udienza, «all'ora e al modo dei chiroterri», come diceva Aurelio Candian, va a trovare il giudice nella sua stanza per parlargli della propria causa), indegna appunto di trovare posto nel testo del codice.

A ben guardare, invece, la libera utilizzabilità del fatto notorio è soltanto un corollario, o un temperamento inevitabile, del predetto divieto, mentre proprio questo è addirittura il principio fondamentale che regge, e ha sempre retto, in ogni processo, la formazione del giudizio di fatto.

Il processo, come si sa, si colloca e si svolge – come un rito magico o religioso, o un dramma, ma soprattutto come *un gioco*, essendone carattere essenziale l'incertezza dell'esito – in una dimensione spaziale e temporale separata da quella della «vita reale», ed è sottoposto a regole di comportamento e a gerarchie di valori diverse. Vi si assumono ruoli convenzionali (l'attore, il convenuto, l'interveniente, etc.), vi si parla un linguaggio difficilmente comprensibile ai non iniziati. Infatti i soggetti effettivi degli interessi che nel processo si contrappongono – giacché appunto la funzione di risolvere controversie reali è ciò che lo distingue dal gioco vero e proprio, dove i contrasti sono creati artificialmente – di solito non vi partecipano nemmeno direttamente, ma vi vengono impersonati da giocatori professionali, i quali indossano addirittura (oggi di fatto meno che un tempo, ma virtualmente ancora e sempre) divise regolamentari, uguali per tutti.

Ora, questa «separatezza» del processo dal mondo reale – i miniatori medievali lo raffiguravano come un recinto, e proprio di *Hegung* si parlava nell'antico diritto germanico – non può non trovare riscontro anche nella chiusura, o «finitezza», dell'orizzonte cognitivo del giudice, che ne sta al centro e che non può uscirne senza determinare l'interruzione del gioco. Dunque, la sua decisione sul fatto (non anche quella sul diritto, giacché *iura novit curia*, e la «curia» esiste stabilmente e istituzionalmente, anche nel mondo reale, indipendentemente dalla celebrazione di ogni singolo processo)

dovrà essere costruita soltanto con le informazioni che sono acquisite al processo per esservi state introdotte secondo le sue peculiari regole: non genericamente in base a ciò che il giudice *sa*. *Non refert quid notum sit, si notum non sit in forma iudicii. Quod non est in actis non est de hoc mundo*. Apparterrà magari al mondo, ma non a *questo* mondo, che è l'unico nel quale il giudice possa esercitare i propri poteri.

Dopo di che, vi sono bensì nozioni di fatto che il giudice può, e anzi deve, utilizzare pur avendole apprese altrove: per l'appunto i fatti notorii, oltre alle cd. regole di esperienza. Ma ciò perché, trattandosi di conoscenze che il giudice condivide, almeno virtualmente, con *tutti* i membri della collettività nel cui nome dovrà essere pronunciata la sentenza, esse appartengono *già* anche al processo, senza bisogno di esservi introdotte formalmente; mentre per converso un giudizio di fatto che apparisse contrastante con ciò che tutti comunque conoscono, o possono facilmente verificare (l'*evidentia rei*, o le nozioni di «comune esperienza»), non avrebbe alcuna credibilità e conseguentemente alcuna autorità. Non potrebbe, dicevano gli antichi, nemmeno diventare giudicato, perché sarebbe soltanto la conclusione formale del gioco, ma non riuscirebbe a realizzare la funzione pratica di risolvere una controversia reale: che, come si è detto, è proprio il carattere differenziale tra il processo e il gioco.

2. – A questo punto, tuttavia, ci si deve dare carico di una complicazione rilevante sia sul piano teorico che su quello della storia del processo e della cultura giuridica.

Ed infatti, la giustificazione del divieto di utilizzazione della scienza privata, che ora si è prospettata in termini per così dire antropologico-strutturali, è palesemente coerente, e si armonizza senza difficoltà, con quello che Alessandro Giuliani definisce l'*ordine isonomico* del processo: dove il contraddittorio delle parti ha carattere *costitutivo* del sapere del giudice, il cui ruolo, anche in termini etici, è quello del garante delle regole del dibattito, nel contesto di una concezione topico-retorica e «argomentativa» della prova: cosicché non solo l'utilizzazione da parte sua di informazioni derivate da fonti diverse (salvi sempre il notorio e le regole di esperienza, la cui cognizione è indispensabile ed ineliminabile), ma anche qualsiasi suo intervento attivo nell'indagine sul fatto equivarrebbe ad una intollerabile *perversio ordinis*.

