

PREMESSA

Il sistema della prova legale attraversa una crisi che appare irreversibile.

Le ragioni sono molteplici.

I tempi appaiono maturi per un definitivo superamento del residuo di sfiducia nelle capacità di ricostruzione storica dei fatti di causa da parte del giudice, sotteso alla paternalistica preoccupazione del legislatore che non tollera dubbi sull'attendibilità di prove ritenute astrattamente infallibili; si è fatta strada al contrario una concezione ottimistica delle attitudini cognitive dell'uomo, contro quelle visioni aristocratiche della conoscenza che attribuiscono "a pochi illuminati il potere di dire una volta per tutte nelle leggi secondo quali criteri i fatti sono da ricostruire" (CHIARLONI).

Altri Autori hanno sottolineato l'anacronismo delle massime di esperienza che sorreggono le singole prove legali tipiche: si pensi alla concezione cavalleresca del processo – su cui pure si fonda quello che già negli anni Settanta era definito un "relietto" giuridico "di tempi lontani" (LIEBMAN) – per cui la parte, sfidata solennemente a giurare sui fatti da essa affermati, non oserà dichiarare il falso.

Queste pagine mirano a verificare se, pur contestati i suoi fondamenti sul piano *astratto*, in *concreto* la prova legale ancora garantisca quegli effetti di economia processuale e di razionalità pragmatica che costituiscono l'utilità caratteristica (CARNELUTTI) del sistema: l'applicazione giurisprudenziale delle norme in materia, in altre parole, conferma l'attuale superamento del modello già denunciato dalla dottrina sul piano dell'attitudine ad accertare la realtà? Oppure le regole di prova legale almeno in parte comportano, attraverso la semplificazione della fase istruttoria, una più economica indagine dei fatti? E, in tal caso, i pretesi vantaggi in termini di accelerazione dei tempi del processo giustificano quel "deficit di verità" (TARUFFO) connotato al rischio di vincolare il giudice all'accertamento di un fatto difforme dalla realtà, perché basato su una prova falsa?

Si tenterà dunque di verificare se l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza alle norme sulla confessione, sulla prova documentale e sul giuramento risponda effettivamente alle massime tratte per cui i fatti dimostrati da una prova legale non possono non considerarsi definitivamente accertati, e, in dottrina, alla formula per cui il conflitto tra prova piena e riscontri sottoposti al prudente apprezzamento, data la posizione della prova legale "un gradino sopra" la prova libera (FURNO), si risolve naturalmente con il sacrificio dei secondi.

Oppure se all'intero *genus* delle prove legali debba estendersi l'opposta opi-

nione di CALAMANDREI, secondo il quale il giuramento – che, prima ancora di essere prova legale, “è prova” – deve “arrestarsi di fronte alla contraria convinzione del giudice”, e pertanto quest’ultimo, già legittimato a dichiarare l’inammissibilità del giuramento decisorio diretto a contrastare il suo convincimento formatosi su esiti probatori “inferiori”, può fondare la decisione sulle risultanze di prove libere già assunte e (potenzialmente) contrarie ad una prova legale.

CAPITOLO PRIMO

LE ORIGINI STORICHE DEL SISTEMA DELLE PROVE LEGALI

SOMMARIO: 1. Breve premessa terminologica: il mutamento di significato dell'espressione "prova legale". – 2. I primi vincoli *ex alto* nell'accertamento dei fatti: l'ordalia. – 3. Cenni all'evoluzione della nozione di prova legale nei principali ordinamenti continentali prima e dopo la Rivoluzione francese. – 4. La prova legale in Italia, dai codici preunitari alla disciplina attuale.

1. *Breve premessa terminologica: il mutamento di significato dell'espressione "prova legale"*

La tradizionale distinzione tra i sistemi processuali in cui opera il principio del libero convincimento del giudice e quelli in cui trova spazio il modello della prova legale¹ è recepita nell'attuale ordinamento italiano dal primo comma dell'art. 116 c.p.c., che costruisce il "prudente apprezzamento" in termini di regola soggetta ad eccezioni normativamente prefigurate².

La suddivisione, tuttavia, non rispecchia oggi il diaframma tra le due diverse concezioni del processo che aveva giustificato, nel diritto intermedio,

¹ Il silenzio del legislatore sulla definizione di prova legale ha originato, in dottrina, una varietà di posizioni che appaiono comunque riconducibili alla comune nozione di mezzo istruttorio in grado di "vincolare il giudice a ritenere per vero in sede di decisione il fatto oggetto della prova" [TARUFFO, voce "Libero convincimento del giudice. I) Diritto processuale civile", in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1].

² L'art. 116 c.p.c., nel riferirsi ai casi in cui la legge pone una deroga alla regola del libero convincimento, richiama essenzialmente le singole discipline dedicate nell'attuale ordinamento alla confessione, alla prova legale e al giuramento, cui saranno rispettivamente dedicati i capp. III, IV e V del presente lavoro. Dal rapporto di regola ad eccezione – frutto della stessa "logica del compromesso" cui il legislatore del 1942 ha ispirato, sempre in materia di prove, anche la disciplina del principio dispositivo (CHIARLONI, *La semplificazione dei procedimenti probatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 739) – la dottrina trae spunto per escludere l'applicabilità analogica delle norme che limitano il libero apprezzamento del giudice [ANDRIOLI, voce "Prova (diritto processuale civile)", in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 286].

l'esigenza di una predeterminazione astratta del valore dei singoli mezzi istruttori³.

È infatti interessante osservare sin da subito che i rilievi mossi dalla dottrina moderna al sistema della prova legale⁴, come si vedrà più approfonditamente nel prossimo capitolo, si concentrano su due fronti: l'analisi delle implicazioni problematiche derivanti dall'affermazione della predominanza del fine di "semplificazione dei litigi"⁵ sulle esigenze di accertamento del reale andamento dei fatti di causa, anche in considerazione del fatto che la semplificazione è un obiettivo neutro, non un valore in sé (come dimostra il paradosso dei dadi⁶ nel *Pantagruel* di Rabelais); la critica all'attribuzione di una preventiva patente di inconfutabilità alle risultanze della prova legale, priva di connessioni con la specifica potenzialità conoscitiva e dimostrativa del singolo strumento istruttorio⁷.

Così ricostruite, le stesse censure contrastano però singolarmente con le ra-

³ STICILIANI, *L'onere della prova nel processo civile*, in *Scritti di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 238; TARUFFO, voce "Prova giuridica", in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 1032.

⁴ Sulle carenze epistemiche delle prove legali, v. per tutti in dottrina TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, *passim* e soprattutto 147 ss.

⁵ V. la Relazione al codice civile, par. 1122, che individua espressamente la funzione del giuramento nell'"intento di semplificare le liti", almeno nella misura in cui "la parte alla quale il giuramento è deferito sa, o quanto meno può temere, che l'altra parte sia in grado di denunciarne e dimostrarne l'eventuale falsità". In dottrina si osserva che "la teoria moderna delle prove legali tende ad assicurare la certezza e la economia della ricerca", ancorché lo scopo politico di un sistema di prove legali possa essere perseguito soltanto con riferimento alla "media dei casi", e dunque "a condizione di trascurare la individualità, la concretezza del fatto storico" (GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, 232 ss.).

