

Alessandra Bassani

LA TESTIMONIANZA PER SENTITO DIRE:
PERCORSO DI UNA PROVA ANOMALA
FRA *CREDULITAS*, *VERITAS* E *NECESSITAS*¹

*THE JOURNEY OF HEARSAY EVIDENCE
BETWEEN CREDULITAS, VERITAS AND NECESSITAS*

Abstract

La testimonianza per sentito dire, nonostante la sua evidente inadeguatezza a fornire conoscenze certe sui fatti avvenuti, viene utilizzata nei processi penali fin dall'Alto Medioevo. Il saggio ripercorre la riflessione della scienza giuridica medievale, in particolare di Bartolo da Sassoferrato, sulla formazione del convincimento del Giudice, per offrire un contributo alla comprensione dei motivi dell'utilizzo di questo anomalo strumento di prova anche nel processo penale contemporaneo.

Hearsay evidence, despite its evident inadequacy to provide certain knowledge about the events that occurred, has been used in criminal trials since the Early Middle Ages. The essay traces the reflection of medieval legal science, in particular by Bartolo da Sassoferrato, on the formation of the Judge's conviction, to offer a contribution to understanding the reasons for the use of this anomalous evidence also in contemporary criminal trials.

Keywords

Testimonianza per sentito dire; processo penale; Giudice

Hearsay evidence; criminal trial; judge

¹ Il presente saggio riprende e sviluppa contenuti e riflessioni che avevo in parte espressi nei due precedenti volumi sull'argomento della testimonianza *de auditu alieno*: *Sapere e credere*, Giuffrè, Milano 2012; *Udire e provare*, Giuffrè, Milano 2017.



*nam non vidi Christum crucifigi,
tamen hoc firmiter novi*
Innocenzo IV²

1. Chi e che cosa è il testimone de auditu alieno?

I motivi di una ricerca

Il testimone *de auditu alieno*, o *de relato*, è il testimone che si riferisce, per la conoscenza dei fatti, a quello che gli è stato detto da altre persone: una figura particolare, quindi, nel mondo delle prove, in relazione al contributo di conoscenza che può fornire alla ricostruzione processuale. Di quale *conoscenza* è portatore un testimone indiretto?

Dopo la promulgazione del nuovo codice di procedura penale³ nel 1989, che ha regolato il tema all'art. 195, le pronunce del giudice di legittimità si sono intrecciate alle risposte da parte della dottrina che ha scorto con chiarezza l'attualità del tema: *Il problema della testimonianza indiretta è collegato a quello della definizione della*

² Innocenzo IV, Comm. al *Liber Extra* Francofurti ad Moenum 1570 – Frankfurt/Main 1968, X. 2. 7. 7, *de iuramento calumniae* c. *Cum in causa*.

³ Nel processo civile la giurisprudenza ammette con costanza la testimonianza indiretta: Cass. Sez. 1, Sent n. 8358 del 2007: *occorre distinguere i testimoni de relato actoris e quelli de relato in genere: i primi depongono su fatti e circostanze di cui sono stati informati dal soggetto medesimo che ha proposto il giudizio, così che la rilevanza del loro assunto è sostanzialmente nulla, in quanto vertente sul fatto della dichiarazione di una parte del giudizio e non sul fatto oggetto dell'accertamento, che costituisce il fondamento storico della pretesa; gli altri testi, quelli de relato in genere, depongono invece su circostanze che hanno appreso da persone estranee al giudizio, quindi sul fatto della dichiarazione di costoro, e la rilevanza delle loro deposizioni si presenta attenuata perché indiretta, ma, ciononostante, può assumere rilievo ai fini del convincimento del giudice, nel concorso di altri elementi oggettivi e concordanti che ne suffragano la credibilità*. Più recente: Cass., sez. VI, ord. 17.2.2016, n. 3137: *La testimonianza de relato può assumere rilievo nel formarsi del convincimento del giudice, nel concorso con altri elementi. Nessun valore invece per la testimonianza de relato actoris in cui chi depone è stato informato direttamente da chi ha proposto il giudizio*.

*testimonianza stessa*⁴. La testimonianza *per sentito dire* viene individuata quale snodo fondamentale che mette alla prova la tenuta dei principi che sono posti alla base dell'impianto codicistico⁵.

Risulta chiara la consapevolezza che *ci troviamo di fronte a una prova la cui struttura non è del tutto idonea a fornire conoscenza*⁶ ma il cui utilizzo nei processi è un dato costante⁷.

Ciò che si pretende dal testimone *de relato* è che citi la sua fonte: viene poi lasciato alle parti chiederne l'audizione, o al giudice disporla *ex officio*, ove sia possibile, mentre qualora essa sia deceduta, inferma o altrimenti irreperibile la testimonianza potrà essere valutata dal giudice fra il materiale probatorio acquisito al processo⁸. In tal modo viene contraddetta la palese insufficienza della testimo-

⁴ I. Calamandrei, *Commento all'art. 195 c.p.p.* in *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale* coordinato da Mario Chiavario, II, Torino 1990, pp. 428-439, in part. p. 429. L'art. 195 così recita: 1. Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre. 2. Il giudice può disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1. 3. L'inosservanza della disposizione del comma 1 rende inutilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità. (...) 7. Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame.

⁵ M. Scarabello, *Commento a Cass. Pen. Sez. I, 30 agosto 1996 (u.p. 4 giugno 1996) - Pres. De Lillo - Rel. Campo - P.m. Ciampoli (conf.) - Scarriglia, ricorrente in Diritto Penale e Processo n. 4/1997, p. 445: La materia è di quelle rilevanti, ove si gioca la credibilità del sistema e se ne svelano le incongruenze e contraddizioni: oralità e contraddittorio si possono manifestare come effettivi principi ispiratori o come meri involucri formali, privi di corrispondenza nella concreta disciplina e applicazione degli istituti.*

⁶ R. Aprati, *Diritto alla controprova e testimonianza indiretta in Cassazione Penale* 2004, pp. 613-627, in part. 614.

⁷ Calamandrei, *Commento all'art. 195 ... cit.*, p. 430: *il ricorso a tale mezzo di prova è stato larghissimo e indiscriminato.*

⁸ Aprati, *Diritto alla controprova ... cit.*, p. 624: *Se tuttavia l'escussione del testimone di primo grado risulta impossibile non vi è alcun motivo di prevedere l'inutilizzabilità della testimonianza di secondo grado visto che né la controparte, né un terzo né il giudice hanno ostacolato l'esercizio del diritto alla controprova.*

nianza *de auditu alieno* sotto l'aspetto gnoseologico: in quale modo infatti l'impossibilità di raggiungere la fonte rende la testimonianza *de auditu* idonea a fornire conoscenza?

Qualora la fonte si presenti e confermi quanto riferito, entrambe le deposizioni rimarranno in atti e saranno valutabili: si ritiene che stabilire una gerarchia fra la dichiarazione diretta e quella riferita non sia previsto dal dettato codicistico, mentre il giudice dovrà rendere adeguata motivazione del percorso logico seguito nella valutazione di esse⁹. Tale discrezionalità sarà improntata ad una particolare cautela, anche se non necessariamente coadiuvata da elementi di riscontro a fini probatori¹⁰. In tal modo le dichiarazioni di questo teste entrano fra gli elementi sottoposti alla libera valutazione del giudice per formare il proprio convincimento¹¹.

La Suprema Corte ha ribadito con costanza che l'unico caso di inutilizzabilità della testimonianza *de relato* è quello per cui il giudice non abbia chiamato a deporre il teste diretto dopo che la parte ne avesse fatto richiesta: quando la fonte si presenta e comunque risponda, rende le dichiarazioni riferite valutabili dal giudice, la cui discrezionalità non deve venir limitata da alcuna forma di gerarchia

⁹ Petrachi G., Nota a Cass. Pen. Sez. V – Ud. 3 maggio 1996 (dep. 24 settembre 1996) – Pres. Latini, Rel. Perrone, P.M. Galati (concl. conf.), Nocchiero in Cassazione Penale 1997, pp. 3541-3544: *l'art. 195 del c.p.p. non pone una gerarchia tra dichiarazioni rese dalla fonte diretta e quella da altre riferite, ma impone al giudice di dare adeguata e coerente giustificazione del privilegio accordato alle une o alle altre e in quale misura.*

¹⁰ Cass. Pen. Sez. III, Sent., (ud. 02-12-2014) 09-01-2015, n. 529.

