

LA FUNZIONE ETICA DELLA TORTURA GIUDIZIARIA NEL PROCESSO  
ROMANO-CANONICO

INTRODUZIONE .....	5
--------------------	---

## CAPITOLO I - L'ORDALIA

1. All'origine di ordalia, giuramento e duello. Una definizione generale dei tre istituti	
1.1 L'ordalia unilaterale .....	19
1.2 Il giuramento .....	23
1.3 Il duello .....	25
2. Il «periodo protostorico»: ordalia come <i>examinatio</i> . Secoli VI-VIII .....	28
3. Istituzionalizzazione dei giudizi di Dio. Secoli IX-XIII .....	30
4. Ambiguità dell'ordalia: scopi e funzioni. Alcune ipotesi storiografiche .....	34
5. Il giuramento di purgazione .....	42
6. Da <i>examinatio</i> a <i>purgatio</i> . Purgazioni canoniche e purgazioni volgari .....	47
7. Declino dell'ordalia .....	51
8. Ricomparsa della tortura .....	59

## CAPITOLO II - LA TORTURA COME CONTRADDITTORIO

Premessa. Il problema dell'etica e della razionalità nell'interpretazione storica di ordalia e tortura .....	78
1. Dal rito accusatorio al rito inquisitorio: modelli idealtipici e procedure .....	87
2. La tradizione retorica dell' <i>ordo iudiciarius</i> .....	91
2.1 La verità come conoscenza pratica .....	92
2.2 La prova come <i>argumentum</i> .....	94
2.3 Il processo come contraddittorio .....	96
3. La <i>ratio compensandi</i> della tortura giudiziaria	
3.1 <i>Purgatio seu experimentum</i> .....	101
3.2 Purgare l'infamia, espiare il sospetto .....	107
4. La tortura come contraddittorio	
4.1 La necessità dell'incertezza .....	110
4.2 Problemi di comparazione .....	112
4.3 Il silenzio del reo come <i>reprobatio</i> .....	113

4.4 Verità e violenza: «nello spirito di salvaguardare la <i>veritas</i> , ma con l'effetto di tutelare l'accusato» .....	115
---	-----

### CAPITOLO III - TORTURA, GIURAMENTO, DUELLO

1. Confusioni concettuali tra tortura e ordalia .....	123
2. «L'induzione giudiziaria come deduzione mascherata»: coincidenze formali e simboliche .....	128
3. Tortura e <i>purgatio canonica</i>	
3.1 Le premesse dottrinali: la <i>fama</i> come requisito sufficiente alla tortura nel <i>De maleficiis</i> di Alberto Gandino .....	131
3.2 Il canone <i>Nobilis homo</i> e il « <i>famosum et singulare dictum Abbatis antiqui</i> » .....	134
3.3 <i>Tortura in criminalibus succedit loco iuramenti</i> .....	136
3.4 Il <i>De Catholicis Institutionibus</i> di Diego Simancas .....	138
3.5 Il diavolo confonde le acque. La legge dell'uomo geloso come precedente biblico della <i>purgatio canonica</i> e della tortura .....	141
4. Tortura e duello	
4.1 Duello e <i>purgationes vulgares</i> tra prassi e dottrina .....	145
4.2 Tentativi di giuridicizzazione: negare la qualificazione ordalica del duello .....	148
4.3 Tentativi di giuridicizzazione: Baldo, il problema dell'onore e l'equiparazione alla tortura .....	150
4.4 Tentativi di giuridicizzazione: il difficile equilibrio tra purgazione dell'infamia, dimostrazione della verità e soddisfazione dell'offesa nel duello giudiziario per punto d'onore .....	153
4.5 La componente ordalica come spazio della giustizia negoziata .....	161
5. Conclusioni .....	166

### CAPITOLO IV - TORTURA COME BENEFICIO

1. La tortura è una prova decisoria? Interpretazioni discordi .....	171
2. Giuristi e teologi sugli effetti salvifici della <i>quaestio</i>	
2.1 <i>Tortura debet prodessse reo</i> .....	178
2.2 Due soluzioni opposte: Ippolito Marsili e Antonio Gomez .....	183
2.3 « <i>Casus valde cotroversus</i> »: la tortura del reo convinto .....	186
3. Implicazioni giuridiche e degenerazioni pratiche della massima assoluta	

3.1 Tortura come pena .....	192
3.2 Tortura come garanzia .....	198
3.3 Un significativo capovolgimento: il silenzio del reo come <i>maleficium</i> .....	200
4. Tortura come evoluzione della <i>purgatio vulgaris</i>	
4.1 Esenzioni e <i>regola affirmativa</i> .....	209
4.2 Il parallelo tra ordalia e tortura nella critica illuministica .....	216
Fonti e Bibliografia .....	233

## INTRODUZIONE

La tortura giudiziaria è stata un istituto di radice romanistica riapparso negli ordinamenti europei a partire dal XII secolo, in concomitanza con l'affermazione del modello processuale inquisitorio e con la progressiva estinzione giuridica dell'ordalia. La contiguità tra i due mezzi di prova non è accidentale. Il loro avvicinarsi reciproco, eccezion fatta per sporadici episodi di convivenza, sempre precaria e sempre imputabile a fasi di transizione<sup>1</sup>, indica che tra ordalia e tortura è esistito un rapporto di significatività, ragione per cui la piena comprensione dell'una non può prescindere dall'osservazione dell'altra, e viceversa.

Nelle sue linee essenziali, l'ordalia è stata un mezzo di indagine finalizzato all'acquisizione di una verità rivelata da Dio, considerata altrimenti inaccessibile; la tortura giudiziaria un mezzo di indagine finalizzato all'acquisizione di una verità ricercata nell'uomo, considerata altrimenti inaccessibile. Nella tortura sarebbe dunque implicito il superamento logico delle ordalie<sup>2</sup>. Tuttavia, a partire dall'Illuminismo giuridico, l'esattezza o la completezza di questa affermazione sono state messe in dubbio sulla base di un certo numero di osservazioni.