⁶ Il giudice Bridoye, magistrato del piccolo tribunale di Fonsbeton, era solito decidere le proprie cause gettando i dadi, ma soltanto dopo aver "*bien veu, reveu, leu, releu, paperassé et feuilleté*" tutte le difese di parte e dunque le "*productions, allegations, [...] repliques, dupliques, tripliques [...] ed aultres telles dragées et espisseries d'une part et d'autre, comme doit faire le bon juge*": prassi, come osservato da CAVALLONE [*"Comme vous aultres, messieurs"* (*François Rabelais teorico del processo e del giudizio*), in *Riv. dir. proc.*, 2008, 435 s.], seguita anche dai coevi "giudici turchi", con una produzione statistica di risultati giusti nella metà dei casi che, nota ironicamente l'Autore, è poi "media accettabile per qualsiasi giudice". Della *random justice* tratta, nella dottrina degli ultimi anni, l'omonima monografia di DUXBURY, *Random Justice: On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford, 2002, e, fra gli autori nordamericani, GOODWIN, *Justice by Lottery*, Chicago, 1992.

⁷ TARUFFO, *Libero convincimento*, cit., 1. Così anche FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 148 ss., per il quale cui ogni regola di prova legale rappresenta il "risultato" di un "procedimento intellettuale di valutazione storico-critica, svoltosi nella mente del legislatore: risultato, che si riassume nella manifestazione imperativa di una convinzione di certezza storica" e che si fonda su un "criterio di uniformità o di normalità, ricavato dall'*id quod plerumque accidit*. Normale è che colui il quale riconosca fatti *contra se* dica il vero; normale che il pubblico documentatore attesti fedelmente il vero negli atti che forma [...]; normale, infine, che chi presta giuramento sotto impegno d'onore, per designazione dell'avversario o per invito del giudice e col rischio di incorrere in una sanzione penale, non giuri il falso. Ognuna di queste ipotesi presenta caratteri di così stabile uniformità, da indurre il legislatore a compiere una volta per tutte – in regime dispositivo – quella valutazione che altrimenti il giudice dovrebbe ripetere caso per caso, nello stesso modo, con gli stessi criteri".

gioni che condussero all'affermazione del sistema delle prove legali a partire dal XIII secolo⁸.

Tali ragioni si riassumono nella garanzia della “migliore ricerca della verità”⁹ e, quindi, nell'intrinseca razionalità¹⁰ del loro meccanismo, basato sulla cristallizzazione di massime d'esperienza confermate dalla sensibilità comune¹¹ e per questo motivo ritenute maggiormente prevedibili e accettabili dai consociati rispetto alla tecnica del libero convincimento.

Quest'ultima, dopo essere rifiorita nella dottrina continentale e nelle applicazioni giurisprudenziali anche per effetto della riscoperta della tradizione roma-

⁸ LÉVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVII, *La preuve. Moyen Age et temps modernes*, Bruxelles, 1965, 38. Secondo PATTI, *Liberio convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 488, la datazione deve essere anticipata al XII secolo, quando per la prima volta “la stima giuridica delle prove, precostituita dal legislatore [...] sembrò in definitiva il rimedio contro la fallibilità del giudizio, per cui la decisione venne resa indipendentemente dal convincimento del giudice”, mentre TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 4 ravvisa un primo “momento simbolico” nello sviluppo del diritto delle prove nella proibizione della “pratica delle ordalie come mezzo per stabilire se una parte meritasse di vincere o perdere in una controversia giudiziaria”, ordinata da papa Innocenzo III nel 1215. Sullo sviluppo delle prove legali nel diritto comune, v. anche GIULIANI, *Concetto di prova*, cit., 185 ss. e, più recentemente, ancora TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 6 ss., che, dopo l'esperienza del processo romano, individua i primi segni della riemersione di una concezione razionale delle prove a partire dai primi decenni del VIII secolo e, in particolare, nella legislazione emanata sotto il regno di Liutprando (690-744), che depotenziò il ricorso al duello per l'attribuzione giudiziale del torto e della ragione e introdusse “garanzie e sanzioni contro i giuramenti falsi”, con la significativa previsione per cui “il giuramento che non corrispondeva alla verità dei fatti avrebbe perduto il suo valore di prova definitiva”.

⁹ Così CAPPELLETTI, *Ritorno al sistema della prova legale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 139 a proposito delle “vecchie regole di prova legale” contenute nei previgenti codici di procedura penale, che miravano a “salvaguardare, imponendosi al giudice in maniera vincolante, [...] un valore di verità. Esse riflettevano il metodo deduttivo-dogmatico, la ‘verità’ che, anziché essere sperimentalmente accertata nel caso concreto, si impone astrattamente ed *a priori* in forma di norma generale ed autoritaria”.

¹⁰ TARUFFO, in *Liberio convincimento*, cit., 1. Nello stesso senso CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 353; DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 32, che ravvisava un effetto di “razionalizzazione dell'indagine giudiziale” connotato alle origini del sistema delle prove legali, rispetto ai “metodi primitivi di prova” delle epoche precedenti; e ANDRIOLI, *Prova*, cit., 286, il quale ammoniva a non “immaginare che le regole, che presiedono alla formazione della prova legale, siano sempre un che di arbitrario e di avulso dalla vita: esse, al contrario, almeno nel momento in cui furono formulate, non sono altro che quelle massime di esperienza, che il giudice, come soggetto raziocinante, deve tener presente nella valutazione delle prove, e, se con l'andar del tempo si estraniavano dalla vita, si è per il mutamento delle condizioni di ambiente, le quali fanno apparire come anacronistiche massime di esperienza e, più in genere, criteri di valutazione, dapprima ben radicati nel pensare comune”.

¹¹ TARUFFO, *La valutazione della prova*, in *La prova nel processo civile*, a cura dello stesso Autore, Milano, 2012, 207.

nistica¹², era infatti degenerata nei secoli in forme di vero e proprio arbitrio da parte del giudice¹³.

Non deve d'altra parte ingannare l'assonanza tra l'attuale nozione di prova piena¹⁴ e la concezione del modello delle prove legali (o "regole di giu-

¹² Il processo formulare romano, contraddistinto dall'assenza di vere e proprie regole di prova legale così come conosciute dagli ordinamenti moderni, è elevato dalla dottrina del Novecento ad esempio tipico di giudizio ispirato al principio del libero convincimento [ANDRIOLI, voce "*Prova in genere (diritto civile)*", in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, s.d. (ma 1939), 820; SICILIANI, *op. cit.*, 238: "il diritto romano accolse il sistema della verità materiale, rimettendosi all'apprezzamento del giudice; e questo concetto è così dominante, che le leggi molte volte intendono per prova il convincimento stesso del giudice"; LEVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVII, *La preuve. Moyen Age et temps modernes*, Bruxelles, 1965, 30; ID., *Cicéron et la preuve judiciaire*, in *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 84 ss.]. Sul concetto di verità materiale e sulla sua distinzione rispetto alla verità formale, v. cap. II, par. 1.

¹³ DENTI, *Evoluzione*, cit., 31 ss. Il contrasto tra le ragioni storiche del sorgere delle prove legali e le attuali critiche ai suoi presupposti emerge anche dall'osservazione per cui, oggi, è il principio del libero convincimento (o meglio, la sua "indiscriminata esaltazione") ad essere talvolta censurato in base ad una presunta irrazionalità del suo meccanismo, tale da "favorire una sorta di anarchia nelle operazioni del giudice" e da servire quale "cortina per mascherare operazioni autoritarie" [VERDE, voce "*Prova. B) teoria generale e diritto processuale civile*", in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1988, 591]. Quest'ultima preoccupazione è avvertita anche dalla dottrina processual penalista, secondo cui "il principio del libero convincimento è tornato alla ribalta tra la fine del secolo scorso e l'avvento del fascismo; in nome della difesa sociale sono tornate di moda espressioni tipiche dell'inquisizione: così che il principio del libero convincimento del giudice da libero apprezzamento della prova si mutò in 'libertà della prova'" [GRIFFO, voce "*Confessione. III) Diritto processuale penale*", in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 2006, 5].