Quella giustificazione può invece apparire meno coerente con il c.d. *ordine asimmetrico* e con la concezione «razionale» e/o «dimostrativa» della prova, progressivamente affermatasi nel processo romano-canonico e divenuti predominanti nei moderni ordinamenti processuali (o almeno in quelli «continentali», altre essendo tradizionalmente la struttura e la filosofia del *trial* angloamericano). Se si ritiene infatti che il processo debba tendere all'accertamento di una verità unica ed oggettiva (sia pure eventualmente «formale»), quando i criteri di razionalità siano imposti al giudice normativamente, e comunque nella misura consentita dal rispetto delle regole procedimen-

tali), una corresponsabilizzazione almeno «suppletiva» del giudice – concepito allora come portatore vicario dell’onniscienza divina – diventa non solo ammissibile, ma anche eticamente doverosa.

Al centro di questa problematica si collocano le plurisecolari discussioni dei giuristi medioevali intorno al famoso e ancor oggi ripetutissimo brocardo *iudex secundum allegata et probata iudicare debet, non secundum conscientiam* (o altre lezioni equivalenti), con tutte le implicazioni di natura etica, teologica, filosofica e psicologica del concetto di *conscientia iudicis*, e con la connessa questione, di rilievo più specificamente processuale, dei limiti di ammissibilità della cd. *suppletio de facto*.

La straordinaria ricchezza di questa produzione teorica può essere constatata anche da chi non sia professionalmente uno storico del diritto, grazie alle minuziose indagini sulle fonti svolte dalla dottrina moderna, in particolare tedesca (si dovrebbero ricordare soprattutto il saggio di Richard Schmidt e la meno risalente monografia di Knut Wolfgang Nörr, più ancora che il libro celeberrimo di Friederich Stein intitolato proprio al *privates Wissen des Richters*, dove il tema specifico è trattato solo di riflesso, o incidentalmente).

Ai fini limitati di questo scritto, si può comunque tentare di trarre da quella inesauribile miniera almeno qualche spunto per la migliore comprensione di quali siano, anche oggi, i termini teorici e pratici del problema.

3. – Il caso di scuola dal quale spesso muovono le speculazioni e le discussioni delle fonti è quello, di immediato impatto anche emotivo, del giudice che ha assistito casualmente, per strada o dalla finestra di casa, ad un omicidio, e si trova poi a dover giudicare un accusato che egli *sa* non essere il vero assassino, ma la cui colpevolezza è attestata da prove apparentemente inconfutabili (meno stimolante doveva essere il caso inverso dell’omicida conosciuto come tale «privatamente» dal giudice, contro il quale però non esistono prove sufficienti: probabilmente perché l’immagine di un innocente mandato in carcere o al patibolo ha sempre suscitato reazioni emotive più forti e giudizi morali più severi che quella di un delinquente assolto).

Altro analogo *casus conscientiae*, forse concretamente riscontrabile con qualche frequenza nella prassi del processo canonico, è quello dell’ecclesiastico, chiamato a giudicare in pubblica sede su fatti da lui appresi, nel segreto della confessione, in senso divergente da quello che emerge dalle risultanze processuali.

Che cosa dovrà fare il giudice in situazioni siffatte: attenersi alla regola giuridica che per l’appunto gli impone di giudicare *iuxta allegata et probata*, così però rischiando di commettere un peccato anche peggiore di quello del quale ha avuto personale notizia positiva o negativa, oppure dare ascolto alla *conscientia*, salvandosi l’anima ma contravvenendo ai propri doveri istituzionali?

Il quesito, così posto, sembra idoneo a suscitare, e di fatto suscitò, non

tanto risposte drastiche nell'uno o nell'altro senso, magari rispettivamente da parte dei giuristi e dei teologi, quanto prima di tutto la ricerca di un modo per sottrarre il giudice alla drammatica alternativa. E a questo fine si è pensato principalmente a due strade.