Innanzitutto, benché la «verità ricercata» dalla tortura sottenda a una logica probatoria più evoluta rispetto a quella della «verità rivelata» dall'ordalia, sia l'una che l'altra si fondano sulla medesima concezione della verità processuale come necessaria e assoluta. Sarebbe quindi lecito presumere che il processo inquisitorio abbia affidato alla tortura il criterio risolutivo di giudizio che era stato dell'ordalia, traducendolo in atto formale coerente con le proprie istanze giuridico-razionali<sup>3</sup>. I due istituti, in sostanza, si sarebbero contesi sul piano logico la medesima funzione giuridica, assegnata ora all'uno ora all'altro a seconda del regime probatorio e, quindi, della forma di potere politico vigente, da cui il processo sempre mutua i

---

<sup>1</sup> Come ha osservato Piero Fiorelli, «gli alti e bassi della civiltà giuridica hanno potuto permettere a più riprese l'avvicinarsi dell'uno e dell'altro mezzo di prova presso i medesimi popoli, e nei periodi di transizione s'è potuta avere in un medesimo ordinamento giuridico un'instabile convivenza della tortura e delle ordalie». PIERO FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milano 1954, vol. I, p. 8. Così anche Lea, secondo il quale «l'ordalia e la tortura virtualmente si sostituiscono l'una con l'altra. Vedremo che assai raramente hanno coesistito l'una accanto all'altra, e che in linea generale, la legislazione che dipende dall'una rifiuta l'altra». HENRY CHARLES LEA, *Forza e superstizione. Ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura*, Società editrice pontremolese, Piacenza 1910, p. 442.

<sup>2</sup> PIERO FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milano 1954, Voll. II, I, p. 8.

<sup>3</sup> Come osserva Michele Pifferi: «Ancora in trattati criminalistici del Cinquecento, la funzione della *purgatio* ordalica (definita *vulgaris* in antitesi a quella *canonica* consistente nel giuramento di un ecclesiastico per disculparsi di un reato di cui era stato accusato dalla pubblica voce) era assimilata, quanto ad effetti probatori, ai *tortura*. Nei processi per crimini di lesa maestà, per esempio, il duello era ammesso come prova alternativa alla tortura e la sconfitta valeva come confessione presuntiva di colpevolezza. Entro tale quadro di confusione concettuale tra criterio risolutivo di giudizio ed elemento di prova, tra normative ispirate al diritto romano e pratiche consuetudinarie radicate nella mentalità giuridica, l'esito favorevole dell'esperimento ordalico, che prima era una conseguenza diretta e incontestabile del giudizio divino per chi superava indenne la prova, divenne, in chi sopportava la serie di supplizi sul corpo senza confessare la propria colpevolezza, il presupposto per una sentenza di assoluzione, che traduceva in un atto formale coerente con la mentalità giuridico-razionale del processo l'inspiegabile, 'miracolosa' resistenza dell'imputato alla tortura». MICHELE PIFFERI, v. *Ordalia*, in ADRIANO PROSPERI (a cura di), con la collaborazione di Vincenzo Lavenia e John Tedeschi, *Dizionario storico dell'Inquisizione*, Edizioni della Normale, Pisa 2010, p. 1142-3.

propri mezzi di accertamento, l'oggetto della tutela e gli scopi da perseguire. Come nella rotazione colturale, nella quale si cambia specie ma non appezzamento perché il fine è la vitalità del terreno, tortura e ordalia si sarebbero alternate nel comune obiettivo di mantenere viva nel processo la possibilità di accesso a una certezza giuridica, allontanando il pericolo di sentenze basate sul *non liquet*.

Esiste poi un piano di comparazione che interessa più l'antropologia e la sociologia del diritto, dal quale si possono dedurre analogie altrettanto significative: sia l'ordalia che la tortura sono mezzi di prova indirizzati alle *viles personae*, mentre i soggetti socialmente rispettabili vengono dichiarati immuni dalla tortura (almeno agli esordi dell'istituto) così come lo erano stati dall'ordalia<sup>4</sup>; entrambe le prove, quindi, sono disegnate per riflettere la fondamentale distinzione tra alto e basso nella società<sup>5</sup>. Entrambe, ancora, sono espressioni dell'intima natura ludica del processo, giacché attore ordalico e reo torturato devono sostenere una prova di tipo agonistico, fondata sulla resistenza fisica e sul valore individuale<sup>6</sup>; entrambe sono prove cruento, nelle quali l'aspetto coercitivo è compensato dalla riserva di un assenso formale, protocollare, che il convenuto o il torturato devono dare alla proprio condanna<sup>7</sup>: è ciò che Italo Mereu, utilizzando un'espressione di Torquato Accetto, ha definito «il dissimulare onesto»<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Con la differenza che, davanti all'accusa di *crimen exceptum*, tutte le esenzioni *ratione dignitatis* della tortura vengono meno.

<sup>5</sup> ROBERT BARTLETT, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 140-2.

<sup>6</sup> Sulla natura ludica del processo si è scritto moltissimo. Huizinga, autore del testo più classico sull'argomento, si è concentrato soprattutto sull'importanza del gioco nei diritti arcaici; le ordalie forniscono un oggetto di osservazione esemplare del movente agonistico (ludico) animatore del processo, laddove «il concetto di vincere o perdere, cioè il concetto puramente agonale eclissa nella coscienza della collettività il concetto di giustizia o ingiustizia, cioè il pensiero etico-giuridico». Cfr. JOHAN HUIZINGA, *Homo Ludens*, Torino, Einaudi, 2002 (1938), p. 93. Mentre sull'aspetto «ludico» alla tortura cfr. MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 2014 (1975); cfr. anche PIERO CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, CEDAM, 1950, pp. 484-511; FRANCESCO CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Vol. III, Napoli, Jovene, 1953, pp. 1-11.