¹⁴ Non è pacifico in realtà che le espressioni "prova legale" e "prova piena" siano utilizzabili in forma sinonimica. In senso negativo si esprime COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 12, nt. 42, secondo il quale la prima farebbe riferimento alle ipotesi in cui "l'efficacia probatoria è già rigidamente e inderogabilmente fissata a priori dalla legge", mentre alla seconda ricorrerebbe il codice per esprimere "soprattutto la piena incontrovertibilità – assoluta (come nel giuramento: art. 2738 c.c.) o relativa (come nel caso di un documento impugnabile con la querela di falso, ovvero di una confessione suscettibile di 'revoca', ex art. 2732) – del risultato probatorio". La distinzione – sicuramente efficace per i sistemi probatori che, come si vedrà poco oltre, si basavano su una predeterminazione legale del diverso valore di ogni mezzo di prova – appare forse oggi superata se si considera che il codice, nelle residue ipotesi in cui deroga al principio del libero convincimento per assegnare un valore stabilito alle risultanze del singolo mezzo di prova, e salvo quanto si dirà a proposito degli argomenti di prova e degli indizi, orienta sempre la predeterminazione del valore della prova nel senso di potenziarne l'efficacia e, in particolare, di qualificarla come "piena". Sembra dunque corretto concludere che "legale" non è la prova in sé, ma soltanto la fonte della previsione dell'inconfutabilità del mezzo, e che dunque l'origine legale della predeterminazione e l'incontrovertibilità (assoluta o relativa) del risultato probatorio rispecchiano facce della stessa medaglia. L'alternativa all'interscambiabilità delle due espressioni sarebbe d'altra parte l'assegnazione della qualifica di "legale" a tutti gli elementi probatori in cui la legge menziona un grado di efficacia, ancorché inferiore a quello *standard* della libera valutabilità, come nel caso del contegno delle parti di cui all'art. 116, comma 2 c.p.c.: il che, anche alla luce della comune nozione di prova legale quale prova "privilegiata", o comunque di valore superiore a quello della prova libera, risulterebbe fonte di ambiguità terminologiche. La riflessione era già accennata nella dottrina meno

dicatura”¹⁵) a lungo invalsa nei sistemi continentali, dove il riferimento alla “legalità” non derivava da un’efficacia privilegiata predeterminata dal diritto positivo, ma dall’esistenza di un vero e proprio tariffario¹⁶ per i singoli mezzi di prova che sostituirono le prove cc.dd. irrazionali¹⁷: ad ogni strumento istruttorio era infatti attribuito un rigido valore aritmetico, generalmente espresso in frazioni, destinato a sommarsi o elidersi¹⁸ con quello portato dalle altre prove assunte nel processo, sino ad ottenere la somma il cui segno, senza lasciare sostanziali margini di discrezionalità al giudice¹⁹, costitu-

recente: COPPOLA, voce “*Prova civile*”, in *Dig. it.*, XIX, Torino, 1913, 876 riteneva infatti “utile avvertire che non si deve confondere la dimostrazione legale, o, cioè, il mezzo legale di prova, con la prova legale [...] La legalità dei mezzi di prova non è in genere (salvo le debite eccezioni in materia civile) incompatibile con la libertà del convincimento”, mentre FURNO, *Contributo*, cit., 147, osservava che “tutte le disposizioni” in materia di prova sono, a rigore, “regole probatorie legali: onde, *lato sensu*, la prova civile è sempre prova legale”. L’indeterminatezza lessicale è osservata anche da GIULIANI, *Concetto di prova*, cit., 160: “i termini ‘prove legali’, ‘certezza legale’ sono ambigui, potendo essere impiegati a designare cose diverse: sia una logica delle esclusioni, una teoria dell’ammissibilità e della rilevanza della prova, sia una teoria della valutazione delle prove, fatta in anticipo dal legislatore”; e da VERDE, *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.*, 1990, V, 474 ss., secondo cui “persino la prova indiziaria finisce con l’apparire ‘legale’”: vero è che la tecnica normativa di regola è di segno opposto, giacché si è soliti potenziare il valore di taluni strumenti che offrono, così, piena prova [...] Ma ciò non significa che il fenomeno cambi natura quando cambi di segno”.

¹⁵NOBILI, voce “*Libero convincimento del giudice. II) Diritto processuale penale*”, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1.

¹⁶NOBILI, *op. loc. ult. cit.* La quantificazione del valore probatorio dei singoli mezzi rispecchiava la struttura rigidamente gerarchica della società feudale, come dimostra la diversa e migliore tariffazione della dichiarazione del nobile rispetto a quella dei soggetti di estrazione più umile (CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 451; PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1900, VI, 1, 368: “la diversa estimazione delle varie classi sociali faceva sì, che si attribuisse diversa efficacia al giuramento degli individui di ciascheduna”).

¹⁷Dal punto di vista della tipologia degli strumenti istruttori esperibili, la crisi della pratica delle ordalie iniziata nel XII secolo aveva consentito l’ingresso nel processo di mezzi di prova “moderni”, ancorché in realtà derivanti dalla tradizione romana (TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 25): essi differivano dalla prassi giudiziaria di origine germanica in quanto concepiti come strumenti “razionali” e “finalizzati alla scoperta della verità sui fatti di causa” (TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*; LEVY, *L’évolution de la preuve, des origines à nos jours*, in *Recueils de la Société J. Bodin*, XVII, *La preuve*, I, Bruxelles, 1965, 10 ss.).

¹⁸L’effetto di reciproca neutralizzazione tra prove contrastanti di pari valore era in realtà il frutto di quello che TARUFFO, trattando della valutazione delle prove da parte del giudice moderno, definisce come “rozzo psicologismo”, ossia la semplicistica prospettiva che ignora come “tutte le prove, anche quelle confliggenti e contraddittorie, esistono e quindi sono oggetto di valutazione sotto il profilo del rapporto inferenziale che esse hanno con l’ipotesi sul fatto. La prova positiva e la prova negativa vanno entrambe valutate; entrambe determinano la decisione sul fatto” (*La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 262).

¹⁹PERTILE, *op. cit.*, 221 ricorda come il diritto comune, nel “salutare intendimento d’escludere

iva in termini di verità o falsità il matematico apprezzamento della *quaestio facti*.

La costruzione del giudizio su questa “algebra probatoria”²⁰, e insieme il significato di prova legale, sarebbero mutati soltanto a seguito del nuovo assetto dei rapporti sociali conseguente alla Rivoluzione francese, e, prima ancora, all’affermarsi nel corso del XVIII secolo del metodo logico – induttivo nelle scienze²¹.

Soltanto a partire dalle codificazioni successive al 1789 infatti il concetto di prova piena, persa l’accezione di preindividuazione *quantitativa* del valore aritmetico del singolo mezzo di prova, assume il significato – conservato nelle vigenti legislazioni nazionali – di attribuzione preventiva e *qualitativa*, da parte del legislatore, dello *status* di prova privilegiata.