¹¹ Afferma infatti Scarabello, Commento ... cit. p. 446 *che giurisprudenza pressoché costante invocando in aiuto il principio del libero convincimento del giudice, ritiene, il più delle volte, che l'art. 195 c.p.p. non precluda l'utilizzazione della testimonianza indiretta come prova dei fatti che afferma di aver appreso il narrante.* Si legga anche Petrachi in Cassazione Penale 1997 p. 3543: *Quindi le dichiarazioni de relato costituiscono elementi valorizzabili nel contesto del complessivo quadro probatorio senza che sia prevista in qualsiasi modo una loro valutazione legalmente predeterminata, permanendo la possibilità di un suo prudente apprezzamento in riferimento ad ogni altra risultanza processuale e con l'eventuale ricorso ad altri mezzi di prova.*

fra le due prove, che non è prevista dall'art. 195¹².

La tensione verso la ricostruzione della Verità storica dei fatti accaduti provoca così l'ingresso nella dinamica probatoria di elementi che hanno un legame labilissimo con il reale svolgimento dei fatti¹³.

Come vedremo, il testimone *de auditu alieno* è entrato nelle aule dei tribunali e ha contribuito alle inchieste dei giudici anche tutto il corso del medioevo e dell'età moderna: pur se circondato da dubbi e *distinguo* al suo apporto di conoscenza non si è mai potuto, o voluto, rinunciare. Questa prova, oggi come nel passato, costringe il giurista a confrontarsi con le scelte che stanno alla base dell'ordinamento nel quale opera.

¹² Cass. Pen. Sez. III, (ud. 30.11.2007) 15.1.2008, n. 2010, Pres. Lupo: *ma quando il teste diretto sia stato citato ed abbia risposto, non sussiste più alcuna limitazione al valore probatorio delle testimonianze indirette, che devono essere ritenute, al pari di ogni altra prova storica, come rappresentazione dello stesso fatto che si assume di volere provare ... In buona sostanza, l'art. 195 c.p.p., nel prevedere che il giudice, a richiesta di parte, è tenuto a chiamare a deporre la persona alla quale ha fatto riferimento il testimone, non esclude certamente che, una volta chiamata a deporre detta persona e questa abbia escluso la veridicità di quanto riferito dal teste 'de relato', il giudice possa valutare le due deposizioni, dando attendibilità a quella 'indiretta' piuttosto che alla 'fonte' cui il teste abbia fatto riferimento. L'art. 195 c.p.p., infatti, non stabilisce alcuna 'gerarchia' tra i detti mezzi di prova, privilegiandone uno a scapito dell'altro, 'gerarchia' che – laddove esistente – contrasterebbe radicalmente con il principio generale del libero convincimento del giudice, al quale solo compete la scelta, ovviamente critica e motivata, della versione dei fatti da privilegiare. Conforme: Cass. Pen. Sez. I, Sent., (ud. 07-10-2010) 10-11-2010, n. 39662.*

¹³ Questa tensione verso la ricomposizione della realtà nell'aula di giustizia viene espressa anche dalla Corte Costituzionale che, in un pronunciamento sul tema della formazione della prova in dibattimento, afferma recisamente che: *fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità* (Consulta online, sent. 255/92). Su questo tema ha scritto un saggio F. Macioce, *Processo, giudizio e ricerca della (delle) verità* in P. Marchetti (a cura), *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007, pp. 73-87.

2. Il Medioevo

Il processo ha oggi una pesante sovrastruttura tecnica ad ingombrare lo svolgimento, che ne nasconde forse gli aspetti più essenziali, ma rimane un rito di restaurazione e purificazione, una Messa laica. Nel processo la comunità cerca di far tornare indietro il tempo per ricomporre ciò che è stato spezzato, per rimettere al suo posto ciò che è stato spostato, per ricevere conforto, e rassicurazione. Per questo pretende che nell'aula in cui esso si celebra appaia la Verità: la ricostruzione della Verità, la spiegazione degli eventi, l'individuazione delle responsabilità nel processo, sia penale che civile, consentono di affrontare l'ineluttabilità dell'evento, e di conviverci, lenendo almeno in parte la frustrazione e la sofferenza, che restano insopprimibili.

Ogni cultura ha un suo modo per affrontare questa esigenza profonda: se si guarda alle consuetudini longobarde nei primi secoli dell'alto medioevo gli uomini e le donne cercavano di comprendere le realtà negative attribuendone la causa a forze invisibili e maligne. Il contatto con il cristianesimo creò una religiosità intrisa di superstizione che interpretava gli eventi come segni del divino. Ma gli uomini e le donne di quell'epoca non erano solo in balia degli eventi naturali: essi vivevano in società violente, nelle quali l'individuo per avere difesa doveva essere parte di un clan¹⁴.

Nel placito longobardo i *segni*, le prove, che aiutano il popolo a ristabilire l'equilibrio spezzato, da un'aggressione, da un omicidio,

¹⁴ La fara per i Longobardi: cfr. A. Cavanna, *Fara sala arimannia: nella storia di un vico longobardo: nella storia di un vico longobardo*, Giuffrè, Milano 1967; Id., *Diritto e società nei regni ostrogoto e longobardo* in G. Pugliese Carratelli (a cura), *Magistra barbaritas. I barbari in Italia*, Garzanti – Scheiwiller, Milano 1984, pp. 351-379; M. Bellomo, *Istituzioni medievali tra campagna e città* in Id. (a cura), *Il doppio medioevo, Ius nostrum*, Viella, Roma 2011, pp. 31-43 in part. pp. 32-37. L'assetto istituzionale che i Longobardi si diedero quando si stanziarono in Italia dopo secoli di nomadismo era un riflesso della struttura socio-familiare che li caratterizzava: A. Padoa Schioppa, *Il diritto nella storia d'Europa – Il medioevo – Parte prima*, Ristampa accresciuta, Cedam, Padova 2005, pp. 80-81.

dal furto di bestiame, dal tradimento della fiducia di un debito non pagato, si alimentano delle due componenti fondamentali della vita spirituale e sociale: la religiosità e il clan. Da un lato il duello, nel quale Dio darà la vittoria a colui che ha detto la verità, dall'altro i cogiuratori, che rappresentano la forza della *fara*¹⁵.

Quanto fosse radicato nella mentalità degli uomini di quell'epoca il significato di verifica del duello è reso evidente dalla vicenda che si svolge nel 1098, secoli dopo lo stanziamento dei Longobardi nella penisola. In un placito svoltosi a Garfagnolo¹⁶ una comunità di *uomini di valle* dell'appennino emiliano pretende di entrare in possesso di alcuni terreni opponendosi ad una Chiesa, che legittimamente li possiede in forza di una donazione. Matilde di Canossa ha già inviato in precedenza due *missi* che hanno riconosciuto le ragioni della chiesa in base alla *charta* che attesta la donazione, ma la comunità degli *uomini di valle* chiede giustizia alla marchesa contro la pronuncia già intervenuta. Matilde li accontenta: la causa verrà nuovamente decisa dai medesimi giudici, ma non in base ai documenti, bensì con un duello. Per gli abitanti di una comunità rurale dell'XI secolo la prova in un processo è ancora qualcosa che si deve *attuare*, che deve essere vista: la risoluzione di un conflitto passa attraverso un'esperienza concreta ed esteriore¹⁷.

E i cogiuratori chi erano? Non certo testimoni come possiamo

¹⁵ Duello e giuramento dei cogiuratori sono le prove fondamentali descritte dall'Editto di Rotari nel 643 d.C.: A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2016, p. 46. Sul duello M. Cavina, *Il duello giudiziario per punto d'onore. Genesi apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana (sec. XIV-XVI)*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 5-57. Su cogiuratori e testimoni nei secoli dell'alto medioevo Bassani, *Sapere e credere* ... cit., pp. 5-40.

¹⁶ A. Padoa Schioppa, *Il ruolo della cultura giuridica in alcuni atti giudiziari italiani dei secoli XI e XII*, in "Nuova Rivista Storica" 64 (1980), pp. 265-289; ora anche in A. Padoa Schioppa, *Giustizia medievale italiana: dal regnum ai comuni*, Fondazione Centro italiano di studi sull'Alto Medioevo, Spoleto 2015, VII, pp. 273-275.