<sup>7</sup> Hans von Hentig ravvisa nella confessione estorta con la tortura e nell'ossessione burocratica che questa sia poi confermata 'spontaneamente' la più profonda e antica concezione che aveva fatto del consenso del condannato nei confronti della propria sorte una condizione necessaria alla condanna. «Anche nei sacrifici degli animali [...] si cercava di ottenere la spontaneità ed il consenso, magari con un trucco. Nei tempi classici si versava sulle orecchie delle bestie dell'acqua, onde, scuotendo il capo, facessero segno di accettare il loro destino, e un mezzo simile per ottenere la confessione formale è stata la tortura, ed il primo grado di essa, la *territio*». HANS VON HENTIG, *La pena. Origine, scopo, psicologia*, Fratelli Bocca, Milano 1942, p. 157. Fiorelli farà notare che, se pure Hentig non ha esteso espressamente questo ragionamento alle ordalie, «ciò che dice della tortura si può dire delle ordalie a più forte ragione». PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 9, nota 12.

<sup>8</sup> Con particolare riferimento ai metodi dell'Inquisizione, cfr. ITALO MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale*, Mondadori, Milano 1979, pp. 218-9. In particolare, Mereu si riferisce all'attitudine dei regimi inquisitori di presentare le proprie misure repressive come provvedimenti benevoli, nella convinzione che il risultato finale sarà uniforme alle aspettative. Non un semplice modo di salvare l'apparenza, ma una logica paternalistica secondo la quale, per ottenere risultati, è necessario dare «qualche riposo al vero per dimostrarlo a tempo», secondo le stesse parole di Torquato Accetto.

È chiaro, tuttavia, che comparare tortura e ordalia a partire dalla loro comune appartenenza a un piano cruento e agonistico significa dire molto sulla continuità di alcuni temi rituali e simbolici in differenti culture giuridiche, ma ancora poco sui due istituti in sé, valutati e comparati come oggetti della storia del diritto<sup>9</sup>. Più rilevante, per quest'ultima, il fatto che sia l'una che l'altra siano state preposte al raggiungimento di una certezza giuridica che non ammette alcuna approssimazione graduale verso il possibile e il probabile<sup>10</sup>, e che, per raggiungerla in ogni caso, il nascente processo inquisitorio abbia increspato la propria pretesa scientificità. Una massima relativa alla tortura è particolarmente significativa al riguardo: se il reo fosse riuscito a non confessare alcunché fino al termine dei tormenti prescritti, era comunemente accettato che l'*iter* processuale dovesse considerarsi azzerato e che il reo andasse prosciolto seduta stante perché, attraverso la sofferenza, si riteneva che egli avesse «purgato» tutti gli elementi di prova raccolti contro di lui.

La forza probante di questo silenzio non ha un significato univoco: la resistenza al dolore è intesa come prova di purezza, ma c'è anche l'idea della purificazione come effetto del dolore. In ogni caso, il percorso assomiglia più a una certificazione di purezza che non a un accertamento fattuale, di modo che la scientificità del processo inquisitorio ne risulta visibilmente compromessa. Se quest'ultimo, infatti, aveva il dichiarato fine di ricostruire in modo esatto le circostanze di un crimine, di una transazione economica, di un testamento, per il processo con ordalia si trattava invece di stabilire se il tal uomo era o non era degno di essere creduto. Nel primo caso, come ha osservato Jean Gaudemet, ciò che si ricerca è la Verità, nel secondo caso, la Purezza<sup>11</sup>. La tortura, quindi, potrebbe aver impedito, o rallentato<sup>12</sup>, la piena maturazione del nuovo regime di prova improntato alla Verità. Inoltre, se nel processo ordalico il giudice aveva avuto una funzione puramente dichiarativa (limitandosi, cioè, ad arbitrare la prova e a dichiararne l'esito), il processo inquisitorio aveva di molto allargato il campo delle sue competenze; e tuttavia, nel caso della tortura, e con particolare evidenza nel caso della tortura con esito negativo, l'azione del giudice tornava ad

---

<sup>9</sup> Pensando alle parole di Bruno Paradisi, secondo il quale «il diritto è un complesso di valutazioni, di qualificazioni di un oggetto; e l'oggetto fa parte della storia politica, economica, spirituale di un popolo, e quest'è appunto il rapporto tra il diritto e la storia». BRUNO PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Il Mulino, Bologna 1973, p. 484.

<sup>10</sup> La possibilità di questa approssimazione riguarda uno dei più importanti contributi dell'illuminismo giuridico. Sul problema della certezza giuridica vedi il fondamentale PIERO CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, IV, CEDAM, Padova 1955 e ID., *Il processo come giuoco*, cit., p. 64; per una rassegna sulla ricca bibliografia sull'argomento vedi MICHELE TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM, Padova 1970.

<sup>11</sup> JEAN GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Âge: doctrine, législation et pratique canonique*, in *La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, II, 17, p. 101.

<sup>12</sup> PAOLO MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Giuffrè, Milano 1994, p. 73.



essere una determinazione *iusti sive iuris*; egli era cioè costretto a uniformare la propria sentenza al risultato dell'esperimento. Anche nella tortura momento probatorio e momento decisorio sembrano coincidere. E da questa sovrapposizione se ne potrebbe trarre un'altra ancora più ardita: che la forza probante che scagionava *in extremis* il reo torturato non fosse così diversa, in sostanza, dal Dio probante dell'ordalia. Ma la sovrapposizione è ardita, appunto, perché comporta una iper-interpretazione. Infatti, se il parallelo è giustificato per noi, non lo era per i giuristi coevi della tortura; ciò non significa che i giuristi fossero inconsapevoli dell'esistenza di quel nesso, ma, più che altro, che non lo ritenessero così vincolante ai fini della *ratio* complessiva dell'istituto. È ipotizzabile, invece, che quello che a noi oggi sembra il frutto di un ragionamento divinatorio sia piuttosto da collegarsi alla concezione della verità come sommo bene e della falsità come sommo male.