Operata questa breve premessa sull’evoluzione del significato di prova legale sino ai giorni nostri, è necessario fare un passo indietro e interrogarsi sui precedenti storici della nozione, intesa nel suo senso più ampio di predeterminazione di un vincolo all’accertamento del fatto discendente dall’esito di un determinato mezzo di prova.

l’arbitrio dei giudicanti” e di assicurare “il trionfo della verità reale”, dettava al giudice norme “per dirigere il suo giudizio intorno al valor delle prove [...] alle quali regole impose ai giudici d’attenersi, obbligandoli un’altra volta a sentenziare secondo gli esteriori risultamenti del processo: vale a dire iniziò quel sistema che suolsi appellare della tariffa legale delle prove”, e aggiunge che “il medesimo, a più forte ragione, doveva avvenire nei processi criminali”; BLOCH, *La società feudale*, Torino, 1999 (1939), 406: “dove esistevano codici scritti”, il ruolo del giudice “si riduceva a sapere quasi a memoria, o a farsene leggere, le regole: spesso numerose e particolareggiate, ma troppo rigide per non esonerare, assai largamente, da qualsiasi sforzo di pensiero personale”.

²⁰ TARUFFO, *Valutazione*, cit., 208. Si vedrà oltre che le prime censure alla concezione “quantitativa” del sistema delle prove legali risalgono a prima della Rivoluzione francese: qui interessa anticipare che il modello è ancora criticato dagli studiosi del processo penale di inizio Novecento [RAVIZZA, voce “Prova (*materia penale*)”, in *Dig. it.*, XIX, Torino, 1913, 986], secondo cui “le mezze prove”, che già sarebbero di per sé meritevoli di condanna “a nome della logica”, lo sono ancora di più “a nome della giustizia, e la storia ci dice che ammesse le frazioni di certezza e le frazioni di prova, tutte esse si misero a servizio dell’imbecillità e della ferocia umana, e si credè legittimo il punire un imputato per frazioni di prove. Così si ritenne che *in atrocissimus leviores coniecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*”, dimenticando che la società ha diritto di punire il reo soltanto in quanto questi abbia “turbato la tranquillità sociale, la quale non si può dire turbata se non quando il delitto è certo, e certo è il delinquente”.

²¹ TARUFFO, *Valutazione*, cit., 208. Lo stesso Autore osserva, sul piano generale, come i criteri di valutazione della prova *lato sensu* libera riflettano nelle varie epoche il comune sentire in ordine alle regole che permettono le inferenze logiche tra affermazioni: il sistema matematico della prova legale del diritto comune era infatti “il prodotto tipico e pressoché esclusivo di una cultura giuridica formalistica, analitica e categorizzante, amante delle sottigliezze e delle complicazioni classificatorie”, mentre la razionalità moderna si fonda “sulla logica del probabile” e, “libera da vincoli formali”, è “ispirata a criteri scientifici e al senso comune, elastica e adattabile alle esigenze della verità empirica” (TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 362 e 368).

2. I primi vincoli ex alto nell'accertamento dei fatti: l'ordalia

Al pari del futuro modello delle prove legali (inteso sia nell'accezione storica di "tariffazione" del valore quantitativo, sia nel significato attuale), il sistema delle ordalie limitava sensibilmente la libertà del giudice nella ricostruzione dei fatti di causa: nei cc.dd. giudizi di Dio²² così come davanti alla prova legale, infatti, il soggetto investito della decisione risultava eterodiretto verso una soluzione che, pur non essendo necessariamente contraria al suo personale convincimento (soprattutto laddove il giudice fosse soggettivamente convinto delle virtù epistemiche del mezzo esperito), giungeva in ogni caso da fattori che, estranei al suo ragionamento induttivo, erano – come le moderne regole di prova legale – da lui insindacabili²³.

Le origini del fenomeno risalgono in realtà ad un'epoca che precede il delinearsi della distinzione tra accertamento del fatto e giudizio di diritto, sorta con sufficiente chiarezza nei sistemi continentali soltanto a partire dal XIII secolo²⁴.

²²La stessa etimologia del termine "ordalia", come ricordato da LEVY, *Evolution*, cit., 14, deriva da "Gottesurteil" ("giudizio di Dio") e richiama dunque l'origine in una "rivelazione". Anche in virtù di ciò i due termini sono spesso utilizzati come sinonimi (v. BENEDETTO, voce "Giudizio di Dio", in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 900).

²³L'effetto era automatico, e non necessitava di alcuna attività interpretativa: dalla stessa "natura" delle ordalie discendeva "per necessaria conseguenza" che il giudice dovesse limitarsi a verificare se la prova fosse "riuscita o no" e, a seconda del risultato, fosse "costretto a pronunciare di conformità la sentenza" (PERTILE, *op. cit.*, 320). Ciò avveniva eminentemente per il duello, all'esito del quale il perdente, o "quale dei due avesse mancato" di partecipare, "perdeva la causa" (174). Sul "pessimismo della ragione" che accompagna i modelli di prova legale, v. le critiche avanzate nella dottrina moderna da CHIARLONI, *La semplificazione dei procedimenti probatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 761, più analiticamente ripercorse in cap. II, par. 3. Concordano gli storici, secondo cui il modello processuale delle ordalie era il più confacente a legislazioni che, anche nei rapporti civili, non esitavano ad affermare "la superiorità di Dio sulla ragione umana" (GILISSEN, *La preuve in Europe du XVI au début du XIX siècle*, in *Recueils de la Société J. Bodin*, XVII, *La preuve*, I, Bruxelles, 1965, 761). Il parallelo tra ordalia e prova legale è ravvisato anche dai processual penalisti, secondo cui "nella prova legale", che "implica orizzonti chiusi e conclusioni meccaniche", "riappare l'effetto 'tranchant' dei duelli e ordalie" [CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 598; in precedenza RAVIZZA, voce "Prova (materia penale)", in *Dig. it.*, XIX, Torino, 1913, 1000, secondo cui "si può dire che le prove legali sussistessero anche nella precedente epoca" nella "forma rudimentale" delle "ordalie", nel cui ambito "il libero convincimento del giudice era perfettamente trascurato"].

²⁴GILISSEN, *op. loc. ult. cit.*; GIULIANI, *Concetto di prova*, cit., 230. Ne è una dimostrazione il fatto che i "sacramentali" prima e i "testimoni" poi non sempre fossero chiamati ad "accertare un dato fatto", ma direttamente "la pozziorità d'una parte o dell'altra riguardo al contestato diritto": da un certo punto di vista, i giudizi di Dio neppure costituivano propriamente mezzi di prova "ma, come suona il loro nome, *iudicium, ordel, urtheil*, decisioni o giudizi" (PERTILE, *op. cit.*, 320 e 337). Come ricordato dallo stesso Autore, erano nominati "sacramentali" nel diritto comune i soggetti chiamati ad attestare, con la loro dichiarazione, l'attendibilità delle dichiarazioni giurate della parte (p. 320 s.: "la fede dovuta al giuramento dipendeva da quella che si meritava l'onestà e religione di chi lo prestava, così si volle che la probità e la credibilità sua fossero attestate da altri che giuravano con lui").

Nel caso dell'ordalia, tradizionalmente individuata quale paradigma delle prove irrazionali²⁵ e "globali"²⁶, la tecnica di apprezzamento della *quaestio facti* prescindeva infatti radicalmente dall'indagine sui rapporti di causalità tra i fenomeni naturali.

L'esito della causa dipendeva da un "messaggio" inviato da una "onniscienza divina" che – senza bisogno di pronunciarsi sul diverso grado di attendibilità delle diverse ricostruzioni fattuali, né sull'effettiva discendenza, dai fatti allegati, delle conseguenze giuridiche invocate dalle parti – avrebbe necessariamente favorito il soggetto assistito dalla ragione e ostacolato quello che versava nel torto²⁷.

Ciò sarebbe avvenuto tramite un intervento diretto nella contesa, teso ad incrementare le forze dell'uno ovvero a diminuire quelle dell'altro, il quale, privato del soccorso divino e "con la coscienza non tranquilla"²⁸, sarebbe verosimilmente andato incontro alla disfatta.