¹⁷ G. Costamagna, *Il notaio a Genova tra prestigio e potere*, Giuffrè, Milano 1970, pp. 41-46.

intenderli noi. Essi manifestavano la solidarietà verso la parte per la quale prestavano il giuramento di *credere quod ita esse*: contribuivano a mettere in scena una rappresentazione che, per la comunità che vi assisteva, aveva un profondo significato *ristoratore*: come nel duello, la prova doveva essere messa in atto, si incarnava nei corpi e nelle azioni che *accadevano* davanti agli occhi della comunità riunita¹⁸. Spesso nelle legislazioni barbariche si mescolavano ad altre figure di testimoni, che contribuivano offrendo alla conoscenza del giudice informazioni sulla comunità e sugli eventi accaduti, ma *una volta giunti al momento del giudizio la testimonianza continuava a dipendere in gran parte dall'elemento sacrale del giuramento. Molto spesso appare anzi difficile distinguere i testes dai semplici coniatori*¹⁹. Essi, nel momento in cui decidevano che la parola di qualcuno, soprattutto quella di un parente, meritava credibilità, mettevano in gioco la propria anima, l'appartenenza al gruppo familiare e la posizione sociale, se ritenevano che ciò su cui prestavano giuramento aveva un tale fondamento da poter contribuire alla verità processuale: la forza di questi attori del processo altomedievale stava tutta lì. In un mondo senza anagrafe, fotografie e prove scientifiche, non era poco.

La trasformazione del diritto in una *scientia*²⁰, a partire dal XII secolo, impose il testimone che conosce attraverso la percezione sensoriale, che sa perché lui stesso ha visto e udito²¹, non che sa perché crede, e si fida. Tuttavia i testimoni indiretti in certi casi sono insostituibili²² perché ci sono mondi che è impossibile percepire con

¹⁸ Traggo questa idea dalla convincente ricostruzione del ruolo di *regista* di tale rappresentazione del *notarius* alto medievale esposta da A. Bartoli Langeli, *Il regista Urso* (Perugia, 1995), in Id. *Notai*, Viella, Roma 2006.

¹⁹ L. Loschiavo, *Figure di testimoni e modelli processuali fra antichità e primo medioevo*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 191-193.

²⁰ Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa ... cit.*, pp. 87-107.

²¹ Y. Mausén, *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XIIe-XIVe siècles)*, Milano, Giuffrè, 2006.

²² I testimoni *de auditu alieno* sopravvissero nella legislazione canonistica nel passaggio tra alto e basso medioevo per provare il legame di parentela e affinità che

i sensi: la memoria degli eventi passati e le situazioni remote, i legami famigliari, il sesso, le nascite, le morti, i delitti commessi in modo subdolo.

Ma ciò che sanno i testimoni che credono che le cose si siano svolte in un certo modo, perché qualcuno glielo ha riferito, o perché conoscono i membri della comunità coinvolti nei fatti, e ne sanno la storia e ne testimoniano il carattere e lo stato d'animo, ha più il sapore della *fides*, che della *scientia* e questo crea un problema: i glossatori incontrano questi testimoni in un frammento del *Digestum Novum* che ammetteva la testimonianza *de auditu alieno*:

*Idem Labeo ait, cum queritur an memoria extet ex facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere si quis sciat factum esse, hoc est si factum esse non ambigitur, nec utique necesse est superesse qui meminerint, verum esse, qui audierint eos, qui memoria tenuerint.*²³

È indicativo della difficoltà che i giuristi medievali incontrano nell'inquadrare queste figure di testimoni ciò che scrive Azzone, in una glossa al verbo *sciat* del suo *apparatus*²⁴, che verrà ripresa pressoché letteralmente da Accursio nella Glossa Ordinaria²⁵:

determinava l'incesto fra i coniugi: la vicenda è ricostruita da Bassani, *Sapere e credere* ... cit., pp. 41-82.

²³ Dig. 39. 3. 2. 8, *de aqua pluvia arcenda* l. In summa § *Idem Labeo*. Per una sintetica ricostruzione delle fonti romanistiche vedi Bassani, *Sapere e credere* ... cit., pp. 83-90.

²⁴ Per l'*apparatus* al Digesto nuovo di Azzone sono stati consultati tre manoscritti: Biblioteca Vaticana, ms. pal. lat. 748; Staatsbibliothek Bamberg, ms. Jur. 19; Klosterneuburg Stiftsbibliothek, ms. 86 (G. Dolezalek, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600*, III, Auctores, sub voce 'Azo', Frankfurt am Main 1972).

²⁵ Nella glossa *sciat* posta a commento del § *Idem Labeo*, Accursio riporta l'opinione di Azzone: Accursio, Glossa Magna, gl. *sciat*, Dig. 39. 3. 2. 8, *de aqua pluvia arcenda* l. In summa § *Idem Labeo*: *Idest vehementer opinetur, ut statim probat. Scire enim proprie est veritatem visu perceptam in mente tenere, hoc autem de illo dici non potest, qui ex aliorum recitatione quod credit. Azo.*

*vehementer oppinetur. ut statim ipsemet glosat. scire enim idest veritatem visu perceptam in mente tenere dici non potest qui ex auditu^a verum habent. aq.*²⁶

Perciò i testimoni *de auditu alieno* non sanno, ma credono, hanno una *vehemens opinio*, e la loro testimonianza non apporta conoscenza alla ricostruzione della Verità, che consiste in ciò che si imprime nella mente dopo essere stato percepito dagli occhi²⁷.

Il fatto che questi *testimoni* continuassero ad essere utilizzati nei processi, quelli civili come quelli criminali, indusse i giuristi *practici*, protagonisti del tardo medioevo e della prima età moderna, a guardarli da un punto di vista più concreto e legato ai risultati: quanto valgono le loro deposizioni? Sono *indiciu fragile*, *adminiculant intentionem producentis*, sono *praesumptio iuris* o *de facto*? Provano quanto un testimone *de credulitate*, ci dicono alcuni consiliatori e i docenti del Quattrocento²⁸.

La *credulitas*: di nuovo. Si torna alla *fides*, alla *vehemens opinio*, come aveva detto Azzone, con geniale intuizione precorritrice.

²⁶ Azzone, App. al *Digestum Novum*, gl. *sciat*, Dig. 39. 3. 2. 8, *de aqua pluvia arcenda* l. *In summa* § *Idem Labeo*, ms. pal. lat. 748, f. 9va. ^a *qui ex aliorum*, Klosterneuburg ms. 86, f. 9vb: la formulazione che si legge in questo manoscritto è interessante in relazione alla corrispondente glossa di Accursio: cfr. nt. precedente.

²⁷ A. Giuliani, *Il concetto di prova*, Giuffrè, Milano 1961, pp. 163-164 e pp. 181-183 e nt. 55 e Id., voce *Prova (filosofia)*, in "Enciclopedia del diritto" 37 (1988), Giuffrè, Milano, pp. 518-579, p. 535.

²⁸ Bassani, *Udire e provare* ... cit., pp. 169-212. L'apparentamento di queste due deposizioni particolari e il loro necessario declassamento in un sistema di prove che considera *verus testis* solo chi ha visto e udito direttamente diviene costante nella dottrina a partire dal Quattrocento: *Alexandri Tartagni Imolensis Iurisconsulti celeberrimi in I et II Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis 1576, Dig. 12. 2, Rubrica *de iureiurando, sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali*, n. 2: ... *licet in aliquibus casibus admittatur testimonium credulitatis absque eo, quod reddatur ratio concludens de veritate, ... tamen non dicitur verus, et proprius testis ille, qui deponit de credulitate, vel etiam qui deponit de auditu ab alio, etiam si esset in casu speciali in quo testimonium de auditu procederet, glossa est valde no. in dicta l. 2 § pen.* (Dig. 39. 3. 2. 8) *in ver. meminerint de aqua pluvia arcenda*

3. La credulitas è conoscenza?

Recentemente il tema del valore conoscitivo della *credulitas* è stato affrontato dagli storici del pensiero e della cultura: tali riflessioni mi hanno incuriosito, perché il percorso seguito, per esempio, da Stefania Tutino²⁹ tematizza il rapporto centrale fra riflessione teologica, filosofia e diritto.

L'argomento è gigantesco ma ne propongo una versione semplificata ai miei fini: secondo Sant'Agostino³⁰ se si valuta il fondamento epistemologico della conoscenza solo in base alla percezione sensoriale, se ne riduce il significato e, soprattutto, si rendono inoperanti alcuni dei fondamentali vincoli della convivenza umana: perfetto l'esempio del bambino nel *De utilitate credendi* segnalato da Tutino. I bambini sanno chi sono i propri genitori, e li amano e li rispettano, non perché si ricordano il momento della nascita, ma perché credono fermamente che la donna che li accudisce sia la loro madre, attraverso la quale conoscono il proprio padre e credono che sia tale³¹. Uno dei legami fondamentali della vita intima e sociale di ogni individuo trova fondamento nella *credulitas*.