Solo il dolore, istintivamente considerato da sempre il «coadiuvante più potente della mnemonica»<sup>13</sup>, è in grado di produrre con certezza i *verba veritatis*<sup>14</sup>, e laddove la verità e Dio siano la stessa cosa («Deus est ipsa veritas»), non è strettamente necessario attribuire alla negativa del reo il significato di una manifestazione immanente del giudizio divino, ovvero non è necessario applicarvi le stesse leggi dell'ordalia. Non solo non necessario, ma, a partire dal IV Concilio Lateranense, proibito. La Chiesa romana vieta le ordalie proprio in quanto procedure volte a stabilire un ponte fenomenico tra uomo e Dio, il cui giudizio è invece imperscrutabile, non sollecitabile, né tantomeno al servizio dei tribunali. Questo non significa che la fede non abbia nessuna parte nell'assoluzione del *patiens* torturato, ma solo che Dio non vi riveste un ruolo 'tecnico'. La forza probante della tortura si trova nel dolore stesso; la sofferenza avvicina a Dio e le parole prodotte dalla sofferenza non possono essere in disaccordo con il volere divino.

Va ricordato, inoltre, che la tortura giudiziaria fu messa a punto per superare, non semplicemente per sostituire, le prove ordaliche, e che per questa ragione essa è stata considerata a lungo «un'operazione d'alta giustizia»<sup>15</sup>, un progresso non solo nel campo del diritto, ma anche in quello della *pietas* (le ordalie, al contrario della tortura, comportavano una violenza imprevedibile, non sufficientemente disciplinata) e della rettitudine cristiana (le ordalie, al contrario della tortura, tentavano Dio chiamandolo a intervenire negli affari umani). Da questo complesso intreccio di pretese prende forma un istituto ibrido, che, pur riproponendo la struttura inquisitoria della *quaestio per tormenta* del diritto romano, non

<sup>13</sup> FRIEDRICH NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, Milano 1984, p. 49.

<sup>14</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», in MARIO SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti: 1972-2007*, Giuffrè, Milano 2009, vol. I, p. 121.

<sup>15</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 5.

rinuncia al carattere ludico e decisorio dell'ordalia germanica e ne accentua, al contempo, le caratteristiche di giudizio etico-giuridico.

Ora, tutte queste ambiguità possono assumere un significato più coerente alla luce della profonda crisi di eticità provocata dall'affermarsi dell'ideologia processuale inquisitoria e dalla contestuale rinuncia ai principi filosofico-giuridici tramandati per quasi duemila anni<sup>16</sup> dalla tradizione retorica e topica dell'*ars disserendi, inveniendi e iudicandi*. Questa tradizione, raccolta dall'*ordo iudiciarius* medievale, imperniava il processo su tre regole fondamentali: la verità non può essere apodittica o necessaria, non ha pretese di esattezza, ma è intesa sempre come conoscenza «pratica» relativa al dominio della *doxa*; il tipo di prova privilegiata è sempre l'*argumentum*, cioè la prova come risultato di un ragionamento corretto; il processo è incentrato sul contraddittorio e si fonda sull'uguaglianza tra le parti. Queste regole, tutte orientate a «evitare le vie impercorribili della ricerca»<sup>17</sup> e a compensare le disuguaglianze processuali, riflettono «una concezione procedurale del diritto naturale»<sup>18</sup>; violandole sistematicamente, il processo inquisitorio viola il diritto naturale. In questo contesto di rottura il ruolo della tortura assume un carattere contraddittorio: da un lato, la sua *ratio* condannatoria attua e alimenta l'ideologia inquisitoria, dall'altro la sua *ratio* ordalica ha un effetto «contenitivo» rispetto ai forti squilibri messi in atto dall'inchiesta, ne mette in discussione i principi cardine e assume nella dialettica processuale tra inquisito e inquisitore una funzione di tipo etico. L'affermazione può apparire paradossale. Infatti, se la nostra sensibilità ci impedisce ancora oggi di accettare in pieno l'idea che la tortura possa essere stata uno strumento di progresso (un po' come ci impedisce di esaltarci per il valore filantropico che indubbiamente ebbe, un tempo, l'invenzione della ghigliottina), l'idea che possa aver avuto una funzione etica sembra persino in contraddizione con il buon senso. Si rende perciò necessaria, innanzi tutto, una precisazione intorno all'aggettivo «etico», resa ardua in partenza dall'ambiguità dei dizionari italiani. Vi si definisce «etico» ciò che è relativo alla vita sociale e alla convivenza civile, in accordo con l'accezione descrittiva dell'etica come scienza del comportamento (*ethos*) umano. Tuttavia, la lingua corrente tende a usare l'aggettivo «etico» accordandolo con l'accezione normativa dell'etica, quindi con inflessione qualitativa, intendendo con «etico» ciò che è *buono* per la vita sociale e civile<sup>19</sup>. Nel linguaggio

---

<sup>16</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 2011 (decima edizione), p.116.

<sup>17</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano 1988, p. 523.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 535.