La prima è quella dell'*astensione*. Il giudice che abbia privata conoscenza dei fatti di causa, acquisita fuori del processo, non deve giudicare né *secundum allegata et probata*, né *secundum conscientiam*: non deve giudicare affatto, bensì astenersi e se mai presentarsi al nuovo giudice in veste di testimone, così rispettando l'ovvia incompatibilità tra i due ruoli, e il principio per cui nel processo «*non debe un home tener logar de dos*» (come diceva la *Ley de las Siete Partidas* di Alfonso X il Saggio).

La seconda, talvolta condizionata alla eventuale impraticabilità della prima *de iure condito*, è quella di consentire al giudice di interferire nella formazione del materiale di fatto sul quale dovrà decidere, in modo tale che al momento del giudizio i *probata* e la *conscientia* convergano al medesimo risultato. Ma è a questo punto che l'interpretazione del famoso brocardo coinvolge la problematica della *suppletio de facto*: come attesta vistosamente anche il fatto che la dottrina moderna – non per un errore di traduzione, bensì muovendo da una concezione ideale e teorica estranea alla sua formulazione originaria (che Nörr fa risalire a data anteriore al 1160) – lo abbia per lo più interpretato (e così anche il nostro legislatore, nella rubrica dell'art. 115 c.p.c.) come una enunciazione del cd. «principio dispositivo», nel senso specifico di *Verhandlungsmaxime*, cioè del monopolio delle parti sulle iniziative istruttorie.

4. – Per la verità, quella di *suppletio de facto* (come del resto, in larga misura, quella moderna di «principio inquisitorio» o *Untersuchungsmaxime*) appare, dall'angolo visuale della teoria del processo, una nozione alquanto indeterminata, che rimanda bensì, univocamente, all'abbandono, da parte del giudice, della posizione di assoluta estraneità rispetto all'acquisizione delle informazioni (le prove *inartificiales*) e alla costruzione delle argomentazioni (le prove *artificiales*) funzionali alla formulazione del giudizio di fatto, riservatagli nel contesto dell'ordine isonomico e della classica concezione topico-retorica della prova; ma poi non identifica in termini altrettanto univoci i modi e le forme in cui – nel diverso contesto dell'ordine asimmetrico e della concezione razionale e dimostrativa – possono realizzarsi l'interferenza e la corresponsabilizzazione del giudice in quella che oggi si definisce istruzione probatoria.

Semplificando la tipologia di queste interferenze secondo i concetti invalsi nella migliore dottrina moderna, si può pensare che siano attribuiti al giudice addirittura poteri di «istruzione primaria», cioè il potere, caratteristico del «processo inquisitorio», di ricercare *sua sponte* nella realtà extraprocessuale le informazioni rilevanti per la verifica dei *themata probanda* (il complesso dei cd. fatti principali affermati). Oppure che gli compe-

tano più ridotti ma significativi poteri di «istruzione secondaria» (secondo quel «metodo acquisitivo» che può trovare posto anche in un «processo di parti», in alternativa al «metodo dispositivo», sempre per usare la rigorosa ed efficace terminologia di Benvenuti), in funzione integrativa delle iniziative delle parti, come per esempio il potere di ordinare d'ufficio l'esibizione di documenti ai quali esse si siano riferite senza tuttavia produrli, o l'audizione di persone che le parti abbiano menzionato siccome a conoscenza dei fatti controversi, senza tuttavia «dedurne» esplicitamente la testimonianza. Oppure ancora si può immaginare che il giudice possa soltanto gestire e sfruttare autonomamente le fonti già introdotte nel processo, per esempio ricavando dai documenti acquisiti agli atti informazioni e inferenze anche diverse da quelle offerte e argomentate dalle parti, o rivolgendo ai testimoni, o alle parti stesse, domande di chiarimento relative a circostanze di fatto (beninteso secondarie) eventualmente diverse da quelle dichiarate (come quelli che gli anglosassoni chiamano *facts affecting the weight of evidence*).

Tutti questi poteri, per l'appunto, sono prima di tutto concepibili ed utilizzabili in funzione di quell'«accertamento della verità» (unica e oggettiva) che gli ordinamenti processuali del Continente pongono ormai da secoli tra gli scopi principali del processo. E di ciò non è qui il caso di discutere. Ma, per quanto ora interessa, non vi è dubbio che essi possano anche servire, come già dicevano le fonti, per eliminare o sminuire con modalità formalmente legittime l'efficacia probatoria di quelle risultanze processuali che il giudice *sa* non corrispondere alla realtà dei fatti.