Attribuendo un ruolo chiave alla riflessione agostiniana che rivalutava la *fides*, e la *credulitas*, come fonti di conoscenza di ciò che non è possibile percepire con i sensi³², Tutino la pone al centro

²⁹ S. Tutino, *The Many Faces of Credulitas: Credibility, Credulity, and Belief in Post-Reformation Catholicism*, Oxford University Press, Oxford 2022.

³⁰ Sul tema della giustizia in Sant'Agostino A.A. Cassi, *La giustizia in Sant'Agostino. Itinerari agostiniani del quartus fluvius dell'Eden*, FrancoAngeli, Milano 2013, in part. pp. 37-45 e p. 115.

³¹ Tutino, *The Many Faces of Credulitas* ... cit., p. 9 e nt. 3 per il passo del *De utilitate credendi*.

³² J.P. Kenney, *Faith and reason*, in D.V. Meconi, E. Stump (a cura), *The Cambridge Companion to Augustine*, Cambridge Companions to Philosophy, Cambridge University Press, Cambridge 2014 pp. 275-291. Ho trovato illuminanti per meglio comprendere la dinamica fra soggettività e oggettività nella gnoseologia agostiniana le riflessioni di A. Colli, *Aeternitas e tempus: ipotesi per un ripensamento della gnoseologia agostiniana*, "Doctor virtualis" 8 (2008) pp. 57-81, in part. pp. 59-64.

di un capovolgimento epistemologico che si rende evidente già nel passaggio fra XII e XIII secolo in alcune disposizioni pontificie sul processo, relativamente alla testimonianza e al giuramento³³.

Tra le fonti canonistiche duecentesche troviamo un riferimento diretto ad Agostino nella *lectura* di Sinibaldo de' Fieschi al *Liber Extra*: in un brano posto a commento della decretale *Cum in causa*, nel titolo *de iuramento calumniae* (X. 2. 7. 7)³⁴ Innocenzo discute del *iuramentum de veritate dicenda*, che Gregorio IX con la decretale *Dudum* (X. 1. 6. 54) aveva istituito per le parti nelle cause spirituali:

*Ad hoc facit quod dicit Augustinus, quia spes est certa expectatio futurae beatitudinis, quia de futura beatitudine non potest esse certitudo scientiae, sed credulitatis tantum, sic est in iuramento de veritate dicenda, quia iurat vera esse, de quibus non dubitat, liceat ea non viderit, et lex dicit sciri, et indubitatum est, quod communi auditu percipitur de antiquis, ff. de aqua pluvia arcenda in summa § idem Labeo (Dig. 39. 3. 2. 8) ...*³⁵

³³ Tutino, *The Many Faces of Credulitas* ... cit., pp. 18-20, p. 20: *Given the close relationship between theology and jurisprudence in medieval canon law it seems natural to deduce that Augustinian theology was the source for the new meaning that medieval canonists assigned to the word credulitas.*

³⁴ Nella decretale commentata da Innocenzo era trattata l'ipotesi che il *iuramentum de calumnia* venisse prestato dal *syndicus*. Si legga N. Sarti, *Maximum dirimendarum causarum remedium: il giuramento di calumnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, Giuffrè, Milano 1995, p. 91 sulle tre formule giurate previste dall'ordinamento canonico: *la prima*, *de malitia, attinente all'initium litis, da richiedersi sopra le singole eccezioni in ogni tipo di causa*, *la seconda e ben nota*, *de calumnia, di origine e disciplina giustinianee, cui erano soggetti i laici nelle cause civili e criminali e gli ecclesiastici nelle medesime, ma solo previa autorizzazione dei loro superiori e, generalmente, a mezzo di un advocatus o di un actor Ecclesiae ed infine la terza formula*, *de veritate dicenda la quale, tenuto conto delle differenze testè segnalate, assolveva erga omnes nelle cause spirituali alla medesima funzione della precedente*. Sull'argomento si legga anche R. Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Parte prima. Il medioevo*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 30-36.

³⁵ Innocenzo IV, *Comm. al Liber Extra*, X. 2. 7. 7, *de iuramento calumniae* c.

Il collegamento con la testimonianza *de auditu alieno* del Digesto Nuovo è esplicito: ciò che si conosce *per sentito dire* dai propri avi viene accomunato da Innocenzo a quella conoscenza per ferma *credulitas* cui Agostino attribuisce un valore conoscitivo equivalente alla *scientia*³⁶.

Questo filone di pensiero continuerà faticosamente a scorrere nel grande alveo del diritto comune³⁷ e porterà i suoi frutti più consistenti in età moderna, quando il cattolicesimo dovrà affrontare le conseguenze dello scisma protestante. In tale contesto Tutino valorizza la riflessione del *Doctor Navarrus* che attribuiva sia alla *scientia* che alla *fides, sive credulitas* valore tale da salvaguardare la posizione morale del giudice nell'emettere una sentenza³⁸. La riflessione di Azpilcueta va inserita nell'ambito dei tentativi della tarda Scolastica di *ampliare* il campo delle nozioni che possono essere oggetto

Cum in causa.

³⁶ Tutino, *The Many Faces of Credulitas* ... cit., p. 21: *Thanks to Augustine, credulitas had come to indicate not credulity, but belief, as opposed to direct and/or first-hand knowledge*. Sul commento di Innocenzo IV Tutino si sofferma in *The Many Faces of Credulitas* ... cit., pp. 20-21.

³⁷ In epoca tardo medievale la riflessione dei giuristi, in particolare sul processo, avrà strutturali connessioni con i progressi della Scolastica nella conoscenza della logica aristotelica: Giuliani, *Il concetto di prova* ... cit., pp. 176-180 e J. Ph. Lévy, *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age* in *La preuve – Recueils Jean Bodin, Deuxieme Partie*, Editions de la Librairie Encyclopedique, Bruxelles 1965, pp. 137-167, in part. pp. 147-148. Si leggano anche le riflessioni di M. Madero, *Façons de croire. Les témoins et le juge dans l'œuvre juridique d'Alphonse X le Sage, roi de Castille* in "Annales. Histoire, Sciences Sociales" 54e année, n. 1, (1999), pp. 197-218, in part. pp. 205-208. Sul tema del fondamentale rapporto fra la logica aristotelica e il progresso della *scientia iuris* A. Errera, *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo. Il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Giuffrè, Milano 2003.

³⁸ S. Tutino, *The Many Faces of Credulitas* ... cit., p. 34. Sulla difficile posizione del giudice che conosca, per propria conoscenza personale, elementi che contraddicono la colpevolezza dell'imputato, accertata in giudizio, vd. la ricostruzione di Antonio Padoa Schioppa, *La coscienza del giudice* in Id., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 251-292, in part. sulla opinion di John Wycliffe, pp. 276-277.

di *episteme*, cioè di conoscenza certa e necessaria. Simili tentativi hanno affaticato i filosofi sin dalle prime riflessioni sullo statuto gno-seologico della conoscenza scientifica: Aristotele stesso era disposto ad ammorbidire il criterio stabilito nell'*Organon*, secondo cui solo premesse necessarie (cioè valide sempre) potevano originare *episteme*. Infatti ammetteva che – almeno nella ricerca in ambito naturale e umano – si potesse dare conoscenza scientifica non solo di ciò che accade sempre, ma anche di ciò che accade *nella maggior parte dei casi*³⁹.

La Scolastica medievale articola lo spazio acquisibile dalla *episteme* aristotelica: vi è la *scientia*, che è oggettivamente certa, vi sono la *doxa* o *opiniones*, che sono oggettivamente incerte⁴⁰ e, tra di esse, vi è anche la *fides*, che è soggettivamente certa. Ugo da San Vittore la definisce *certitudo animi de rebus absentibus*. Il concetto viene applicato alla ferma convinzione della verità di una proposizione caratterizzata dall'insufficienza dei motivi per farvi affidamento: il gap fra tale deficienza logica e la conoscenza è colmato dalla volontà⁴¹. Ebbene, il *doctor Navarrus* analizza nel suo *Commentarius de Iudiciis* i diversi gradi di conoscenza acquisibili dal giudice, e dal confessore, in funzione di tutela della loro coscienza, e anch'egli pone fra essi la *fides*, la *firma credulitas*: trovo interessante in particolare il punto nel quale egli utilizza il famoso passo di San Paolo nella Prima ai Corinzi 13, 12:

³⁹ G. Mori, *Historical Truth in Fifteenth-Century in Italy. Verisimilitude and Factuality in the Humanist Debate*, Oxford University Press (in press), pp. 79-80 e nt. 127. Ringrazio l'Autore per avermi consentito di leggere il suo volume prima della pubblicazione.