<sup>19</sup> I dizionari che ho potuto consultare non forniscono una definizione dell'aggettivo «etico» nel senso di «buono». In termini filosofici, la distinzione tra l'aspetto descrittivo e l'aspetto normativo dell'etica come scienza filosofica è puramente orientativa, giacché di fatto le etiche filosofiche hanno sempre confuso o sovrapposto i

comune, inoltre, «etico» viene usato per lo più come sinonimo di «moralmente buono»; nel linguaggio filosofico, al contrario, etica e morale designano atteggiamenti alternativi. La differenza comincia a delinearci in seno alla tradizione aristotelica, dove l'etica assume il significato di «ciò che è ritenuto buono»<sup>20</sup>, si definisce nella filosofia kantiana, per la quale la morale è «ciò che si impone come obbligatorio»<sup>21</sup>, e si consolida con la distinzione tra *moralità* ed *eticità* introdotta dalla filosofia del diritto di Hegel<sup>22</sup>, dove *moralità* indica una dimensione caratterizzata individualisticamente, mentre *eticità* riguarda l'insieme dei valori morali effettivamente realizzati nella storia<sup>23</sup>. L'etica si profila quindi come una filosofia dell'agire umano caratterizzata da una prospettiva teleologica (cioè orientata a un fine conoscibile, che è il bene)<sup>24</sup>; ha una precisa connotazione istituzionale, attiene alla convivenza sociale, ma il suo oggetto non è esclusivamente il costume, bensì ciò che circonda il sé e ne costituisce l'identità. In somma sintesi l'etica può essere definita, secondo un'intuizione che ha origine in Heidegger, «il discorso che mira a rendere abitabile il mondo»<sup>25</sup>. Quindi «etico», con accezione qualitativa, risulta essere ciò che è comunemente ritenuto buono per la realizzazione dell'individuo all'interno del sistema in cui vive, ma anche ciò che è ritenuto buono per la realizzazione complessiva di questo sistema; non ciò che è corretto giuridicamente o conveniente politicamente, ma ciò che si addice all'*habitat* umano. In base a

---

due criteri. Su questo cfr. *Enciclopedia di filosofia*, a cura della Redazione Garzanti, consulenza generale di Gianni Vattimo in collaborazione con Gaetano Chiurazzi, Garzanti, Milano 2004, v. *etica*.

<sup>20</sup> PAUL RICOEUR, *Etica e morale*, in CARMELO VIGNA (a cura di), *L'etica e il suo altro*, Franco Angeli, Milano 1994, p. 217.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 106 ss.; § 142 ss.

<sup>23</sup> La moralità è ancora scissa dal suo oggetto, che è il bene. Il superamento della moralità nell'eticità (suddivisa in famiglia, stato e società civile), segna la *realizzazione* del bene: il soggetto agisce in un contesto sociale in cui la bontà soggettiva non è separata dal bene concreto.

<sup>24</sup> Questa è, in particolare, la visione aristotelica dell'etica, che può essere definita come la scienza dei fini a cui deve conformarsi l'agire umano e dei mezzi utilizzabili per conseguirli. Fini e mezzi sono dedotti dalla natura umana (intesa come essenza), che rappresenta di per sé l'ideale a cui deve tendere la condotta, giacché il fine ultimo dell'uomo è di *realizzare* se stesso. Nella prospettiva teleologica il bene è inteso come realtà perfetta realmente esistente e conoscibile.

<sup>25</sup> La definizione è del teologo Antonio Nitrola, che, riprendendo Heidegger, fornisce una descrizione del significato di etica a partire da un'esegesi etimologica; per cui *ethos* rimanda alla radice indoeuropea *swe*, da cui si forma l'aggettivo *swos* (che in latino diventa *suus* e in greco *hos*); *swos* è il possessivo-riflessivo che si può applicare a tutte le persone; la radice *swe* quindi indica il «proprio». Seguendo il filo etimologico, il termine *ethos* non riguarderebbe semplicemente il costume, l'abitudine (come suggerisce l'*Ethica Nicomachea*, che lo introduce), ma dovrebbe piuttosto evocare «il proprio come ciò che appartiene al sé, meglio: ciò che "circonda" il sé, che lo accompagna come costitutivo dell'identità. Ecco che allora significa certo l'abitudine e il costume, ma *in quanto* significa anche l'indole [in Esiodo], il carattere [nella *Poetica* di Aristotele], e in fine la dimora e addirittura la "tana", la stalla [nell'*Odissea*], insomma tutto ciò che segna, esprime, de-finisce e protegge il sé, appartenendogli come (più) proprio. Seguendo la pista tutt'altro che erudita dell'etimologia, se l'*ethos* è la "casa-propria", l'"etica" viene ad essere la costruzione e la difesa della casa, dunque potremmo dire il discorso che mira a rendere abitabile il mondo, trasformandolo in casa, evidentemente per tutti. Probabilmente proprio a qualcosa del genere si riferisce Heidegger nella *Lettera sull'umanità* quando dice che "*ethos* significa soggiorno (*Aufenthalt*), luogo dell'abitare». ANTONIO NITROLA, *Pensare l'attualità. Etica come ricerca della casa comune*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 2005, pp. 8-9.

ciò, per funzione etica della tortura si vuole intendere, in senso generico, un contributo della tortura alla causa di mutua realizzazione tra individuo e collettività, e comunque un contributo della tortura all'affermazione di valori che sono al di là dell'ordinamento giuridico. In questo testo, tuttavia, l'aggettivo «etico» viene anche utilizzato in relazione a una precisa visione dell'etica, quella che si definisce in seno alla tradizione aristotelico-scolastica dell'*ordo iudiciarius*. Qui l'etica è intesa in senso ampio come «morale della virtù e della ragionevolezza»<sup>26</sup>; la ragione vi è concepita come guida della volontà retta (*recta ratio*), per cui ciò che non è etico non è neppure pienamente razionale, e viceversa<sup>27</sup>. Ne consegue che, per essere logico, il discorso giuridico deve essere etico, e viceversa. Per evitare effetti illogici, quindi ingiusti, l'*ordo* assume come norma fondante del processo il principio di equità, ovvero di «ciò che è giusto secondo natura»<sup>28</sup>, giacché la giustizia naturale è, per definizione, misura dell'equo e dell'iniquo<sup>29</sup>. Per realizzarsi nel processo, l'equità necessita di un pari trattamento giuridico: il contraddittorio. Dunque il contraddittorio è pensato come realizzazione processuale dell'equità, ovvero come realizzazione processuale della giustizia naturale. Perciò, all'interno del discorso relativo all'etica medievale, per funzione etica della tortura giudiziaria si vuole intendere essenzialmente un contributo della tortura alla causa dell'equità, ovvero alla causa della giustizia naturale.

