



diritto & religioni

Semestrale
Anno IX - n. 1-2014
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

17

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno IX - n. 1-2014
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fucillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fucillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

La prova giudiziaria. Archeologia del procedimento probatorio nella ricostruzione giudiziaria della verità

ANNA AMBROSINO

Il procedimento probatorio costituisce un argomento di grande interesse per il giurista e per il sociologo del diritto, poiché consiste nel meccanismo attraverso il quale un fatto o un diritto fino ad allora controverso acquisisce, tramite il giudizio che lo conferma, il valore di una verità, anche se provvisoria.

La prova giudiziaria più caratteristica delle società cosiddette primitive, è una prova irrazionale, dovuta in prevalenza al misticismo che è, senza dubbio, il tratto saliente della mentalità degli uomini appartenenti ai primi aggregati sociali. Il misticismo qui inteso è la credenza nel soprannaturale, la convinzione che il mondo è retto da un essere superiore, la certezza dell'esistenza di leggi regolanti i fenomeni fisici e naturali.

Queste convinzioni guidano i comportamenti quando tali soggetti si trovano in presenza di situazioni incerte che scuotono l'opinione comune al punto da far nascere un processo. In alcuni casi, si può considerare il momento processuale con indice di una situazione di turbamento della società alla quale è necessario mettere fine, poiché la coesione sociale rischia di essere compromessa e l'appello al soprannaturale si crede possa contribuire a ristabilire l'equilibrio.

In materia giudiziaria, il ricorso a queste forze supermondane riguarda senza dubbio un gran numero di modalità differenti, che si basano tuttavia sullo stesso principio, e che vengono denominate in dottrina come "prove ordaliche"¹.

Tra esse, possono essere ricordate l'ordalia *stricto sensu*, il duello giudiziario, il giuramento con o senza anatema, le formule procedurali e la divinazione.

¹ In tal senso, HENRI LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire: étude de sociologie juridique*, Marcel Rivière, Paris, 1964, p. 59.

In un gran numero di società primitive, si constata l'esistenza di una procedura destinata a rivelare la verità su di una situazione caratterizzata da incertezza. Il meccanismo di questa procedura consiste nel sottoporre un individuo, sul quale si è addensato un dubbio in ordine ad un comportamento antisociale ed anti-giuridico, ad una prova che, in apparenza, non ha nessun rapporto con la questione che deve essere risolta, ma il cui esito tuttavia determinerà la responsabilità o la non colpevolezza dell'accusato.

Un giudizio ordalico è quello a cui è sottoposto un soggetto sospettato di omicidio che verrà invitato a bere una particolare bevanda preparata appositamente, contenente alcune dosi più o meno forti di sostanze tossiche. Qualora non si manifestino particolari conseguenze sul suo stato di salute ovvero gli esiti nefasti prodotti nel suo organismo da quell'intruglio, come anche la morte, proveranno agli occhi della comunità l'innocenza o la responsabilità del fatto omicidiario. Altre prove sono costituite da impegni fisici compiuti in maniera audace ed in condizioni estreme, come quello di raggiungere una certa meta di corsa attraverso un percorso accidentato e pericoloso; qualora la stessa verrà superata in maniera soddisfacente il sospettato sarà prosciolto mentre, in caso di fallimento, se ancora in vita verrà condannato.

L'ordalia, per la comunità che decide di attivarla, non vuole costituire una condanna a morte, una esecuzione capitale, poiché in quel momento il soggetto non è considerato colpevole ma solamente sospettato; sarà unicamente il risultato del cimento a determinare la valutazione della sua responsabilità in ordine al fatto del quale viene accusato.

Anche l'acqua ed il fuoco venivano spesso utilizzati nei giudizi ordalici. Talvolta, dopo averlo legato, si immergeva il sospettato in mare, in un fiume o anche in un tino e in caso di sopravvivenza, veniva giudicato innocente. Analogamente, l'incolpato doveva recuperare un oggetto all'interno di una pira ardente e se ne usciva vivo e guariva dalle ustioni riportate, era prosciolto da ogni accusa.