⁴⁰ A. Giuliani, voce *Prova (filosofia)*, in "Enciclopedia del diritto" 37 (1988), Giuffrè, Milano, pp. 518-579, p. 522.

⁴¹ Rudolf Schuessler, *The Debate on Probable Opinions in the Scholastic Tradition*, Brill's Studies in Intellectual History, Brill, Leida 2019, pp. 30-32: *The term applied to all states of unwavering and firm conviction of the truth of a proposition combined with an insufficient insight into reasons of truth. ... The residual 'leap of faith', which transcended the powers of reason alone, was conceived as a product of the will, not of intellectual insight.* Per la citazione di Ugo da San Vittore nt. 20 p. 31.

*Poiché ora vediamo come in uno specchio, in modo oscuro; ma allora vedremo faccia a faccia; ora conosco in parte; ma allora conoscerò pienamente, come anche sono stato perfettamente conosciuto.*⁴²

Come è noto, sulla base della legislazione romanistica e di una imponente produzione di decretali pontificie dei secoli XII e XIII la dottrina giuridica elaborò una serie di regole, il *sistema di prova legale*, che non permetteva, teoricamente, ai giudici di emettere sentenza se non in presenza di una *plena probatio*, in funzione tanto di tutela della loro anima quanto delle sorti del *suspectus*. Tale *prova piena* consisteva, fondamentalmente, nella confessione, del convenuto o del reo, a seconda della natura civile o penale del processo, o nelle deposizioni concordi di due testimoni *fidei digni*⁴³.

Le regole del sistema di prova legale che vincolavano il giudice nella valutazione delle prove costituivano un adattamento alle esigenze del processo delle teorie probabilistiche elaborate dalla filosofia, in particolare dalla logica aristotelica⁴⁴. Un passo del *Metalogicon* di Giovanni da Salisbury⁴⁵ fornisce un esempio della struttura

⁴² *Commentarius Utilis in Rubricam De Iudiciis ... Authore Martino ab Azpilcueta Doctore Navarro*, Romæ, in Officina Iacobi Tornerij, et Iacobi Bericchia, 1585, n. 42, p. 18: *Ex quibus infertur, primo scientiam et fidem, sive credulitatem, convenire in eo, quod utraque est certa et firma, sine ulla vacillatione, Differunt tamen, quod scientia est clara, quippe quæ ex visu, vel alio sensu, vel alio mentis intuitu manat, et ita est clara; fides autem obscura, quippe quæ ex auditu est. quod eleganter explicat San Paulus I. ad Corint. 13, cum ait Videmus nunc per speculum, et in enigmate, tunc autem facie ad faciam. quasi diceret vir Spiritu Dei plenus in hoc seculo fidem sive credulitatem habemus, certam quidem notitiam, sed obscuram. Tunc autem in alio seculo scientiam habebimus eorum, quæ nunc credimus: quia tunc videbimus, quæ nunc audimus.*

⁴³ A. Padoa Schioppa, *Unus testis nullus testis*, in Id., *Italia ed Europa nella storia del diritto ... cit.*, pp. 460-484.

⁴⁴ Sul concetto di *probabilis* nella Scolastica: Rudolf Schuessler, *The Debate on Probable Opinions in the Scholastic Tradition*, Brill's Studies in Intellectual History, 302, pp. 37-39.

⁴⁵ Il passo è valorizzato da Giuliano Mori in una recente monografia Mori, *Historical Truth ... cit.*, pp. 121-126.

argomentativa che costituirà lo scheletro epistemologico del sistema probatorio del processo di diritto comune:

*Siquidem si opinio tenuis, iudicio vacillat incertus. Si vehemens, transit in fidem et ad iudicium certum aspirat. Si adhuc eius vehementia invalescat, ut aut non protendi, aut parum possit, licet infra scientiam sit, tamen scientiae quod ad certitudinem iudicii coaequatur.*⁴⁶

Benché le fonti civilistiche e canonistiche medievali disegnino davanti ai nostri occhi un sistema decisamente improntato *nella direzione di un sistema di prove legali*⁴⁷, è utile ai miei fini interrogarsi sugli spazi di autonoma valutazione che un giudice poteva e doveva ritagliarsi.

4. *La fides del giudice e la testimonianza de auditu alieno*

Chiediamoci ora quale potesse essere il rapporto del giudice con una prova *exorbitans et contra formam comunem*⁴⁸ come la testimonianza *de auditu alieno*.

Nel suo *Tractatus* in materia di testimonianza⁴⁹, Bartolo da Sassoferrato affronta l'argomento da un punto di vista organico, os-

⁴⁶ Cit. in Mori, *Historical Truth* ... cit., nt. 17 p. 126.

⁴⁷ A. Padoa Schioppa, *La coscienza del giudice* ... cit., p. 265 per la citazione nel testo.

⁴⁸ *Excellentissimi Antonii a Butrio Iuris Utriusque monarchae super Secunda Secundi Decretalium Commentarii*, Tomus Quartus, Venetiis 1578, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 1: *Nota secundo quod testimonium de auditu dicitur exorbitans et contra formam comunem: quia testes secundum communem formam habent deponere de eo quod proprio sensu capiunt.*

⁴⁹ Tale trattato è di certa attribuzione a Bartolo, cfr. F. Calasso, voce *Bartolo da Sassoferrato*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* 6, Roma 1964, pp. 640-669, p. 660. Su questo *tractatus* di Bartolo e le riflessioni sulla testimonianza in esso espresse, vd. D. Quagliioni, *Diritto e teologia nel 'Tractatus Testimoniorum' bartoliano*, in Id., *'Civilis sapientia'. Dottrine giuridiche e dottrine politiche tra Medioevo*

sia quello della non validità probatoria della testimonianza *de auditu alieno*, in base ad una precisa *ratio*: *testimonium enim de auditu alieno regulariter non valet* perché la sua origine, la sua *causa scientiae* non è più evidente del contenuto della deposizione, ma anzi, lo è meno: *ratio non est manifestior dicto, sed aequae, vel minus*⁵⁰. È con la *causa scientiae* infatti che il giudice deve entrare in contatto (*iudex enim non audivit a teste*), per poter formare il proprio convincimento: *iudex ex eius dicto certus non redditur, ideo de causa quaerit*, infatti il giudice non può ricevere lumi su ciò che *ignotum* da qualcosa che è *ignotius*.

La concezione della conoscenza che il giudice può raggiungere attraverso le deposizioni testimoniali va però inserita in una visione

ed età moderna, Maggioli Editore, Rimini 1989, pp. 107-125, in part. pp. 112-115 e S. Lepsius, *Der Richter und die Zeugen – Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Saxoferrato. Mit Edition*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2003. L'edizione consultata è: *Tractatus testimoniorum secundum Bartolum de Saxoferrato*, in *Bartoli a Saxoferrato, omnium iuris interpretum antesignani, Consilia, Quaestiones et Tractatus*. Tomus Decimus, Venetiis 1590, ff. 158r-164r. L'edizione Lepsius sposta alcuni paragrafi del *tractatus*: per un'ipotesi sui motivi delle discrepanze fra la tradizione manoscritta e quella edita si veda Lepsius, *Der Richter und die Zeugen ... cit.*, pp. 144-145.