Una prima questione salta agli occhi: in che modo l'istituto antiuguagliario per eccellenza potrebbe aver contribuito alla causa dell'equità? Il problema, come anticipato, deve essere calato nel contesto di abbandono di tutti i principi processuali posti a tutela del diritto naturale. Si può dire che l'introduzione del processo inquisitorio abbia determinato una crisi dell'*eticità* in senso hegeliano (quindi *eticità* come realizzazione del bene nelle istituzioni), che abbia cioè incrinato la compattezza e la continuità di un sistema di norme e di valori fino a quel momento ritenuti ovvi, rimettendo in discussione i consueti criteri di legittimazione, i principi condivisi per stabilire ciò che è bene e ciò che è male, ciò che è preferibile al fine di fare il bene e di evitare il male. Nel modello accusatorio è preferibile assolvere un colpevole che condannare un innocente, giacché il diritto penale è concepito come tutela dei diritti fondamentali dell'individuo in quanto beni che non è lecito ledere né con i delitti né con le punizioni; nel modello inquisitorio vale il contrario: il diritto penale è posto a tutela del potere pubblico, perciò è necessario che i crimini non rimangano impuniti (*rei publicae interest ne*

<sup>26</sup> Morale non come insieme di regole finalizzate a migliorare il mondo, ma come programma di felicità individuale che si attua nel vivere in accordo con se stessi e con le virtù. Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 524.

<sup>27</sup> ITALO SCIUTO, *L'etica nel Medioevo. Protagonisti e percorsi (V-XIV secolo)*, Einaudi, Torino 2007, p. XVII-XVIII.

<sup>28</sup> «Aequus, est secundum naturam iustus dictus». ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiae*, X, 7.

<sup>29</sup> ENNIO CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Il Cigno Edizioni, Roma 2005, p. 244.

*crimina remaneant impunita*) e di conseguenza è buono qualunque mezzo ritenuto adatto a garantire la certezza della pena. La tortura è l'architrave di questo sistema. In accordo con la dottrina giuridica, tanto più il reo appare colpevole tanto più il giudice è legittimato a ordinarla; ma la tortura presuppone un rischio: se il reo resiste, il giudice deve lasciarlo andare, anche se, a ben vedere, lo ha messo a tortura nella quasi certezza della sua reità. Il reo, evidentemente, non è scagionato perché la tortura ha provato che egli non ha commesso il fatto, ma perché la tortura ha stabilito che egli *merita* di essere salvato. Si dovrà ritenere, ancora, che quel reo meriti di essere salvato perché nel suo silenzio si è espressa la volontà di Dio; che la tortura, effettivamente, sia un'ordalia. Ma la tortura non è un'ordalia. Piuttosto, è una forma di interrogatorio coercitivo e un mezzo di prova processualmente sleale; privare il reo della riserva di un'assoluzione significherebbe privare la tortura di una funzione probatoria, renderla, cioè, uno strumento di insensata brutalità, una pena. È questo paradosso, e non quello rappresentato dalle affinità logiche con l'ordalia, a occupare i pensieri dei giuristi: la tortura è ingiusta?

Lo è per i Padri della Chiesa, che da Tertulliano a Gregorio Magno l'hanno dichiarata contraria alla morale cristiana; lo è per l'etica giudiziaria dell'*ordo*, che ha negato ogni legittimità alla relazione tra verità e violenza, essendo quest'ultima inconciliabile con la ricerca della verità pratica (*doxa*) attraverso la dialettica paritaria del contraddittorio<sup>30</sup>. Osservata da questa prospettiva, la *ratio* ordalica della tortura si presenta in una luce meno divinatoria di quanto non vanga fatto di soporla, giacché il collocare al di fuori del giudice la causa della decisione riflette, prima ancora che un ragionamento ordalico, una serie di preoccupazioni morali. Innanzi tutto, quella per la responsabilità morale della sentenza<sup>31</sup>. Rimettere quest'ultima alle

---

<sup>30</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 531.

<sup>31</sup> Se nella procedura accusatoria, e in particolare nei procedimenti ordalici, le responsabilità della causa erano ripartite tra accusatore, accusato e testimoni, con la procedura inquisitoria il giudice si trova teoricamente gravato di tutta la responsabilità morale della sentenza. La teologia morale medievale e la dottrina giuridica si preoccupano quindi di distinguere il ruolo del giudice da quello del testimone, in modo da alleggerire quest'ultimo dalle responsabilità morali del giudizio; ovvero, si proibisce al giudice di utilizzare nella causa la propria conoscenza privata, secondo la formula canonistica *Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. [Cfr. KNUT WOLFGANG NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit. Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, Beck, Monaco 1967; JACQUES DELANGLADE, *Le Juge, serviteur de la loi ou gardien de la justice selon la tradition théologique*, in «Revue de droit canonique», 10, 1960, pp. 141-164; DOMENICO MAFFEI, Domenico Maffei, *Il giudice testimone e una 'quaestio' di Jacques de Révigny*, (MS Bon. Coli. Hisp. 82), TRG 35, 1967; ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, *Sulla coscienza del giudice nel diritto comune*, in «*Iuris vincula*». Studi in onore di Mario Talamanca, Napoli, 2001, pp. 119-62]. Sulla scia di questi studi, James Q. Whitman ha ravvisato nella procedura criminale di epoca medievale e moderna un capitolo estremamente rappresentativo della «teologia del dubbio», ovvero della riflessione (teologica prima ancora che giuridica) intorno alla necessità di porre un limite alla libertà di convincimento del giudice. Il processo inquisitorio continentale, secondo Whitman, avrebbe messo a punto il sistema di prove legali proprio per esentare il giudice dall'adoperare il proprio convincimento; il raggiungimento degli *indicia indubitata*, indicati come fine ultimo del processo, doveva avere l'effetto di eliminare il dubbio e di consentire al giudice di procedere alla condanna del reo senza sentirsi moralmente compromesso in una sentenza di sangue. «It was by refusing to