Se, poi, ciò sia davvero compatibile, nella sostanza, con il divieto di utilizzazione della scienza privata, rimane opinabile. Certo, le informazioni, acquisite per sua iniziativa, delle quali il giudice si avvale, in tutti questi casi, per agevolare la legittima e trasparente costruzione di un giudizio di fatto conforme alla propria *conscientia*, risultano, al momento della decisione, versate *in actis* al pari di tutti gli altri *probata*, a differenza di quel che avverrebbe se egli facesse un uso diretto e occulto della propria scienza privata, anche solo per valutare con anomala e preconcepita diffidenza le risultanze del processo. E però ci si può chiedere se quel divieto sia davvero rispettato quando il giudice assume un ruolo attivo nell'istruzione della causa, non al fine di accertare una «verità» che *ex ante* gli è ignota, bensì per ratificare in forma pubblica cognizioni che già privatamente possiede, cioè in sostanza per «purgare», senza eliminarlo, un preesistente condizionamento psicologico che, secondo rigorosi criteri logici ed etici, avrebbe dovuto indurlo ad astenersi. E una risposta non è ovviamente possibile se non alla luce delle opzioni ideali sottese alla contrapposizione tra l'ordine isonomico e l'ordine asimmetrico.

5. – La dottrina, soprattutto di lingua tedesca, si è talvolta posta la questione se il divieto di utilizzazione si estenda a quelle nozioni di fatto che il

giudice ha appreso, non in sede privata o comunque in una veste diversa da quella istituzionale, bensì proprio nell'esercizio delle sue funzioni giudiziali, e che però non fanno formalmente parte delle risultanze del processo. E, a sostegno della soluzione negativa, cioè della libera utilizzabilità di quelle nozioni, qualche autore (Stein tra i primi) ha ritenuto di poterle ricondurre al concetto di *Gerichtskundigkeit* («notorietà giudiziale»): a ciò indotto anche dalla ambigua formulazione del § 291 della *Zivilprozessordnung*, che sottrae alla necessità della prova i fatti «*die bei dem Gericht offenkundig sind*», apparentemente sottintendendo che esista, accanto alla notorietà «generale» (*Allgemeinkundigkeit*), anche una notorietà «per il giudice».

La nozione ha avuto scarsa fortuna anche in Germania, dove è stata frequentemente respinta (per es. già da Richard Schmidt, nel suo autorevolissimo manuale) sia per l'indeterminatezza che per la difficile compatibilità con il rispetto del principio del contraddittorio. Mentre la dottrina italiana del notorio ne ha preso tradizionalmente le distanze, sia pure per istintiva prudenza più che svolgendone un'analisi critica; ed un recente brillante tentativo di rivitalizzarla (Dittrich) non sembra approdato ad esiti convincenti, pur fornendo un utile contributo alla delimitazione dei poteri di *suppletio de facto* attribuiti al giudice nel nostro processo civile.

In effetti, parrebbe sufficiente, per negare che possa essere riconosciuta «notorietà giudiziale» anche a fatti che notorii non sono secondo l'abituale definizione della categoria, constatare che, se la *ratio* del divieto di utilizzazione della scienza privata è quella «strutturale» che in precedenza si è cercato di individuare, non si vede perché si dovrebbe riservare un trattamento differenziato a ciò che il giudice ha appreso *uti iudex*, ma non nella sede e/o nella forma pertinente, rispetto a ciò che ha appreso in un confessionale, o guardando dalla finestra di casa.

«Privatamente», agli effetti che qui rilevano, non vuol dire «in pantofole», o «per caso»: vuol dire fuori del «recinto» spaziale e temporale di *questo* processo (cioè non «*am regelmässigen Hegungsort und zur regelmässigen Hegungszeit*», per tornare all'antica terminologia germanica), ed ivi non formalmente introdotto nemmeno attraverso l'esercizio dei poteri di *suppletio de facto* dei quali il giudice eventualmente goda.

Né la categoria della «notorietà giudiziale» può trarre legittimazione e conforto dalla comparazione con due nozioni (solo) semanticamente affini, come il *notorium iuris* della dottrina medioevale e la *judicial notice* degli ordinamenti processuali di *common law*.