⁵⁰ Bartolo da Saxoferrato, *Tractatus testimoniorum*, n. 10: *Testis dixit aliqua vera esse, quia audivit dici, responsum est, quod non probet, ... Testimonium enim de auditu alieno regulariter non valet. Huius ratio est, quia ratio non est manifestior dicto, sed aequae, vel minus. Iudex enim non audivit a teste, et ex eius dicto certus non redditur, ideo de causa quaerit. Si igitur ab alio se audivisse respondet, ignotum per ignotius ostendit. Sed si addat se audivisse ab aliquibus qui se vidisse dixerunt, causa videtur aliquantulum manifestior dicto, sufficiens tamen non est. Per un'attenta disamina del testo in questione si veda: Lepsius, *Der Richter und die Zeugen ... cit.*, pp. 129-130, dove la testimonianza *de auditu alieno* viene appunto trattata in un § dedicato a 'Das Problem ungenügender Begründungen'. Sul medesimo concetto si legga anche Ead., *Von Zweifeln zur Überzeugung: der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Saxoferrato*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2003, p. 65, dove si riportano le voci della dottrina che negavano generalmente validità conoscitiva alla testimonianza indiretta: *Einhellig wurde hier auch das Zeugnis vom Hörensagen abgehandelt und verworfen, weil der Zeuge nicht aus eigener Kenntnis und persönlicher Anwesenheit berichtete*.*

bartoliana del ruolo del giudice estremamente attivo e consapevole rispetto alle acquisizioni probatorie, che può ricavarsi dal suo commento alla l. *Admonendi* del *Digestum Vetus*. In quella sede Bartolo dedica una lunga trattazione alla progressiva formazione della conoscenza del giudice attraverso le prove: il giudice potrà emettere una sentenza di condanna quando l'attore *plene probavit*. È necessario perciò spiegare *quando dicitur plene probatum*, il che, afferma Bartolo, accade *quando est facta iudici plena fides*⁵¹. In questa sede il giurista interpreta la *plena fides* del giudice attribuendogli la possibilità di venir portato ad essa dagli elementi che sono stati raccolti: *hoc est, quando iudex per ea qua sunt sibi ostensa, est adductus ad*

⁵¹ Bartoli a Saxoferrato, *omnium iuris interpretum antesignani Commentaria. Tomus Secundus in Secundam Digesti Veteris Partem*, Venetiis 1590, Dig. 12. 2. 31, *de iureiurando* l. *Admonendi*, nn. 14 – 15: *Secundo quaero, hic dicitur per glossam quando actor plene probavit debet reus condemnari, quando semiplene, devenit ad iuramentum. Quaero: quando dicat plene, et quando semiplene probasse? Hic est advertendum, quia glossa et Doctores hoc non intellexerunt perfecte. Pro cuius declaratione primo oportet me dicere quando dicitur plene probatum. Respondeo breviter, quando est facta iudici plena fides, hoc est, quando iudex per ea qua sunt sibi ostensa, est adductus ad fidem, et credulitatem eius quod intenditur; C. de edendo l. *procurator* (C. 2. 1. 7, *de edendo*, l. *Procurator*) *de testibus* l. *ad fidem* (Dig. 22. 5. 11, *de testibus*, l. *Ad fidem*), *de probationibus* l. *quingenta in fine* (Dig. 22. 3. 12, *de probationibus et praesumptionibus*, l. *Quingenta, in fine*) et ibi sunt multae concordantiae. Cfr. Accursio, *Glossa magna*, gl. *exacto iureiurando*, Dig. 12. 2. 31, *de iureiurando* l. *Admonendi*: *Et ut plene videas, distingue: aut actor nil probavit de intentione sua, et tunc reus est absolvendus et sine iuramento ... Si autem actor plene probat, reus condemnatur. Si vero semiplene, puta per scripturam domesticam, qua non sola, sed cum aliis valet, et sic semiplenam inducit probationem ... Vel per comparisonem litterarum, ex qua non plena, sed qualisqualis sumit fides ... Vel per unum testem, defertur sacramentum actori, qui novit veritatem rei: maxime si res petita est modica, et actor est honestus ... Testem autem unum dico inducere praesumptionem ... Item et duo faciunt plenam probationem: ergo unus semiplenam ... Item datur actori sacramentum propter enormitatem criminis ... item propter contumaciam rei datur actori ... Alias autem ubi actor non noverit veritatem rei, vel summa non est modica, et persona actoris est suspecta, vel non, sed reus ita est honestus ut actor, et summa non est modica: defertur reo iusiurandum, et absolvitur in contractibus bonae fidei et stricti iuris iudiciis, et in delictis, et quasi delictis, per regulam generalem, quae est hic...**

fidem, et credulitatem eius quod intenditur.

Questa impostazione pone la *fides* del giudice al centro del processo. Egli infatti esplica la sua funzione di giudicare attraversando diversi gradi di conoscenza⁵² per giungere alla *credulitas sive fides*. Egli parte dal *dubium* che non consente di *applicare* il suo animo ad una parte piuttosto che all'altra⁵³. Tale *dubium* è ciò che spinge il giudice ad investigare e a seguire il percorso che dalla *suspicio* lo porterà a formarsi un'*opinio quae est multum propinqua credulitati, et plenae probationi* e che può consentirgli o meno di sciogliere ogni dubbio⁵⁴: sta qui la distanza fra una *credulitas perfecta* ed

⁵² Bartolo da Sassoferrato, Comm. al *Digestum Vetus*, Dig. 12. 2. 31, *de iureiurando*, l. *Admonendi*, nn. 16 – 19: *Hoc praemisso videndum est, qualiter iudex ad istam fidem seu credulitatem adducant* (sic). *Pro cuius evidentiam, primo praemitto quaedam extrema, quae omnino sunt extra fidem, et credulitatem. Et primo est nescientia: illud enim quando homo nescit, de eo non est fides, nec credulitas. ... Item secundo est scientia vera. Et ista scientia habetur duobus modis. Uno modo in rebus quae sunt artis, seu scientiae alicuius per rationes et demonstrationes, et istud est scire, est rem per causam conoscere, ut dicit Philosophus. ... Secundo modo ista scientia habetur in his quae sunt facti, et tunc illud scire dicimur; ad quod movemur per sensum; haec est scientia, quae requiritur in teste, l. *testium* C. *de testibus* (C. 4. 20. 18 (17)) e l. *qui testamento in fine infra de testamentis* (Dig. 28. 1. 20. 9, *qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant*, l. *Qui testamento § Non tamen*) et de hac scientia loquitur supra *de noxalibus actionibus* l. *in delictis* l. *princ.* (Dig. 9. 4. 4. pr., *de noxalibus actionibus*, l. *In delictis*, pr.) et *infra de tributaria actione* l. *1 § scientiam* (Dig. 14. 4. 1. 3, *de tributaria actione*, l. *Huius quoque § Scientiam*). ... Et inter duo extrema scilicet nescientiam et scientiam, est quoddam medium, videlicet credulitas, sive fides. Ad istam autem credulitatem, sive fidem pervenitur per quatuor gradus.*

⁵³ Bartolo da Sassoferrato, Comm. al *Digestum Vetus*, Dig. 12. 2. 31, *de iureiurando*, l. *Admonendi*, n. 20: *Primo cum iudici res proponitur per actorem, et per reum negatur, tunc iudex adducitur in dubietatem. Est enim dubitare quando quis non applicat magis animum suum ad unam partem quam ad aliam*

⁵⁴ Bartolo da Sassoferrato, Comm. al *Digestum Vetus*, Dig. 12. 2. 31, *de iureiurando*, l. *Admonendi*, nn. 20-21-22: *Ista dubitatio ... est illud per quod pervenitur ad investigationem per quam perducitur ad credulitatem ... Post dubitationem autem potest incipere iudex inclinare animum suum ad aliquam partem et tunc si hoc facit ex aliquo levi indicio, vel ex aliquo levi argumento, ista appellatur suspicio, quae aqualiter movet animum iudicis, non tamen in totum removel dubietatem*

una *imperfecta*, alla quale manca la confessione di una delle parti o dell'imputato⁵⁵.

*Et iste tertius gradus probationis hoc est credulitatis, habet hoc commune cum scientia, quia sicut firmiter uni parti quis adhaeret per scientiam, ita firmiter uni parti, per hanc credulitatem.*⁵⁶

... et hic est primus gradus probationis, seu credulitatis, quia iam incipit animus iudicis adhaerere uni parti, licet remaneat dubius. Post istam autem suspicionem iudici apparent argumenta fortiora, tunc iudex incipit opinari, cum adhuc dubitat ne sit contrarium, modicum tamen dubium remanet, et ista vocatur opinio, quod statim probabo. Et hic est secundus gradus probationis, quia modicum restat ad credendum, tum adhuc aliquid dubii est.