Il presupposto culturale dell'istituto, che PATETTA sintetizzava nella credenza di poter indurre esseri soprannaturali a manifestare la loro decisione su una questione produttiva di effetti giuridici²⁹, concorre ad ispirare l'attuale impressione di irrazionalità dell'ordalia, in quanto basata sull'interpretazione di messaggi celesti o sul "prolungamento giudiziario"³⁰ del contenzioso privato (come nel caso del duello) ma, in ogni caso, estranea a qualsiasi indagine su fatti del passato attraverso l'esame dei segni lasciati nel presente.

Deve però osservarsi che per più aspetti le ordalie erano ritenute nella coscienza sociale dell'epoca come mezzi di prova "indirettamente idonei" ad accertare il reale accadimento dei fatti contestati, dove l'idoneità indiretta derivava dalla radicata convinzione che l'esito della causa non richiedeva la ricostruzione fattuale

²⁵ LEVY, *Evolution*, cit., 10 ss. e in particolare 13. L'espressione si accompagna a quella di prova "primitiva" adottata dallo stesso Autore, il quale sottolinea inoltre come "si possa parlare di prova 'religiosa o soprannaturale'" solo "a condizione di osservare che i mezzi che facevano appello a interventi divini non erano mai i soli mezzi impiegati". Il polo opposto ai mezzi di prova "primitivi" è rappresentato, nella concezione dell'Autore, dai "*moyens rationnels, mis en oeuvre pour la découverte de la vérité*".

²⁶ Come già osservato, il giudice si trovava davanti non tanto a dimostrazioni della verifica o meno dei fatti del passato narrati dalle parti, quanto alla manifestazione nel presente, davanti ai suoi occhi, di nuove circostanze fattuali (ad esempio, il superamento o meno della prova) che davano una risposta onnicomprensiva e insindacabile alla domanda "chi ha ragione?", e "poco importa" se "in diritto o in fatto" (GILISSEN, *op. loc. ult. cit.*).

²⁷ CATINELLA, voce "*Giudizio di Dio*", in *Dig. it.*, Torino, XII, 1904, 254.

²⁸ CATINELLA, *op. loc. ult. cit.* L'origine soprannaturale dei "segni" impediva l'apposizione di limiti temporali alla loro apparizione: per questo motivo anche lo spezzarsi della corda (secondo un'usanza di cui si sono conservate tracce ancora nel XX secolo: LEVY, *Evolution*, cit., 23) costituiva motivo di grazia *in extremis* per i condannati all'impiccagione.

²⁹ PATETTA, *Le ordalie*, Torino, 1890, 3 ss.

³⁰ LEVY, *Evolution*, cit., 24.

della vicenda *perché* era il risultato dall'ordalia (nei termini di "innocenza" o di "colpevolezza" di chi vi si sottoponeva) a permettere *ex post* l'interpretazione dei fatti del passato come favorevoli a chi fosse risultato vittorioso, e sfavorevoli a chi non avesse superato il giudizio di Dio.

Sarebbe dunque un errore se le peculiari caratteristiche di alcuni dei giudizi divini invalsi negli ordinamenti europei sino al XIV secolo³¹ inducessero l'interprete a valutare la razionalità o meno delle singole ordalie con la sola lente d'ingrandimento dei canoni epistemologici della propria epoca³²: in quest'ottica mal si comprenderebbe infatti la fiducia socialmente accordata a "prove" quali il *iudicium feretri*, basato sull'opinione che il cadavere della vittima potesse reagire alla vicinanza del colpevole con manifestazioni esterne (quali l'effusione di sangue dalle ferite, movimenti *post mortem*, ecc.), o la prova delle *acquae frigidae*, per cui il reo, "respinto" dal liquido, sarebbe galleggiato anche se immobilizzato o messo nell'impossibilità di nuotare³³.

Nei giudizi civili erano inoltre esperibili le prove dell'acqua bollente, del ferro rovente (che "si eseguiva o brandendolo colla destra e portandolo innanzi alcuni passi, o camminando a piedi ignudi sopra spranghe di ferro arroventate"), del *iudicium offae*, che "consisteva nell'inghiottire d'un sol boccone una certa quantità di pane" e del *iudicium crucis*, per cui "dovevano ambe le parti contendenti starsene ritte in piedi colle braccia aperte [...], trionfando quella che durava più a lungo"³⁴.

Soltanto dal punto di vista moderno, in altre parole, i giudizi di Dio – basandosi su una rivelazione dall'alto dell'accadimento di fatti passati, insindacabile anche laddove contrastata da prove "minori" – appaiono sciolti da qualsiasi ricerca della verità storica e anzi rivolti unicamente al più celere ripristino della pace sociale messa a repentaglio dal sorgere della lite: le ordalie, nella prospettiva delle

³¹ Secondo LEVY, *Evolution*, cit., 11, è impossibile offrire una datazione precisa del fenomeno delle prove "primitive", essendo queste sorte del Medio evo occidentale "a partire dalle invasioni barbariche sino a una data più o meno recente a seconda del singolo Paese".

³² TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 6 osserva che anche la tradizionale critica di irragionevolezza nei confronti di una delle prove legali meno epistemiche come l'ordalia "rischia di essere inficiata dalla *Ruckechluss*, ossia dal consueto errore consistente nell'interpretazione di eventi passati secondo criteri moderni": la prova raggiunta attraverso l'interrogazione del soprannaturale era infatti "culturalmente razionale", in quanto "coerente con la cultura dei contesti sociali circostanti".

³³ Ordalia tra quelle di più frequente applicazione (CATINELLA, *op. cit.*, 258), la prova consisteva nel far sì che "l'accusato con la mano sinistra legata al piede destro e la destra al sinistro veni[sse] gettato in un lago o in una vasca ripiena d'acqua o in un fiume, e veni[sse] riconosciuto innocente se affondava, colpevole se restava a galla, perché in tal caso si riteneva che l'elemento puro dell'acqua non volesse riceverlo". BENEDETTO, *op. cit.*, 900, nel sottolineare il carattere simbolico del riferimento agli archetipi della purificazione tramite l'esposizione agli elementi naturali, rilevava l'ultima eco di tale credenza popolare nell'"uso corrente presso tutti i popoli di espressioni come 'metterei la mano sul fuoco'".

³⁴ I riferimenti sono tratti da PERTILE, *op. cit.*, 347 s.

parti che vi si affidavano per la risoluzione di una propria controversia, si prefiggevano al contrario un'indiretta finalità di apprendimento del reale.

Più considerazioni attestano che da questo punto di vista il giudizio di Dio e il giuramento non abbiano avuto una finalità soltanto "politica" di fissazione dei fatti – come farebbero supporre non soltanto le tipologie di ordalia sopra accennate ma altresì le regole, di altrettanto dubbia efficacia epistemica, che ne disciplinavano l'esperimento³⁵ – ma che, almeno nell'opinione comune, essi siano stati avvertiti come strumenti razionali, ossia abbiano goduto di una sorta di attitudine epistemica soggettiva o, per così dire, socialmente percepita, a prescindere dall'effettiva (e oggi sconosciuta) idoneità a fornire un effettivo contributo alla ricostruzione di eventi del passato³⁶.

La prima di queste considerazioni è che presso i consociati era radicata la convinzione, favorita da un'atmosfera "satura di soprannaturale"³⁷, che la divinità non avrebbe permesso al colpevole, il quale avesse osato sottoporsi al suo giudizio, di uscire indenne dall'ordalia³⁸: in questo contesto culturale, non risultava irrazionale, ai fini dell'accertamento della verità, che l'esito del giudizio potesse dipendere da un simile mezzo di "prova".