Quanto al *notorium iuris*, infatti, si tratta per così dire di un *surrogato* del *notorium facti*. Muovendo dall'opinione che la decisione ottimale sul fatto – quella dotata della massima attendibilità e quindi autorità – sia quella fondata sul notorio vero e proprio (in particolare il *notorium facti permanentis*), e che questo si ponga dunque come limite superiore della efficacia delle prove (della cui «gerarchia», come insegnava J. Ph. Levy, il gradino più alto spetta infatti alla *inspectio ocularis*, che è il tipico strumento di constatazione

della *evidentia rei*), si pensava di poter collocare a tale sommo livello, appunto come notorio «di diritto», anche l'efficacia particolarmente intensa di certe prove privilegiate, come la confessione e la *res iudicata* precedentemente formata in altro processo. Ma, come si vede, ciò ha ben poco a che fare con l'idea, da cui muove la teoria della *Gerichtskundigkeit*, che non possa equipararsi a scienza privata quella che il giudice ha acquisito, dove che sia, *uti iudex*.

Quanto alla *judicial notice* (istituto fondamentale per la teoria e la disciplina del giudizio di fatto nei sistemi di *common law*, al quale tutti i maggiori studiosi di *Evidence*, in particolare americani, da Thayer in poi, hanno dedicato grande attenzione anche sistematica e dogmatica), è vero che il giudice (la corte) anglosassone può «prendere» direttamente conoscenza (*notice*, nel contesto, è sinonimo di *knowledge*, o del normanno *conusance*), e se del caso trasmetterla alla giuria attraverso conformi e vincolanti «istruzioni», anche di nozioni che non rientrerebbero *de plano*, per noi, nell'ambito del «notorio» o delle «regole di esperienza» (ci esoneriamo qui da elencazioni ed esemplificazioni). Ma nessuno sostiene che l'aver la corte acquisito informazioni rilevanti per la causa nell'esercizio di funzioni giudiziali sia di per sé motivo sufficiente per consentirle di farne direttamente uso, omettendo l'osservanza di qualunque *forma iudicii*. Ed anzi è principio fermo – sancito espressamente, negli Stati Uniti, dalla *rule 201* delle *Federal Rules of Evidence* – che il giudice, prima di prendere *judicial notice* di alcunché, debba comunicare alle parti tale suo intendimento, così da consentire al riguardo l'attivazione del contraddittorio (salvo naturalmente che si tratti di nozioni ovviamente e indiscutibilmente appartenenti alla comune esperienza, come ad esempio le regole del linguaggio, la misura del tempo, le leggi elementari della fisica, etc., che, come diceva Thayer, sono «*woven into the very texture of the judicial function*»).

6. – Accantonata dunque l'idea di poter affiancare alla categoria del notorio *tout court* anche, in termini generali, quella della *Gerichtskundigkeit*, vale tuttavia la pena di considerare le due specifiche questioni che concretamente sembrano collocarsi all'origine di questa problematica: se il giudice (persona fisica) possa utilizzare, per la formazione del giudizio di fatto in un certo processo, direttamente e senza sottoporle al contraddittorio delle parti, nozioni acquisite come giudice di un *altro* processo; se, al medesimo fine e con analoga libertà, possa utilizzare nozioni acquisite nel *medesimo* processo, ma non documentate *in actis*.

La prima questione è stata risolta in senso affermativo, meno di vent'anni fa, dalla nostra Corte di Cassazione, adita in sede di regolamento di giurisdizione in una causa tra A e B. Dai documenti acquisiti agli atti di un'altra causa tra A e C, chiamata alla medesima udienza, risultava la prova di un certo specifico comportamento di A, che sarebbe stata decisiva in favore di B nella causa *de qua*, dove però quei medesimi documenti non erano stati pro-

dotti (si trattava di un fatto «solo processualmente rilevante», risolutivo della questione di giurisdizione, ma la stessa situazione potrebbe verificarsi dinanzi a un giudice di merito, con riguardo a qualunque fatto rilevante anche «sostanzialmente»).

Ora, la Corte, come esplicitamente risulta dalla motivazione della sua decisione, ritenne di poter tenere conto *sic et simpliciter* di quel fatto, ma è evidente (e fu prontamente segnalato da un autorevole annotatore) l'errore così commesso: giacché, alla luce dei principii sopra illustrati, la causa tra A e C equivaleva, dal punto di vista di quella tra A e B, ad un qualunque evento «privato». E per converso quel fatto avrebbe potuto essere utilizzato solo se fosse stato preventivamente e formalmente acquisito anche alla causa che ora si trattava di decidere.