Anche la precipitazione da una altezza costituiva un meccanismo corrente per verificare la colpevolezza di un soggetto, e diventò poi così diffusa da trasformarsi nell'esperienza giuridica romana in una specifica sanzione, eseguita dalla Rupe Tarpea.

Nella letteratura storico-giuridica, vi è un gran numero di queste prove particolari ed una lista risulterebbe evidentemente incompleta². Solo per offrire una panoramica più ampia, si rammenta che esistevano anche giudizi ordalici bilaterali, su accusato ed accusatore, come quello che prescriveva ad

² Per una disamina più approfondita delle diverse tipologie di ordalia si rinvia a FEDERICO PATETTA, *Le ordalie: studio di Storia del diritto e Scienza del diritto comparato*, Torino, 1890.

entrambi di mantenere in mano una candela accesa e la prima a spegnersi determinava il soggetto destinatario del castigo; così come esistevano anche forme di ordalie collettive, quando ad essere chiamati a rispondere di un omicidio, il cui autore permaneva ignoto, era un'intera famiglia (nella cui casa era stato magari ritrovato il corpo) o tutti gli abitanti di un villaggio (per l'omicidio di un forestiero).

Quel che interessa alla analisi in corso, tuttavia, non è tanto il meccanismo attivato, quanto piuttosto la valutazione che verrà fatta sul suo esito. A ben vedere, infatti, si può asserire che l'oggetto di tutte queste prove ordaliche non è costituito tanto dall'atto delittuoso in sé, quanto piuttosto dall'individuo sospettato.

Se il soggetto sarà gradito agli Dei o a Dio, evidentemente supererà senza troppi inconvenienti ogni cimento, a riprova della sua assoluta innocenza ed irreprensibilità. Viceversa, il fallimento significherà l'assenza della protezione divina su di lui, a causa della sua colpevolezza.

Il risultato probatorio dell'ordalia non è preconstituito, né può risultare scontato nonostante le condizioni proibitive di alcune prove, e dipenderà da vari fattori quali la durata dell'accertamento, la resistenza dell'individuo e non ultimi, il fato o il caso.

Ma la mentalità primitiva non conosce il caso e nulla accade se non per effetto delle forze soprannaturali che dominano il mondo. L'ordalia così costituisce una occasione perché tali forze vengano attivate e si manifestino, per dirimere una situazione di incertezza in cui il gruppo sociale si ritrova, non riuscendo a decidere sulla responsabilità di un soggetto in ordine ad un certo fatto antisociale ed antiggiuridico.

Un ulteriore cimento attraverso il quale nell'antichità si valutava la colpevolezza di un soggetto era il duello giudiziario. Esso presenta i tratti propri di una ordalia bilaterale ed è caratterizzato dal fatto che l'accusato si trovava esposto ad un pericolo grave, tale che il suo ardore e il suo coraggio non sarebbero risultati sufficienti a scongiurarlo. Gli occorre allora l'intervento delle potenze divine per consentire il superamento della prova ed è anche per questo che in genere, soprattutto durante il Medio Evo, questo duello veniva denominato "giudizio di Dio"³. Durante quel periodo la singolar tenzone divenne una vera e propria istituzione giudiziaria, regolamentata in maniera molto rigorosa.

Accusato e accusatore dovevano confrontarsi in un uno spazio delimitato, osservando un rituale minuziosamente regolato, caratterizzato principal-

³ MASSIMO MELANI, *Dottrine generali di Storia del diritto medioevale*, 2008, p. 210.

mente dall'equilibrio tra le parti e la parità di possibilità date ai duellanti.