Il ricorso allo strumento, in questo senso, era realmente visto quale passaggio idoneo a chiarire la verità di circostanze altrimenti non più ricostruibili³⁹, sia

³⁵ Si pensi alla regola per cui la parte, qualora non avesse rinvenuto il numero necessario di sacramentali utili ad attestare l'attendibilità delle proprie dichiarazioni, poteva "ripetere da solo il giuramento tante volte quanti avrebbero dovuto essere i congiuratori" (PERTILE, *op. cit.*, 327).

³⁶ Nello stesso senso TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo, 2012, 207, secondo cui il sistema della prova legale antecedente alla Rivoluzione francese "può apparire strano ad un occhio moderno privo di prospettiva storica, ma in realtà era caratterizzato da un notevole grado di razionalità 'sociale' che ne spiega la lunga durata".

³⁷ LEVY, *Evolution*, cit., 21 s.

³⁸ L'osservazione è comune presso gli storici del diritto: per CATINELLA, *op. cit.*, 254 non era dubbio, nella concezione medievale, che "l'onniscienza divina" avrebbe senza dubbio "favorito l'innocente anziché il colpevole, favorendogli la vittoria". Più recentemente, nello stesso senso, si è rilevato che "l'idea religiosa" dominante in quei secoli rendeva "impossibile" credere ad una divinità che sostenesse chi ne era indegno (GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Age: doctrine, législation et pratiques canoniques*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVII, *La preuve. Moyen Age et temps modernes*, Bruxelles, 1965, 101), e che tutte le ordalie si basavano in realtà sulla medesima "nozione di psicologia" per cui "il vero colpevole non osa subire la prova; preferisce confessare, e in ogni caso, se decide di sottoporsi, parte in qualche modo sconfitto" (LEVY, *Evolution*, cit., 17).

³⁹ L'impossibilità di dimostrazione del fatto con strumenti diversi dall'ordalia era talvolta espressamente richiesta: una carta del 1187 del comune di Fornace, ricordata da CATINELLA, *op. cit.*, 258, prevedeva che il "giudizio dell'acqua fredda" potesse aver luogo soltanto qualora l'accusato di omicidio versasse nell'impossibilità di provare testimonialmente la propria innocenza ("Si aliquis super alicuius morte fuerit accusatus et per legitimos testes illum occidisse probari non poterit, iudicio aquae frigidae innocentiam suam probabit"). L'oggettiva indispensabilità di ricorrere all'ordalia non era tuttavia requisito uniformemente richiesto: altrove i giudizi di Dio erano ritenuti comunque degni di maggiore fiducia rispetto ad altre prove e in particolare a quelle testimoniali, sospette di

pure attraverso lo schermo della sopravvivenza dell'accusato (mercé l'aiuto divino) nelle prove individuali, e, nelle prove bilaterali⁴⁰ quali il duello, della vittoria dell'innocente e della conseguente sconfitta del colpevole.

Costituiscono poi considerazioni significative quelle per cui le stesse ordalie non solo fossero ordinate secondo un grado di attendibilità crescente, ma che contro il risultato di alcune fosse anche prevista una sorta di reclamo, costituito dalla possibilità per l'incolpato di sottoporsi ad una nuova "prova"⁴¹.

Entrambe le considerazioni confermano che alle stesse era affidato un più complesso ruolo di spiegazione dei fatti del passato⁴², e non il semplice compito di eliminazione del conflitto: funzione, quest'ultima, che non avrebbe necessitato né di una gradazione tra le singole tipologie di giudizio di Dio (essendo ciascuna di esse latrice di un giudizio il cui esito, per l'autorità della provenienza e dunque per la propria intrinseca insindacabilità⁴³, avrebbe dovuto essere senz'altro idoneo a porre fine alla contesa), né tanto meno della concessione di una seconda possibilità per il soggetto di cui la prima ordalia avesse dimostrato il torto:

illecite contrattazioni (v. LEVY, *Evolution*, cit., 18, che ricorda come le ordalie godessero di una giustificazione sociale anche nella misura in cui "scoraggiavano le menzogne e le false testimonianze" e riporta come il più antico testo francese sul duello giudiziario, l'editto di Gondebaud del 501, individuasse nell'istituto anche un mezzo per contrastare "*l'abus des faux serments*").

⁴⁰ Esisteva in realtà un'altra tipologia di ordalie, cc.dd. collettive, le quali venivano organizzate al fine di scoprire il colpevole in mezzo a una pluralità di individui. Il prototipo era l'estrazione a sorte, il cui utilizzo è attestato già nella Bibbia come metodo suggerito per scoprire, attraverso estrazioni successive, chi si fosse macchiato di sacrilegio (Giosué, 14-20: "*Vi accosterete dunque domattina secondo le vostre tribù; la tribù che il Signore avrà designato con la sorte si accosterà per famiglie e la famiglia che il Signore avrà designata si accosterà per case; la casa che il Signore avrà designata si accosterà per individui; [15] colui che risulterà votato allo sterminio sarà bruciato dal fuoco con quanto è suo, perché ha trasgredito l'alleanza del Signore [...] Giosuè si alzò di buon mattino e fece accostare Israele secondo le sue tribù e fu designata dalla sorte la tribù di Giuda. [17] ... e fu designato dalla sorte Acan, figlio di Carmi, figlio di Zabdi, figlio di Zerach, della tribù di Giuda. [19] Disse allora Giosuè ad Acan: «Figlio mio, dà gloria al Signore, Dio di Israele, e rendigli omaggio e raccontami ciò che hai fatto, non me lo nascondere». [20] Rispose Acan a Giosuè: In verità, proprio io ho peccato contro il Signore"). Ulteriori conferme della conformità della dottrina cristiana al modello delle ordalie erano lette nel passo biblico "*igne me examina, et non inuenies in me iniquitatem*" (GAUDEMET, *op. cit.*, 107, in riferimento ai Salmi, passo 163.).*

⁴¹ Si pensi alle appena citate ordalie collettive, che spesso "non erano decisive, nulla escludendo che l'accusato così 'scoperto' potesse ancora lavarsi dalle sue colpe attraverso un'ordalia individuale", nel cui ambito il trascendente avrebbe operato un esame diretto e specifico delle responsabilità del singolo (LEVY, *Evolution*, cit., 16).

⁴² Riferisce LEVY, *Evolution*, cit., 18 che, nel periodo di maggior credito sociale delle ordalie, la credenza nelle loro potenzialità epistemica era tale da far superare, nell'accusato, persino la convinzione nella propria innocenza: "esse hanno certamente causato errori giudiziari, ma le loro vittime stesse vi si sono rassegnate, convinte, nella loro fede profonda, che, tra la propria coscienza e la rivelazione trascendente, era necessariamente la seconda ad avere ragione".

⁴³ GAUDEMET, *op. cit.*, 100: "l'irrazionale è decisivo, perché non si saprebbe come metterlo in discussione".

quest'apertura può anzi spiegarsi soltanto con l'implicita aspirazione ad un più *veritiero* accertamento dei fatti in discussione, atteso che un'asettica finalità di risoluzione del conflitto avrebbe dovuto condurre al contrario ad un regime di stretta inappellabilità degli esiti del primo esperimento.

A lungo, dunque, le ordalie costituirono uno dei caratteri fondamentali del processo (sia civile che penale) nel diritto comune, e ciò ancorché "lo spirito moderno a pena riesc[a] a comprendere come per tanto tempo si sia potuto attribuire qualche valore probatorio a tanto poveri mezzi d'investigazione", i cui risultati "sembravano dipendere da tutto, e soprattutto dal caso, piuttosto che dalla ricerca della verità"⁴⁴.