Che, poi, in siffatta ipotesi l'acquisizione della prova possa realizzarsi *ex officio*, oppure no, attraverso l'esercizio di eventuali poteri di *suppletio de facto*, è esclusivamente un problema di diritto positivo (ferme restando le già ricordate riserve di carattere etico e psicologico sulla plausibilità di questa «disinfezione» della scienza privata del giudice).

Nel caso poi in cui sia una delle parti ad introdurre nel processo, in forma necessariamente documentale, elementi di fatto già raccolti in altro processo dinanzi al medesimo giudice, le questioni che possono derivarne non riguardano l'uso della scienza privata del giudice, bensì appartengono alla diversa, *vexatissima* problematica delle prove «raccolte altrove», ovvero «atipiche». Vero è che anche in questo caso il processo *a quo* rimane un fenomeno «privato» dal punto di vista del processo *ad quem*, ed allora possono prospettarsi lesioni del contraddittorio, almeno nei confronti della parte che non sia stata presente nel primo: cosicché si potrebbe discutere se il risultato di quelle iniziative sia davvero utilizzabile per la decisione. Ma a tale fine non avrebbe più alcun rilievo l'identità fisica del giudice dell'uno e dell'altro processo.

In ogni caso, come si vede, la notorietà «giudiziale», o come altro la si voglia chiamare, non c'entra per nulla.

7. – La seconda delle suddette questioni è più delicata: in quanto, da un lato, sarebbe ragionevole ritenere che la conoscenza, da parte del giudice, di tutto ciò che è avvenuto dinanzi a lui e nel «suo» processo, indipendentemente dalle tracce che ne siano rimaste negli atti, sia per definizione legittima, ed anzi doverosa, e pertanto sicuramente utilizzabile ai fini della decisione (secondo Wetzell, era proprio questa la prima ipotesi di *Gerichtskundigkeit*); e dall'altro lato parrebbe altrettanto ragionevole negare effetti processuali (meno che mai determinanti per il giudizio di fatto) ad eventi non suscettibili *ex post* di oggettiva verifica.

Premesso che la questione riguarda soprattutto la valutazione, in sede di giudizio sui fatti controversi, dei risultati delle prove cd. costituenti (testimonianze dei terzi e, ove ammesse, delle parti; dichiarazioni e comportamento di queste ultime in udienza; ispezione giudiziale), è evidente che essa non può

essere risolta in termini identici in un processo «scritto» e in un processo «orale»; né in un processo che preveda la illimitata rivedibilità del giudizio di fatto in sede di gravame, e in un processo dove il giudizio di fatto reso in primo grado sia del tutto incensurabile, oppure censurabile solo indirettamente, entro limiti e a condizioni determinati.

Ed infatti, in un processo «scritto», il giudice della decisione, prima ancora di subire *un divieto* di utilizzare informazioni (acquisite nel processo ma) non desumibili dal verbale o da altri atti (ovvero dalle prove precostituite o dalla «comune esperienza»), si trova nella *impossibilità* pratica di farne uso: o per essere persona, o pluralità di persone, diversa da chi o coloro che hanno avuto diretto contatto con le fonti di prova (a seconda dei modelli storici e delle situazioni, il *notarius*, l'*actuarius*, il cancelliere, il giudice delegato, il giudice istruttore, etc.); o semplicemente per effetto del tempo intercorso tra istruzione e decisione, non potendosi presumere la persistenza di ricordi e sensazioni utili alla valutazione della prova in chi ha assistito o partecipato alla sua formazione molto tempo prima.

Ben diversamente stanno le cose nel processo «orale»: dove la realizzazione dei principi dell'immediatezza e della concentrazione (nella situazione ottimale, il giudice decide, senza soluzione di continuità, subito dopo la chiusura dell'unica udienza in cui le prove orali si sono formate alla sua presenza), non solo autorizza il giudice a decidere in base alla percezione diretta delle fonti di prova, ma gli rende di fatto impossibile, o comunque inutile, la lettura del verbale, quando addirittura la legge non gliene faccia espresso divieto.

Dopo di che, come si è detto, si tratterà anche di vedere se la decisione sia o non sia soggetta ad impugnazioni che consentano la revisione del giudizio di fatto.