⁵⁵ Bartolo da Sassoferrato, Comm. al *Digestum Vetus*, Dig. 12. 2. 31, de iureiurando, l. Admonendi, n. 23: *Post istam opinionem si iudici appareat tamen quod firmiter adhaereat uni parti, absque alio dubio alicuius contrarii, tunc dicitur perfecta credulitas, seu perfecta probatio, nec est tunc caetera dubia. Ista duo de credulitate et de opinione, probantur infra de testibus l. 3 § eiusdem in fi. (Dig. 22. 5. 3. 2). ibi: 'quid autem credas, aut parum probatur tibi opineris'. Nam prout dicit 'credas' loquitur de plena fide, et plena probatione, quia ad perfectam credulitatem adducitur iudex. Prout dicit 'opineris' loquitur de imperfecta ... Et de hoc est etiam textum quod probat omnes istos gradus tres infra de quaestionibus l. 1 post principium (Dig. 48. 18. 1. 1, de quaestionibus, l. In criminibus § Verba rescripti) ibi dum dicit, ad quaestionem tunc pervenit, cum reus suspectus est, et aliis argumentis probationis movetur iudex, ita quod sola confessio deesse videatur, et caetera. Ex eo quod dicit, cum reus suspectus est, habes primum gradum probationis, quod est suspicio. Ex eo quod dicit, quod aliis argumentis probationis movet scilicet iudex, loquitur de secundo gradu probationis, quod est opinio, quae est multum propinqua credulitati, et plenae probationi.*

⁵⁶ Bartolo da Sassoferrato, Comm. al *Digestum Vetus*, Dig. 12. 2. 31, de iureiurando, l. Admonendi, n. 23: *Ex eo quod subinfertur, ita quod sola confessio deesse videatur, ponitur tertius gradus probationis, quod facit plenam fidem: nam habita confessione, seu plena probatione, iudex adducitur ad plenam credulitatem. Et iste tertius gradus probationis hoc est credulitatis, habet hoc commune cum scientia, quia sicut firmiter uni parti quis adhaeret per scientiam, ita firmiter uni parti, per hanc credulitatem. ...* . La trattazione continua poi affrontando il problema delle probationes semiplenae e agganciandosi alla teoria espressa nella *Glossa Magna*: *Videnda sunt ergo ... quae sunt ista quae faciunt istam opinionem vel istam suspicionem, quam glossae nostrae appellant semiplenam probationem. Glossa ponit hic quatuor: scilicet privatam scripturam, et comparisonem litterarum, fugam rei, unum testem. Alii addunt scilicet famam....* Si legga Accursio, *Glossa Magna*, gl.

La *plena credulitas* del giudice è raggiunta ascoltando la confessione dell'imputato, ed è *scientia*. È interessante tuttavia che la *plena fides* costituisca il livello precedente, *ita quod sola confessio deesse videatur*, al quale il giudice è giunto *adductus per ea quae sunt sibi ostensa*. La progressione disegnata da Bartolo sembra appoggiarsi alla teoria della conoscenza agostiniana nella quale la volizione è fondamentale: si conosce perché si crede, e si crede perché lo si vuole⁵⁷.

Tale centralità è stata sottolineata da Susanne Lepsius nel suo approfondito lavoro di analisi della trattatistica bartoliana sulla testimonianza: se la *fides* costituisce l'espressione dei limiti epistemologici del giudice, l'Autrice vede una corposa evoluzione tra quanto espresso da Bartolo nella *lectura* dell'*Admonendi* e il punto di arrivo della riflessione nel *Tractatus*. Infatti, partendo dalla constatazione che il giudice deve sempre rendersi conto che non può giungere a una conclusione corretta sulla base della propria percezione sensoriale, ma rimane dipendente dalla percezione sensoriale trasmessa dai testimoni, Bartolo nel suo trattato si vede costretto ad attribuire la conoscenza per *credulitas* all'esperto, al perito, mentre la *fides* del giudice deve restare legata alla percezione sensoriale dei testimoni e delle prove fisiche⁵⁸.

speciem, Dig. 22. 5. 3. 2, *de testibus*, l. *Testium fides* § *Eiusdem quoque principis: Sunt enim multae species probationum, quarum quaedam sunt plenae, quaedam semiplenae. ... Semiplenae autem fiunt per unum testem. Item per collationem, ex qua semiplena colligitur fides ... Item per domesticam scripturam sine causa et aliae similes.*

⁵⁷ Tutino, *The many faces ... cit.*, p. 10: ... knowledge, albeit not excluded from the process of believing, comes after the will has already chosen to believe.

⁵⁸ Lepsius, *Von Zweifeln zur Überzeugung ... cit.*, pp. 184 e 186: *stets muss der Richter sich jedoch bewusst machen, dass er nicht zu einer richtigen Erkenntnis aufgrund eigener sinnlicher Wahrnehmung gelangen kann, sondern auf die durch Zeugen vermittelte Sinneswahrnehmung als Argument angewiesen bleibt* e che, conseguentemente, *Bartolus geht also davon aus, dass der Richter keine eigene Kenntnis von dem zu beweisenden Sachverhalt erlangen kann*. L'Autrice sottolinea come già commentando il Digesto Bartolo avesse individuato in un congiungersi della conoscenza ricavata dalle prove con un moto dell'animo del giudice quel-

Ma se invece valorizziamo la concezione espressa nella *lectura* alla l. *Admonendi* e intendiamo la *plena credulitas sive fides* del giudice come un congiungersi della conoscenza ricavata dalle prove con un atto di volizione, egli, in assenza di una confessione, può, se decide di farlo, emettere una sentenza basandosi sugli elementi fin lì raccolti: quindi anche la deposizione di un testimone *de auditu alieno*?

Partendo da simili presupposti la testimonianza *de auditu alieno* può ricavarsi uno spazio all'interno del processo di costruzione del convincimento nell'animo del *iudex*: condivide con la testimonianza diretta la caratteristica fondamentale di *essere* una persona presente, immediatamente consultabile e valutabile. In questo senso la credibilità del teste rimane un elemento essenziale di questo istituto, e si sostanzia, in gran parte, nella sua volontà di credere in ciò che riferisce. Un testimone *de relato* che deponga davanti al giudice scaricando la responsabilità di ciò che riporta solo sua fonte, dimostrando di non riporre in essa una *plena fides*, fatterà a far breccia nella *credulitas* del giudicante. È come in un gioco di specchi: la convinzione del testimone che ciò che sta riferendo corrisponde a verità produce nello specchio della coscienza del giudice che lo ascolta un riflesso nella misura in cui sia forte, piena, responsabile: similmente i cogiuratori *erano* essi stessi la prova, nel placito altomedievale, perché mettevano in gioco l'anima e la reputazione giurando per la parte che li produceva.

la *credulitas sive fides* che poteva permettergli di emettere sentenza; ma, sempre secondo Lepsius, tale eniadi nel *Tractatus si spezza* (cfr. Lepsius, *Von Zweifeln zur Überzeugung*, p. 187). Tale concezione della conoscenza/*fides* acquisibile dal giudice, nota la Lepsius, è profondamente innovativa e sconosciuta al mondo dei giuristi (Lepsius, *Von Zweifeln zur Überzeugung ... cit.*, p. 187) mentre attinge a concezioni vive nella teologia e nella speculazione canonistica: si veda Lepsius, *Von Zweifeln zur Überzeugung ... cit.*, p. 187: *Mit diesen Einteilungen der unterschiedlichen Wissensarten überträgt Bartolus eine bisher nur in theologischen und kanonistischen Bereich erörterte Konzeption der fides als der gerade nicht durch Sinneswahrnehmungen erreichten Kenntnis auf Kommentierungen zum römischen Recht.*

Ma una simile *credulitas sive fides* è essenza che scorre fra le dita e che, piuttosto che assumere una forma, lascia un'impronta nella mente del giudice, che dal *dubium* può passare alla *suspicio* e poi alla *credulitas* anche sulla base di impressioni, che *inclinano* la sua mente in una direzione piuttosto che in un'altra: perciò, nelle riflessioni del giurista trecentesco, qual è il ruolo, il valore della testimonianza *per sentito dire*?

La difficoltà per Bartolo, e per i giuristi successivi, consiste nella regolarità processuale dell'ingresso di questa conoscenza mediata all'interno del processo: nel *Tractatus* è detto con chiarezza. Se il giudice può valutare il peso processuale delle prove addotte⁵⁹, il sistema deve garantirgli, e garantire alle parti, che esse arrivino integre nell'aula e perfettamente fruibili dal suo *animum* che deve *adhaerere* alla tesi dell'attore o a quella del convenuto: nella testimonianza diretta tale integrità viene garantita dalla correttezza nella formazione della prova, cioè dal giuramento del teste e dalle sue qualità personali, che lo rendono *fidei dignus*⁶⁰. Questo con la testimonianza *de auditu alieno* non avviene: il giudice non entra in contatto diretto con la *causa scientiae* del testimone. Aver espulso la *fides*, la *credulitas* del teste indiretto dalle fonti di conoscenza mette il giudice in un corto circuito. Ed infatti Bartolo, in un altro passo dei suoi commentari, ricorre ad una *fictio*, ed attribuisce alla testimonianza indiretta il valore di *praesumptio*: nella *lectura* alla l. *E re est* (*Bene est*) Bartolo afferma che il fatto di essere vicino di casa o

⁵⁹ Sul delicato punto dell'estensione dei poteri del giudice nella valutazione delle prove nel contesto italiano tra XIII e XIV secolo, si leggano le osservazioni nel già citato saggio di Antonio Padoa Schioppa, *La coscienza del giudice*. Affronta l'argomento dei poteri del giudice nel pensiero di Bartolo dal punto di vista della loro cornice costituzionale e politica D. Quaglioni, *L'ufficiale in Bartolo in L'educazione giuridica. IV - Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, Libreria Universitaria, Perugia 1981, pp. 143-187, in part. pp. 146-150.