Anche questa soggettiva impressione di affidabilità delle ordalie entrò tuttavia presto in crisi: già nel IX secolo⁴⁵ l'attendibilità dei giudizi divini veniva messa in discussione persino in ambito ecclesiastico, laddove si iniziò ad osservare l'assurdità di ritenere che il Dio cristiano, la cui dottrina "tende ad evitare le liti", si volgesse a prestare il proprio aiuto finanche a "uccidere quello che", per quanto in torto, "egli stesso ordina di amare"⁴⁶.

Non era poi priva di rilievo l'osservazione per cui affidare l'attribuzione della ragione ad una divinità ritenuta *onnisciente* significava estendere l'oggetto dell'ordalia a *qualsiasi* macchia nella coscienza dei contendenti, anche al di là dei fatti in discussione nella singola lite: ma ciò avrebbe dovuto paradossalmente condurre a concludere che, se davvero l'esito della lotta fosse dipeso dal volere del trascendente, l'onniscienza avrebbe ben potuto punire con un esito infausto "colpe di cui nel duello non si tratta"⁴⁷; e dunque la lente del duello, anziché mostrare le re-

⁴⁴ LEVY, *Evolution*, cit. 17. Può essere utile un richiamo, a questi fini, al credito vantato dalle conferme "testimoniali" dei cc.dd. *testes de credulitate*, citati dallo stesso Autore, ossia ai "testimoni" che nulla avevano visto con i propri occhi e le cui dichiarazioni, essendo rese per mero vincolo di "solidarietà familiare o feudale", non apportavano dunque "alcun aiuto reale alla ricerca della verità" e anzi rendevano il processo "una sorta o seguito di una guerra privata, un'applicazione delle idee di solidarietà, di vendetta. Si era a *cent lieus* dal concetto di prova" (p. 24).

⁴⁵ In precedenza, sono soltanto episodiche le memorie di più ragionate riserve sull'attendibilità del sistema delle ordalie e, in particolare, del duello: a cavallo dell'XI secolo Attone da Vercelli menziona i frequenti errori giudiziari originati dalle ordalie ("*saepe innocentes victi nocentes vero victores in tali iudicio esse videntur*"), mentre Ivo di Chartres si oppone all'utilizzo del ferro incandescente per stabilire la paternità di un bambino, contestata dal marito convenuto, osservando che "*per examinationem ferri candentis occulto Dei iudicio multos videmus nocentes liberatos, multos innocentes saepe damnatos*" (GAUDEMET, *op. cit.*, 105 e 124).

⁴⁶ AGOBARDO, *Archiepiscopi lugdunensis opera*, Parigi, 1666, 107 ss., citato nella voce anonima dedicata al "Giudizio di Dio" in *Nuovo Dig. it.*, VI, Torino, 1938, 343.

⁴⁷ AGOBARDO, *op. loc. ult. cit.* Nell'omonima voce curata da BENEDETTO per il *Noviss. Dig. it.*, tale ultima Autrice osservava come pure la civiltà cristiana, e in particolare quella degli ultimi decenni del mondo classico e dei primi secoli dell'alto Medio evo, presentasse le "condizioni più adatte e più favorevoli [...] alla credenza nel giudizio di Dio, tanto che quest'ultimo sarebbe stato probabilmente inventato per forza naturale delle cose, se i Germani non lo avessero introdotto. Era terminata da poco l'era delle persecuzioni lasciando un'impressione vivissima e un ricordo quanto mai vivido

sponsabilità dei duellanti (o, come si vedrà poco oltre, spesso dei loro rappresentati) per gli specifici fatti del passato inerenti alla contesa, avrebbe avuto l'effetto di rendere tali responsabilità – per *quel* caso – assolutamente imperscrutabili.

Proprio nell'ambito del duello, la cui attitudine a rendere giustizia era già messa in dubbio nell'VIII secolo sotto la legislazione longobarda⁴⁸, si svilupparono nuove ragioni di perplessità circa l'attendibilità degli esiti ordalici.

La fiducia nel responso divino era infatti messa a dura prova dalla non infrequente ipotesi in cui entrambi gli avversari fossero risultati soccombenti⁴⁹: possibilità, quest'ultima, invece esclusa nell'espletamento delle prove individuali, dove il successo o fallimento di colui che vi si era sottoposto emergeva con maggiore chiarezza.

Maturata una nuova consapevolezza dell'inidoneità delle ordalie a garantire un'affidabile ricostruzione storica di fatti del passato, anche il duello giudiziario venne retrocesso da giudizio di Dio a *iudicium humanum* (in opposizione alle *purgationes canonicae*⁵⁰, quale il giuramento e, in particolare, quello prestato sulla tomba dei martiri⁵¹).

In quest'ottica deve leggersi anche l'emergere della prassi, poi divenuta regola generale⁵², per cui i litiganti potevano esonerarsi dalla concreta partecipazione allo scontro ingaggiando, per l'occasione, un "campione".

Diventava in questo modo empirica la constatazione che, nella ricostruzione della "verità" che sarebbe dovuta discendere dall'esito del duello, giocavano

non solo della miracolosa resistenza, per non dire indifferenza, dei martiri a torture di ogni genere ed a sofferenze indicibili" e "il misticismo dei primi tempi del Cristianesimo perdurava fervido e continuava a produrre nei fedeli una disposizione d'animo tale da far loro prestare assai facilmente fede agli avvenimenti più straordinari" (BENEDETTO, *op. cit.*, 902).

⁴⁸ L'editto di Liutprando del 731 ammetteva, in base ad un'osservazione empirica ("*multos audivimus*") la sfiducia dei compilatori nell'affermazione che il soggetto risultato vittorioso dalla prova ordalica dovesse necessariamente essere quello "innocente" ("*incerti sumus de iudicio Dei et multos audivimus per purgam sine iustitia causam suam perdere*"), e riconduceva il mantenimento della prova al solo rispetto della tradizione ("*propter consuetudinem gentis nostrae*").

⁴⁹ BENEDETTO, *op. cit.*, 901.

⁵⁰ BENEDETTO, *op. cit.*, 902.

⁵¹ Istituto "in grande analogia con le ordalie", l'utilizzo del giuramento sulla tomba dei martiri come mezzo di purgazione da un'accusa è ricordato anche da Agostino in una lettera del 404 al popolo di Ippona in cui, come ricorda CATINELLA, *op. cit.*, 255, "narra di aver inviato alla tomba del beato Felice Nolense due chierici accusantisi reciprocamente di un grave fallo, e ciò per scoprire la verità non avendo potuto scoprirla altrimenti". Dal breve riferimento è dato ipotizzare che il contrasto abbia avuto soluzione a seguito dell'indisponibilità di uno dei chierici a prestare il solenne giuramento, e della sua conseguente "soccombenza"; non è stata invece tramandata la memoria di quale diversa prova sarebbe stata esperita "per scoprire la verità" nell'ipotesi in cui il fallimento del doppio giuramento fosse dipeso dal fatto che entrambi i chierici erano pronti a giurare sulla tomba del martire (o nessuno dei due osava farlo).

⁵² BENEDETTO, *op. cit.*, 900.

fattori del tutto estranei all'accertamento della ragione e del torto delle parti in contesa: tra questi, la diversità di investimento economico per potersi avvalere delle prestazioni di un campione più o meno "quotato"⁵³, resa ancor più decisiva dall'usanza del clero e dei nobili di servirsi di campioni, e dunque di sottrarsi ad un confronto diretto, quando l'avversario fosse "d'inferiore condizione"⁵⁴. In altre parole, nulla escludeva una divaricazione soggettiva tra gli individui concretamente impegnati nella prova e le parti interessate al regolamento degli interessi in contesa, ossia i destinatari degli effetti della verità così come teoricamente svelata dal risultato del combattimento.