In un sistema che preveda l'impugnazione della sentenza soltanto per motivi di diritto e/o di rito, che il giudice di primo grado abbia tenuto conto, nella valutazione del materiale istruttorio, anche di circostanze non verbalizzate, non creerà di regola alcun problema al giudice del gravame. Per contro, in un sistema che preveda un giudizio di secondo grado interamente devolutivo e sostitutivo, e dunque un giudice di gravame abilitato a rivedere e rifare *ex novo* anche la valutazione del materiale istruttorio acquisito in primo grado, pare logico che il secondo giudice debba collocarsi, rispetto a quel materiale, nella stessa posizione del primo.

Ora, nel processo scritto ciò si realizzerà *de plano*, nel senso che le limitazioni inevitabili in sede di gravame, e cioè in sostanza la necessità di conoscere le fonti di prova solo (come diceva Chiovenda) «traverso i verbali», saranno quelle stesse che già ha subito il giudice di primo grado.

Nel processo orale, la previsione di un *novum iudicium* a tutto campo mette invece capo ad una aporia: perché è del tutto illogico che un giudizio di fatto, reso in base alle vive impressioni suscitate nel giudice di primo grado dal contatto immediato con le fonti del suo convincimento, possa essere

sic et simpliciter cancellato e rifatto da un altro giudice, che conosce soltanto i verbali. Ma, per converso, costringere anche il giudice di primo grado ad ignorare *quod non est in actis* significa rinnegare il pregio e il senso stesso dell'oralità.

Tornando comunque alla nostra questione, è evidente, ancora una volta, che la nozione di «notorietà giudiziale» non può contribuire a risolverla, ma se mai solo a confonderne i termini.

8. – Resta da chiedersi, infine, quali siano le conseguenze *processuali* della violazione del divieto (non è infatti il caso di occuparci qui della eventuale responsabilità disciplinare o civile del giudice che abbia deciso *secundum conscientiam*).

Una risposta può essere data, naturalmente, soltanto con riferimento a ciascun ordinamento positivo, e consideriamo dunque a titolo di esempio, per semplicità e ragioni di «competenza», la disciplina del nostro processo civile.

Qui, sembra abbastanza difficile immaginare la *nullità* della sentenza fondata, quanto all'accertamento di un fatto decisivo, sulla scienza privata del giudice, mancando al riguardo una espressa comminatoria normativa, ed essendo quanto meno problematico qualificare il vizio *de quo agitur* come la mancanza di «un requisito indispensabile per il raggiungimento dello scopo» della sentenza.

Converrà piuttosto constatare che, non essendo appunto la scienza privata del giudice utilizzabile per la decisione (come è implicito nella stessa enunciazione del principio, e nello «spazio vuoto» che separa il primo e il secondo comma dell'art. 115 c.p.c.), la verifica positiva o negativa di un *factum probandum*, effettuata per tale anomala via, dovrà ritenersi *tamquam non esset*. Cosicché la decisione su quel fatto risulterà inevitabilmente contrastante con le risultanze istruttorie: rimanendo indifferente che la violazione del divieto sia palesata dalla stessa sentenza, o più in generale dagli atti del processo, oppure sia rimasta, più o meno consapevolmente, occultata tra le righe della motivazione (anche se in questo secondo caso la violazione sarà di fatto assai più difficilmente riconoscibile).

Dopo di che, la decisione così viziata potrà essere riformata in sede di appello, ovvero annullata in sede di cassazione, per difetto di motivazione: non diversamente da quanto accade quando il giudice dell'impugnazione censura una decisione sul fatto, alla quale abbia contribuito in misura determinante l'efficacia di una prova che avrebbe dovuto ritenersi inammissibile (o meglio, da quanto *dovrebbe* accadere in siffatta ipotesi, se i nostri giudici civili di ogni grado non fossero, come quasi sempre sono, ostinatamente contrari ad espungere dalle «risultanze istruttorie» qualsiasi informazione sia comunque entrata a farne parte, per quanto oscura o sospetta possa essere la sua origine).