Spesso la competizione terminava con la morte di uno dei due contendenti. Ma se la parte soccombente risultava soltanto ferita, veniva poi messa a morte o, quantomeno, veniva esiliata, poiché la sua sconfitta costituiva il segno che la divinità si era disinteressata alla sua sorte, non meritando aiuto a causa della sua empietà. Ciò accadeva soprattutto quando, e siamo al di fuori del duello giudiziario, gli avversari si battevano per interessi superiori rispetto a quelli propri, venendo a rappresentare delle fazioni, dei gruppi sociali o anche un intero esercito, quando appunto si era stabilito che le sorti di una battaglia venissero decise dall'esito che avrebbe avuto il duello tra due campioni.

Il giuramento, come anticipato, veniva valutato come prova, soprattutto quando colui che lo prestava lo contornava di auto maledizione, invocando sulla propria persona sanzioni più o meno gravi, nel caso in cui quanto riferito non fosse corrisposto poi al vero.

L'originalità del giuramento, rispetto all'ordalia, sta nel fatto che le forze soprannaturali sono invocate a manifestare la loro benevolenza sul soggetto, che pertanto risulterà affidabile e credibile, direttamente da quest'ultimo e non attraverso l'attivazione di un meccanismo costruito dall'uso e modulato dalla consuetudine. Non ci sarà più bisogno di fuoco, acqua, sostanze tossiche ed asperità del terreno, l'essere divino, legato dal giuramento interverrà e, in ipotesi di defezione, punirà severamente colui che avrà abusato della sua fiducia, avendo invocato immeritadamente la sua protezione.

Soprattutto in sistemi giuridici improntati alle prove legali, la forza probatoria del giuramento equivaleva a quella della confessione, potendo essere concepita come una sentenza che l'interessato rendeva su sé stesso, con la differenza che la confessione costituiva una sentenza di colpevolezza ed il giuramento una sentenza assolutoria.

Per quel che concerne i rapporti tra l'incolpato che giura e il giudice chiamato a vigilare sulla sua buona fede, quest'ultimo, in ragione di una presunzione *iuris et de iure*, non concepiva la possibilità di un inganno, poiché l'incolpato se aveva prestato giuramento non poteva essere uno spergiuro. Tutto l'istituto del giuramento riposa su un sistema di credenze universali e genericamente condivise.

Si è detto che questa prova era accompagnato in genere dall'anatema di auto maledizione, ma talvolta l'anatema veniva invocato non su di sé ma su propri cari; ma anche in tali casi, veniva supportata la presunzione di buona fede, poiché si poteva ragionevolmente pensare che la morte dei propri cari fosse altrettanto scongiurata quanto quella propria.

Va anche ricordato che in molti sistemi giuridici, dal romano a quello

giudaico, in caso di giuramento deferito dalla controparte, il rifiuto a pronunciare quanto richiesto dall'avversario equivaleva a perdere il processo.

Il giuramento, tuttavia, per avere piena efficacia probante in ambito giudiziario, deve essere poi approvato dal giudice. È discusso se si tratti di una semplice ratifica, ovvero se l'asserzione potrà essere messa in discussione. La sociologia del diritto illustra come ciò dipenda dalle diverse società e dal loro grado di cultura⁴.

Lì dove albergava una mentalità mistica, il giuramento equivaleva ad una prova assoluta ed incontestabile, in ragione del carattere sacrale della garanzia che comportava. Nessuna opinione umana avrebbe osato metterlo in dubbio. In tempi meno risalenti, avendo le antiche credenze perduto la loro egemonia sugli spiriti, la forza probante del giuramento veniva ad indebolirsi fino a perdersi del tutto, quale prova giudiziaria, in uno spaccato sociale ove il laicismo e l'ateismo avevano progressivamente preso piede tra i consociati. Del resto sarebbe stato impensabile che il giuramento, finanche quello con anatema sulla propria persona avesse potuto conservare il suo valore, laddove contendenti senza scrupoli potevano dominare facilmente la scena giudiziaria a discapito di convenuti credenti, prigionieri dei propri sentimenti religiosi e di quelli altrui, anche se solo supposti.