⁶⁰ Bartolo da Sassoferrato, *Tractatus testimoniorum*, n. 10: *Non enim testi creditur; nisi in iudicio per iudicem iuramento praestito, parte praesente, vel contumace solemniter examinetur. Sed cum testis audivit alium se alium vidisse dicentem, ista solemnitas defuit; igitur insufficiens est causa.*

consanguineo può venir equiparato alla percezione sensoriale, come *causa scientiae* della testimonianza, in quanto si può presumere, logicamente, che la frequentazione assidua metta il testimone nella condizione di conoscere, nello stesso modo in cui conosce chi abbia percepito con i propri sensi:

*licet enim in ratione ista non exprimatur sensus corporeus, tamen exprimitur id, per quod ad sensum corporeum, iuris praesumptione devenitur.*⁶¹

A ben guardare però la credibilità delle informazioni e delle opinioni di coloro che convivono o hanno legami di parentela con i diretti interessati nella causa deriva dalla loro capacità di illustrare al

⁶¹ Bartolo da Sassoferrato, Comm. al *Digestum Vetus*, Dig. 12. 1. 1, *de rebus creditis et si certum petatur* l. *E re est (Bene est)*, n. 17 : *Sed ista ratio, quia sum vicinus vel consanguineus, non concludit per aliquem sensum corporeum, ergo non est bona ratio. Respondeo quod dictum testis debet concludere per aliquem sensum corporeum, concedo. sed cum dicitur hic, non redditur ratio per aliquem sensum corporeum, ista nego. licet enim in ratione ista non exprimatur sensus corporeus, tamen exprimitur id, per quod ad sensum corporeum, iuris praesumptione devenitur; quia est praesumptio quod vicinus et consanguineus sciat conditione vicinorum, et coniunctorum, quia assiduam conversationem habent, et vident actus eorum, unde deveniatur ad sensum corporeum ...* . Questa riflessione di Bartolo verrà utilizzata dai giuristi successivi, in particolare da Baldo, come tassello di un ragionamento teso a dimostrare l'ammissibilità e la validità di testimonianze non basate direttamente sulla percezione sensoriale, in casi dove particolarmente difficile si presenta il raggiungimento di una piena prova: Baldo degli Ubaldi, Comm. al *Codex*, Ventiis 1599, Auth. *Quas actiones* (Nov. 131.6) post C. 1. 2(5). 23(21), *de sacrosanctis ecclesiis* l. *Ut inter divinum*, n. 19: *Item ratione difficilis probationis sufficit probatio praesumpta ... Dico etiam quod non est semper necesse, quod testis reddat causam sui dicti per sensum corporis, quia sufficit, quod testis reddat causam, ex qua praesumitur sensus corporalis praesumptione iuris, licet non reddat rationem directe per sensum corporis: ita tenet Bartolus in repetitione sua, in l. 1 ff. si certum petatur (Dig. 12. 1. 1) sicut sufficit sensus remotus ab acto ...* . Della *repetitio* alla l. 1, *si certum petatur* alla quale si riferisce Baldo si è esaminato l'unico testimone noto (cfr. Calasso, DBI 6, p. 649) contenuto nel ms. II. 1426 (2719), ff. 239ra-240rb della Bibliothèque Royale di Bruxelles, che però non ha rivelato significative integrazioni rispetto al testo del commentario.

giudice il contesto nel quale i fatti si sono svolti: se non hanno visto e udito i fatti oggetto di causa il loro contributo consiste nell'accredere la *plena fides* del giudice e, come detto, essa crescerà quanto più solida sarà la loro stessa *fides* in ciò che riportano.

5. Per concludere: un equilibrio possibile?

Torniamo al processo, al rito di purificazione, alla messa laica: la Verità va ristabilita, il danno riparato, il bene restituito, il colpevole deve pagare. Oggi come nel Medioevo il processo, sia civile che penale, costituisce uno dei canali privilegiati attraverso i quali le comunità, e i loro governanti, danno ordine al caos.

Se i passaggi del processo sono teleologicamente volti a tale fine, ciò che i testimoni *credono*, o vogliono credere, e il giudice *crede*, o sceglie di credere, può costituire un elemento dell'assetto che l'amministrazione della giustizia decide di dare agli interessi confliggenti. In questo senso la riflessione di Agostino che pone la *credulitas* a fondamento delle interazioni sociali fin dalle loro origini è centrale⁶². Acquista un senso la decisione dei giudici, civili ed ecclesiastici, delle città medievali di utilizzare la testimonianza *de auditu alieno* per raggiungere la *plena fides* necessaria ad emettere una sentenza, così come quella dei giudici della contemporanea Cassazione di insistere sulla propria libertà di valutazione della credibilità del testimone *per sentito dire*: colui che crede in ciò che riferisce e che può, se il giudice *si fida* di lui, risultare più credibile della sua fonte.

Una sfida, per noi giuristi, questa della testimonianza indiretta: che cosa vogliamo che sia il processo?

Se lo intendiamo come una macchina perfetta, dominata dalla razionalità, corriamo il rischio di forzare in un meccanismo astrattamente funzionante una materia che è, nella realtà, dominata da

⁶² Tutino, *The many faces ... cit.*, p. 9: *In fact, for Augustine, credulitas lies at the foundation of all social interactiones from the very beginning of human life.*

*speranze, preoccupazioni, amore ed odio*⁶³.

Ancora una volta il percorso di Tutino mi fornisce una suggestione, di natura etica: Tommaso De Vio, Cardinal Caetano, agli inizi del XVI secolo spiega per quale motivo un giudice deve ritenere che la propria anima sia al sicuro se condanna in base a prove certe, quali una confessione (magari estorta), un uomo che sa essere innocente. Ebbene, secondo Caetano va primariamente considerato che il giudice svolge un ruolo pubblico: per tale motivo il suo obiettivo, quando emette una sentenza, non è quello di essere corretto nei riguardi dell'imputato, ma verso la comunità per la quale svolge il suo incarico⁶⁴.

Perciò la suggestione (o la provocazione?) è questa: la testimonianza *per sentito dire* può venir intesa come quel punto, quasi di rottura, in cui al giudice è chiesto di trovare un equilibrio fra due esigenze contrapposte e, forse, inconciliabili: l'esigenza della comunità di ottenere una spiegazione dei fatti avvenuti, realizzando così un riequilibrio, e la tutela dei diritti del singolo individuo, oggi costituzionalmente garantiti. Se il giudice risponde prima alla comunità, che cerca rassicurazione nel rito purificatorio del processo, che al singolo, che ha diritto al rispetto delle sue libertà individuali, l'operatività della testimonianza *de relato*, che come ricordiamo nulla effettivamente sa dei fatti di causa, può diventare, in alcuni casi eccezionali, necessaria. Il testimone *per sentito dire* trasmette ciò che crede, perché è convinto che ciò che riferisce sia vero, e in tal modo contribuisce a rendere edotto il giudice su ciò che è, presu-

⁶³ Ivi, p. 184: *Once we stop waiting for the promised land of pure reason to become manifest, we will realize that hoping, worrying, loving or hating things that we cannot reasonably demonstrate to be worthy of hope, worry, love or hate is not a deficiency that we will eventually overcome, but rather part of the human condition.*

⁶⁴ Ivi, p. 32. La dialettica fra un processo isonomico e uno asimmetrico (o egemonico, per usare la terminologia di Mario Sbriccoli) è stata ben delineata da Giuliani nella voce *Prova (filosofia)* che sottolinea quale fondamentale ruolo giochino nel primo la responsabilità etica e professionale del giudice e gli *iura naturalia* dell'imputato: pp. 531-537. Quello che si propone in queste pagine è una lettura della questione dal solo punto di vista della testimonianza *per sentito dire*.

mibilmente, avvenuto, o comunque fornisce una spiegazione, che è quello di cui la comunità ha bisogno, quello che chiede al processo e al giudice che lo amministra.