Nota bibliografica (in ordine cronologico e limitatamente alla dottrina moderna. Per le fonti medioevali, si rinvia soprattutto agli studi di R. Schmidt, M. Radin, K.W. Nörr, R.M. Fraher, A. Padoa-Schioppa, citati *infra*): G. W. Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3^a ed., Leipzig 1878; R. Schmidt, *Die aussergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozessrichters*, in *Arch. für Bürg. Recht u. Prozess* 1892, II, p. 265 ss.; F. Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893 e rist. Aalen 1987; J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston 1898, p. 277 ss.; R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*, 2^a ed., Leipzig 1910; G. Chiovenda, *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova. L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1924, I, p. 1 ss., e in *Saggi di dir. proc. civ.*, 2^a ed., Roma 1931, I, p. 197 ss.; M. Radin, *The Conscience of the Court*, in *Law Quart. Rev.* 1932, 48, p. 506 ss.; R. Schultz, *Die Gerichtskundigkeit von Tatsachen*, in *Festgabe für Richard Schmidt*, Leipzig 1932 e rist. Aalen 1979, p. 283 ss.; J. Ph. Levy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age*, in *Ann. Univ. Lyon* 1939, III, 5; E. M. Morgan, *Judicial Notice*, in *Harvard Law Rev.* 1944, 57, p. 269 ss.; S. Satta, *Il giudice testimone*, in *Giur. it.* 1950, I, 2, col. 465 ss. (in nota a Trib. Milano, 28.12.1949); F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953; K. C. Davis, *Judicial Notice*, in *Col. Law Rev.*, 1955, 55, p. 945 ss.; M. Cappelletti, *Il «verbale» come requisito quoad substantiam del procedimento probatorio?*, in *Giur. it.* 1959, I, 1, 597 ss. (in nota a Cass. n. 1530/1958); F. Carnelutti, *Ispezione giudiziale non documentata*, in *Riv. dir. proc.* 1960, p. 131 ss. (in nota a Cass. n. 1530/1958); A. Giuliani, *Il concetto di prova*, Milano 1961; S. Pugliatti, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 45 ss.; J. Chevallier, *Rémarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles*, in *Rév. trim. dr. civ.* 1962, p. 5 ss.; H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Paris 1964; R. Bertolino, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, Torino 1965; B. Rimmelspacher, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Göttingen 1966; G. De Stefano, voce *Fatto notorio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 999 ss.; C. Ghisalberti, voce *Fatto notorio (storia)*, *ivi*, p. 995 ss.; K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München 1967; E. F. Roberts, *Preliminary Notes Toward a Study of Judicial Notice*, in *Cornell Law Quart.* 1967, 52 p. 210 ss.; F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin 1971; B. Cavallone, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica* (1971), in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, p. 179 ss.; B. Cavallone, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.* 1976, p. 678 ss., e in *Il giudice e la prova cit.*, p. 289 ss.; B. Cavallone, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Studi Parmensi*, XXVIII, 1980, p. 23 ss., e in *Il giudice e la prova cit.*, p. 3 ss.; E. W. Cleary (ed.), *McCormick on Evidence*, 3^a ed., St. Paul 1984, p. 919 ss.; G. Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 634 ss.; B. Cavallone, «Conscientia deposita aedificat ad Gehennam», ovvero: un lodevole provvedimento di astensione, in *Riv. dir. proc.* 1985, p. 865 ss. (in nota a Pret. Saronno, 15.10.1984), e in *Il giudice e la prova cit.*, p. 499 ss.; N. Picardi, voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, p. 101 ss.; A. Giuliani, voce *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, p. 518 ss.; A. Giuliani, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.* 1988, p. 598 ss.; R. M. Fraher, *Conviction According to Conscience: The Med-*

ieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof, in *Law and History Rev.* 1989, 7, p. 23 ss.; R. Vaccarella, *Quaedam sunt notoria iudici tantum et non aliis...*, in *Giust. civ.* 1989, I, p. 2552 ss. (in nota a Cass. S.U. n. 3374/1989); D. Maffei, *Il giudice testimone e una quaestio di Jacques de Revigny*, in *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, p. 65 ss.; G. Ubertis, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino 1995; M. R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London 1997, tr. it. di F. Cuomo Ulloa, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003; B. Cavallone, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, Torino 1997, p. 299 ss.; M. Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, p. 315 ss.; M. Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, p. 553 ss.; N. Picardi, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.* 1998, p. 673 ss.; A. Padoa-Schioppa, *La coscienza del giudice* (1999), in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, p. 251 ss.; A. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.* 2001, p. 73 ss.; M. R. Damaška, *Epistemology and Legal Regulation of Proof*, in *Law, Probability and Risk*, 2, 2003, p. 117 ss.; L. Dittrich, *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, I, p. 819 e ss.; B. Cavallone, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.* 2006, p. 417 ss.; M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, p. 451 ss..