Ancora e su un piano diverso ma non distante rispetto al giuramento, trovavano fondamento probatorio alcune formule procedurali in uso in certe società. La procedura, come è noto, è il dominio di elezione del formalismo e queste particolari espressioni rituali dovevano essere pronunciate in maniera conforme ad un modello dal quale non ci si poteva discostare. Un esempio tipico lo si ritrova nel diritto romano, con l'istituto del *sacramentum*⁵. Tali formule tradizionali, erano espressioni sacramentali che venivano pronunciate in maniera rituale ed immutabile dalle parti contrapposte, che prendevano la parola a turno. Né l'una né l'altra cercavano di convincere l'organo giudicante attraverso un procedimento probatorio vero e proprio, dato che la sola prova era la ripetizione della formula di stile, ma si limitavano a recitare la procedura nella maniera più conforme e corretta possibile, senza sbagli o contraddizioni, talvolta accompagnando la recitazione con gesti rituali. Se la pronuncia era corretta e non contestata, il processo era vinto.

Infatti, colui che aveva recitato eseguito correttamente il rito orale o anche gestuale, senza una formale e valevole contestazione, vinceva *ipso facto* il giudizio.

⁴ ANNAMARIA RUFINO, *Cultura giuridica e regole sociali. Temi di sociologia del diritto*, Rubbettino, Catanzaro, 2003, p. 77.

⁵ ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1984, p. 184 ss.

Vi sono alcune similitudini, ma anche delle differenze, tra le formule procedurali ed il giuramento. Come il giuramento, la formula sacramentale consisteva in una dichiarazione unilaterale profferita con determinate condizioni di solennità e di pubblicità, in maniera da risultare sufficiente a creare il diritto in favore di chi l'avesse pronunciata prendendo la parola e senza essere incorso in contraddizioni; essa tuttavia ne differiva poiché l'elemento sacro in genere presente nel giuramento e che giocava il ruolo di garante e, all'occorrenza, di sanzione qui scompariva o, quantomeno, risultava presente in maniera non costitutiva e comunque non ostentata.

Analizzando poi il valore probatorio delle formule sacramentali, ci si potrebbe chiedere come fosse possibile dare una vittoria giudiziale ad una parte che non si fosse impegnata a suffragare il suo diritto portando a sostegno elementi probatori salienti, ma limitandosi a pronunciare una dichiarazione percorrendo una procedura prefissata. Tuttavia, la risposta sarebbe fornita proprio dall'analisi della formula impiegata, pronunciata non in maniera libera ma anzi utilizzando termini precisi, codificati dall'uso e dalla consuetudine, spesso accompagnati da gesti tipizzati e non equivoci: erano proprio queste frasi convenzionali particolari, conosciute e condivise in senso comunitario a conferire forza probante a queste formule procedurali; esse costituivano una garanzia del fatto che colui che le avesse pronunciate e le avesse rese in maniera conforme, era in accordo con il gruppo sociale di appartenenza, presente ad ascoltarle.

L'ultima, tra le prove ordaliche disposte nell'antichità, ad essere qui analizzata è la divinazione, una procedura attivata dalla comunità quando, a fronte della consumazione di un crimine di una certa rilevanza, tale da suscitare una cospicua emozione diffusa tra i consociati, non si era trovato nessun soggetto su cui far convergere anche solo dei sospetti.

Qualora il crimine fosse lasciato impunito, l'intero gruppo sociale avrebbe vissuto nella paura e nell'incertezza. Per evitare questo stato di timore e di prostrazione, si sarebbe dovuto ristabilire l'ordine destabilizzato e, in assenza di ogni altro indice, si ricorreva all'arte divinatoria. Molti sono i metodi che venivano utilizzati per acquisire informazioni sull'eventuale colpevole, dalla osservazione del volo degli uccelli all'esame delle viscere degli animali, dal lancio di ossa alla *trance* medianica, ma tutti venivano assunti al cospetto dell'intera comunità, riunita a tal fine.