capacità di resistenza dell'imputato piuttosto che al convincimento del giudice significa deresponsabilizzare moralmente l'autorità pubblica. Ma significa anche lasciare un residuo di autonomia (e di speranza) all'imputato. L'immensa sproporzione di potere tra Stato e individuo posta in essere dal processo inquisitorio è tale da richiedere l'azione di una *ratio compensandi*, una regola che, privando l'autorità punitiva del pieno controllo sulla causa, possa agire in favore del convenuto. La sua assoluzione, perciò, non risponderebbe al giusto secondo diritto, ma al giusto secondo natura, che il processo inquisitorio viola e che la *ratio* assolutoria (cioè ordalica) della tortura ripristina. Si tratta di un ripristino ideale, come ideale è il contributo della tortura alla causa dell'equità. Ma è proprio nella frattura tra equità e processo, e più in generale tra diritto naturale e diritto positivo, che si può inquadrare l'origine dei rapporti tra ordalia e tortura. Approfondirli significa anche affrontare questioni non ancora risolte dalla modernità, attinenti al ruolo che la dialettica tra progresso e tradizione ha esercitato (e continua a esercitare) all'interno della scienza giuridica. Vale per quest'ultima quel che Heidegger ha detto di ogni scienza, ovvero che essa «si misura dall'ampiezza entro cui è capace di ospitare la crisi dei suoi concetti fondamentali»<sup>32</sup>.

Sulla base di queste premesse, il problema dei rapporti tra ordalia e tortura potrà essere articolato secondo tre distinte prospettive: 1) da un punto di vista «materiale»<sup>33</sup>, cioè a partire dalle istanze non giuridicamente rilevanti (come l'etica, la religione, la cultura) che intervengono nella definizione dei due istituti, e in particolare sulla base di un confronto astratto tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio, analizzati esclusivamente come modelli procedurali idealtipici<sup>34</sup> (cap. II); 2) da un punto di vista «formale»<sup>35</sup>, quindi sulla

---

use their private knowledge, the theologians held, that judges could escape personal moral responsibility for entering judgment, and so escape the threat of "building themselves a mansion in Hell". The ban on private knowledge was a moral comfort rule, a way for professional judge to assure themselves that they had maintained a safe distance from the bloody consequences of the case they were judging. So long as the judge did not comport himself as a witness, he would be safe». Cfr. JAMES Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, Yale 2008, p. 110.

<sup>32</sup> MARTIN HEIDEGGER, *Essere e tempo. L'essenza del fondamento*, Einaudi, Torino 1969 (*Sein und Zeit*, 1927), p. 62.

<sup>33</sup> Dove «materiale» è inteso nell'eccezione weberiana di «extragiuridico» e rimanda all'*unformales Recht*, il diritto sul quale agiscono istanze non giuridicamente rilevanti.

<sup>34</sup> Dal punto di vista storico, la dicotomia accusatorio/inquisitorio è notoriamente «risalente». E tuttavia, come ha osservato Ettore Dezza, «è tuttora comunemente utilizzata in quanto, nonostante la sua apparente rigidità, offre allo studioso del processo penale uno strumento di lavoro singolarmente duttile, che contribuisce con particolare efficacia all'interpretazione, alla comprensione e alla classificazione tanto delle forme di giustizia penale affermatesi nella prassi quanto delle preferenze espresse dai legislatori. Nello stesso tempo, il ricorso al binomio accusa/inquisizione – dotato di notevoli potenzialità anche dal punto di vista della comparazione – è in grado di far emergere con limpidezza le numerose contraddizioni presenti nei sistemi penali affermatesi nel passato e ancor più nei sistemi penali moderni e contemporanei, caratterizzati da scelte articolate, ibride e frequentemente non univoche, dalle quali con estrema frequenza riaffiorano (talora inconsciamente, talora con

base delle analogie giuridicamente rilevanti tra ordalia e tortura, a partire dall'assimilazione legale di quest'ultima agli istituti del giuramento di purgazione e del duello (cap. III); 3) da un punto di vista che può essere definito, in modo imperfetto, sociologico, o comunque relativo alla sociologia del diritto, per cui si prenderanno in esame le analogie tra ordalia e tortura sul piano della loro comune funzione assolutoria, cioè in quanto dispositivi di grazia per le *infames personae* (cap. IV).

Data l'impostazione comparatistica, il primo capitolo è dedicato in buona parte all'oggetto di comparazione: l'ordalia unilaterale e le altre *species* ad essa connesse, quindi il giuramento e il duello, con un ultimo paragrafo dedicato alla ricomparsa della tortura e alle interpretazioni che la storiografia ha fornito di questo evento.