Entrava così in definitiva crisi la concezione, su cui si basava la stessa fiducia sociale nelle virtù epistemiche delle ordalie, che la verità storica potesse essere scrutata, sia pure *ex eventu*, attraverso il superamento della prova da parte dell'innocente, al quale era stata offerta la vittoria in premio della purezza dell'anima, e, nelle prove bilaterali, della concomitante sconfitta del colpevole, cui al contrario, nel momento della prova, la divinità aveva confuso i pensieri.

Quest'ultimo presupposto dovette infatti apparire sempre meno credibile una volta affermatasi la prassi della sostituzione delle parti con soggetti connotati da una particolare abilità guerresca e, in concreto, totalmente estranei alla questione di fatto il cui "accertamento" era affidato all'esito del loro incontro⁵⁵.

La nascita di un vero e proprio mercato dei campioni⁵⁶ rappresentò in questo senso la più chiara dimostrazione del fatto che, ormai superata la fase storica in cui il duello giudiziario era visto quale strumento idoneo a svelare il reale accadimento storico delle circostanze contestate tra le parti⁵⁷, l'istituto andava incontro

⁵³ Non è un caso che nelle poche legislazioni preunitarie che conservarono l'uso probatorio del duello anche dopo il generale tramonto dell'istituto nel XIV secolo (come quelle dell'Italia meridionale, in cui più a lungo si mantennero le *Constitutiones Augustales* di Federico II quale "base del diritto fino al secolo XVIII": BENEDETTO, *op. cit.*, 902) l'espletamento della prova fosse "minuziosamente disciplinato quanto ai campioni sì da garantire il più possibile l'eguaglianza delle parti nella prova" (BENEDETTO, *op. loc. ult. cit.*).

⁵⁴ CATINELLA, *op. cit.*, 257.

⁵⁵ Conferma GAUDEMET, *op. cit.*, 115, secondo cui le crescenti perplessità dell'epoca si riassumevano nel retorico interrogativo su come quei "terzi salariati" potessero realmente essere "lo strumento della volontà divina".

⁵⁶ BENEDETTO, nella precedente voce "*Giudizio di Dio*" curata per il *Nuovo Digesto Italiano* (vol. VI, Torino, 1938, 343), precisava che ancora per tutto il Trecento la prassi dell'utilizzo dei campioni era divenuta tanto "frequente" da potersi parlare di una "lucrosa professione".

⁵⁷ La diffidenza verso i risultati dei duelli emerge anche dal fatto che, proprio nel XIV secolo, le cronache trattano di "aggiustamenti" delle regole del duello in base alle circostanze del caso concreto, finalizzate ad eliminare disparità di forze tra i contendenti. Tra queste, nei duelli tra soggetti di sesso diverso, l'uso di gravare il maschio di "ostacoli, affinché le condizioni della lotta fossero meno inuguali" (GAUDEMET, *op. cit.*, 114 s.): prassi, come osservato dallo stesso Autore, "difficilmente conciliabile con l'idea originaria che aveva giustificato il duello, ovverosia che sarebbe risultato sufficiente l'intervento divino a soccorrere chi era dalla parte della ragione", ancorché fisicamente svantaggiato.

ad un'evoluzione che lo avrebbe condotto a diventare un più semplice mezzo di eliminazione del conflitto, addirittura indispensabile nelle ipotesi in cui la vicenda avesse per oggetto questioni "che l'onore, e non la legge, poteva dirimere" (come attesta la sopravvivenza in ambito cavalleresco e militare, anche dopo la scomparsa dagli statuti italiani nella prima metà del XIV secolo⁵⁸) o, sul piano soggettivo, coinvolgesse "contendenti che privilegio di natali o di foro sottraevano alla giustizia ordinaria"⁵⁹.

La riscoperta delle fonti giuridiche romane nel corso del XII secolo si inserì dunque in un contesto in cui il vincolo per il giudice all'accertamento del fatto derivante da un giudizio di Dio era messo sempre più in discussione⁶⁰.

Essa fu dunque causa dell'"ultimo crollo"⁶¹ del precedente sistema, ormai destinato al tramonto dal recupero del principio romanistico per cui l'*onus probandi* spettava all'attore⁶², con un'inversione dei ruoli che si poneva quale elemento di insanabile frattura con un modello probatorio basato sull'opposto onere per il convenuto (e, parallelamente, per l'accusato nel processo penale)⁶³, di dimostrare, tramite il vittorioso esperimento del giudizio di Dio, l'infondatezza delle pretese civilistiche (o delle accuse pubblicistiche) nei suoi confronti formulate⁶⁴.

⁵⁸ Il duello è ancora contemplato nel numero dei mezzi di prova negli statuti di Modena e Vercelli del XIV secolo e, a fine XIII secolo, di S. Gimignano (CATINELLA, *op. cit.*, 259; GAUDAMET, *op. cit.*, 132 s.).

⁵⁹ BENEDETTO, *op. cit.*, 902. Nello stesso senso GAUDAMET, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui la tendenza registrata in tutti gli ordinamenti europei a partire dal XIV secolo è la trasformazione del duello "da prova giudiziaria" a "combattimento d'onore tra gentiluomini"; CATINELLA, *op. loc. ult. cit.* ("bandito dai tribunali ordinari, continuò ad essere usato fra i soldati ed i gentiluomini non più come mezzo di prova, ma come una procedura straordinaria, a cui l'onore imponeva di sottoporsi, quand'anche non prescritto dalle leggi").

⁶⁰ Significativamente, le critiche giungevano anche dalle decretali pontificie: nel 1132 Innocenzo II impedì ai religiosi di Fontevault di ricorrere alle ordalie nei giudizi di rivendica della proprietà (GAUDAMET, *op. cit.*, 125); CATINELLA, *op. cit.*, 256 ricorda l'epistola "*Dilecti filii*" di papa Onorio III (1150-1227) con cui la prova del ferro infuocato veniva condannata per la considerazione che essa "tentava Iddio" ["*buiusmodi (ferri candentis) iudicium secundum legitimas et canonicas sanctiones est penitus interdictum nipote in quo Deus tentari videtur*"]; nel 1202, rispondendo ad un interrogativo del vescovo di Besançon, Innocenzo III prescrive di interdire l'utilizzo delle ordalie nei giudizi religiosi celebrati nella sua diocesi (ancora GAUDAMET, *op. cit.*, 127).

⁶¹ CATINELLA, *op. cit.*, 260.

⁶² PERTILE, *op. cit.*, 312.

⁶³ "Sì nelle materie penali come anche nelle civili, non era l'attore che doveva somministrare la prova del proprio diritto, ma il convenuto che aveva mestieri di discolarsi o dimostrarsi innocente della lesione imputatagli (*se expurgare, idoneum se facere, se idoneare*, o, come fu detto più tardi, *se defendere*)" (PERTILE, *op. cit.*, 310 s.).

⁶⁴ Si era infatti ancora "a cento leghe" dall'idea moderna di prova quando l'opinione comune era che l'esito positivo (e per ipotesi inveritiero) dell'ordalia potesse sì "*sauver*" l'accusato dal "*pouvoir des hommes*", ma che sarebbe spettato alla divinità "*de le détruire s'il a[vait] fait appel à tort*" (LEVY, *Evolution*, *cit.*, 22).