Va da sé che la vicenda giudiziaria veniva così risolta mettendo da parte le regole degli uomini e facendo ricorso alle potenze sovranaturali, per raggiungere una verità auspicata dalla comunità presente, che tuttavia poteva non aver nulla a che fare con la verità materiale, ma che, come la verità processuale, serviva a tacitare gli animi e le coscienze dalle paure, dalle angosce

e dai sentimenti di vendetta, che una pacificazione sociale non raggiunta ancora avrebbe potuto innescare.

La celebrazione del processo attraverso le cd. prove ordaliche non veniva confinata in un luogo chiuso e deputato ad una regolamentazione tecnica, ma si svolgeva con un alto profilo, all'aperto, ed il pubblico era ammesso senza restrizioni, intervenendo frequentemente sia per porre delle domande o per formulare delle osservazioni più o meno pertinenti, sia per manifestare sentimenti favorevoli o ostili all'accusato.

Il principio di pubblicità nella celebrazione del processo e nell'esecuzione della pena, è modernamente inteso come funzionale ad un controllo da parte della collettività sull'operato del giudice⁶.

Invero, nei tempi risalenti, il ricorso al processo ordalico veniva attivato anche come stigmatizzazione della faida e quale conseguente regolamentazione della vendetta privata, ed il meccanismo dell'ordalia era improntato ad una differente concezione del principio di pubblicità, che va rapportata, in riferimento agli omologhi istituti giuridici, al corrispondente percorso sviluppatosi nella cultura giuridica di tipo occidentale.

Nell'Oresteia di Eschilo si intende celebrare la fine delle vendette private e la nascita di una istanza giudicante, superiore e imparziale. Il dramma ha un lieto fine in quanto le furiose Erinni, placate da Atena, si convertono nelle benevole Eumenidi: finisce la vendetta, comincia la giustizia. Questo passaggio costituisce il *leitmotiv* dell'intera cultura giuridica occidentale. In una società cresciuta con le prime codificazioni ed i digesti, compressa dall'inquisizione e ristrutturata dall'illuminismo, l'esecuzione della pena non occupa più il centro della scena e l'idea stessa di sanzione viene profondamente rivisitata dal razionalismo del XIX secolo e resa compatibile con i valori dominanti in una Europa che a gran voce si dice civile e si sente culla del nuovo Stato di diritto. L'esecuzione della pena non avviene più in pubblico. Al tempo delle Erinni, la vendetta nei confronti del nemico e quindi l'esecuzione pubblica della sanzione inflitta è giustificata da esigenze di prevenzione; inoltre, la solennità ed anche la teatralità del supplizio comminato è servente alla giustizia sociale, per ricomporre gli animi e per ricostruire quella pace sociale che era stata aggredita dall'atto criminale.

Una volta emerse le Eumenidi attraverso la civiltà del diritto, il principio di pubblicità lo si ritrova soprattutto nella celebrazione del processo, venendo inteso come funzionale ad un controllo da parte della collettività sull'operato del giudice, laddove nell'esecuzione della pena sul colpevole è

⁶ Per approfondimenti, si rinvia a ALFONSO FURGUELE, *Le prove formate fuori dal giudizio*, Giapichelli, Torino, 2013, p. 101.

meno presente, poiché essa si svolge oramai nell'ombra, al riparo da sguardi indiscreti. Sull'altro versante, risalendo ai tempi dei primi aggregati sociali, la pubblicità va collocata nella partecipazione emotiva della comunità non tanto al processo, inteso come dibattimento, quanto soprattutto al suo epilogo, ovvero alla esecuzione della pena correlata alla sentenza. L'esemplarità ed anche la teatralità del supplizio comminato diventa così servente alla giustizia sociale, per ricomporre gli animi e per ricostruire quella pace nella società che era stata aggredita dall'atto criminale. Si riequilibravano e si ripristinavano, così, i sensi di identità comunitaria e di sicurezza pubblica, attraverso lo svolgimento della sanzione con modalità esemplari, volte anche a costituire un monito verso eventuali futuri comportamenti antisociali ed antiggiuridici.