La tipologia delle fonti, ancora per esigenze di comparazione, non potrà soddisfare in pieno tutti i criteri di organicità. Innanzi tutto, i materiali consultati riguardano esclusivamente la cosiddetta *law in books*, l'elaborazione colta del diritto, mentre la *law in action* è rimasta esclusa. La scelta è stata dettata dalla natura delle ipotesi formulate in questa ricerca, nonché dalla natura della ricerca in sé: l'ipotesi che la *ratio* ordalica della tortura abbia avuto una funzione etica chiama in causa le categorie del diritto e le concezioni filosofiche e istituzionali che sono alla base del diritto, questioni, quindi, che nascono e si sviluppano nella riflessione giuridica. Ad esempio: l'idea che la tortura possa aver avuto anche la funzione di garantire il reo sul terreno dei suoi diritti fondamentali è riscontrabile nell'opera dei giuristi nei termini di una loro maggiore o minore inclinazione verso la massima assolutoria; il fatto che quella massima sia ammessa, esaltata, ridimensionata, o rifiutata segnala la presenza di un nodo critico relativo alle funzioni dell'istituto.

Si è partiti dal presupposto, di per sé banale e fuorviante, che le questioni teoriche del diritto abbiano come fonte privilegiata la riflessione teorica dei giuristi. Non perché ciò sia vero in assoluto, ma perché in una fase così precoce della ricerca sembrava più opportuno giustificare e approfondire la base teorico-normativa di un problema che è, prima di tutto, teorico-normativo, in attesa di poterlo successivamente inquadrare nel vasto e imprevedibile ambito della prassi. Detta ancora più precisamente: l'inesperienza dell'autrice, sia sul tema della ricerca sia sulla materia in questione (la storia del diritto), avrebbe impedito di porre domande sufficientemente pertinenti alle fonti processuali. Sembrava più realistico, invece,

---

recondita consapevolezza) le scorie di precedenti esperienze». [ETTORE DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, Pavia 2013, p. IX]. È sulla base di questa e altre rassicurazioni che si è proceduto a sfruttare pienamente le potenzialità offerte da questo binomio in termini di comparazione.

<sup>35</sup> Dove «formale» è inteso nel senso delle sole astrazioni giuridicamente elaborate e rimanda al *formales Recht*, il diritto guidato esclusivamente da caratteristiche giuridicamente rilevanti.

condurre una prima ricognizione del problema, nella speranza di poter poi verificare su basi più solide eventuali corrispondenze e relazioni significative tra i criteri di applicazione della tortura e il loro effettivo utilizzo nei tribunali.

È stata quindi presa in esame l'opera dei principali giuristi attivi in Italia tra XV e XVIII secolo, sia nell'ambito del diritto criminale ordinario che inquisitorio, con delle inevitabili incursioni nelle fonti di epoca medievale e nelle aree in cui furono adottati il rito inquisitorio e la *quaestio*, con particolare riferimento a Francia, Germania e Spagna. La scelta di ammettere una tipologia di fonti così eterogenea dal punto di vista cronologico e geografico, oltre che alle esigenze poste in essere dalla comparazione tra istituti e ordinamenti cronologicamente distanti, risponde al tentativo di trovare una sintesi dossologica (nel senso relativo all'opinione comune) sull'interpretazione fornita dai giuristi in merito ad alcuni aspetti specifici della tortura, aspetti che suscitarono ovunque i medesimi problemi teorici, problemi che però non furono risolti sempre, com'è logico, attraverso le medesime soluzioni.

Su un punto questa ricerca può vantare una certa omogeneità: si parla solo della tortura dell'imputato, cioè del *reus*, e solo incidentalmente della tortura dei testimoni, dei convenuti e degli accusatori. È un'omogeneità che denota ancora una volta un'incertezza: le altre funzioni della tortura (che comunque, con il progredire dell'era moderna, furono quasi interamente assorbite dalla prima) costituivano delle variabili che non sembrava possibile controllare se non a discapito della linearità di esposizione del problema principale, ovvero: la tortura giudiziaria aveva una funzione pro reo?

C'è poi un'ultima cosa da aggiungere a proposito di questo «problema principale». Tra gli aspetti più affascinanti e pedagogici della ricerca c'è la scoperta del limite in tutte le sue forme: il limite della conoscenza, dell'intuizione, dell'esperienza, della buona volontà e del tempo a disposizione, ma anche il limite posto dall'oggetto storico in sé, che non sembra conoscibile come verità ma solo come opinione, il che conduce ogni apprendista della storia a una constatazione alquanto disorientante: che un'ipotesi valida non invalida necessariamente altre ipotesi che la contraddicono apertamente. Per cui sembra ragionevole supporre che sia soprattutto il metodo, non l'ipotesi in sé, a essere valido o meno valido, e che l'oggetto della storia come disciplina non sia la storia *tout court*, ma la ricerca. Questa riflessione vorrebbe giustificare le esagerazioni e le ingenuità presenti nel testo, dovute in parte all'incertezza di un metodo alle prime armi, in parte proprio alla scoperta della storia come metodo, che sarebbero poi la stessa cosa se non fosse che per un aspetto: la scoperta della storia come metodo non porta con sé solo la consapevolezza di ostacoli insuperabili, ma anche divertimento, picchi di ottimismo ed esperienze di libertà. Il pensiero triste, ma plausibile, che



la tesi di dottorato possa essere l'ultima occasione per esercitare questi piaceri rende il vaglio dell'autocensura meno rigido di quanto dovrebbe. Vorrei quindi ringraziare con sincero sentimento chi mi ha dato questa occasione senza privarmi della libertà di abusarne almeno un poco: il mio Tutor Federico Barbierato, il Collegio dei Docenti del XXVII ciclo di Dottorato e il Coordinatore del Collegio Mario Infelise. Vorrei inoltre dichiarare il mio debito di gratitudine verso la Professoressa Anna Foa, che mi ha «regalato» il tema principale di questa ricerca, e la Professoressa Lisa Roscioni, senza la quale non sarei mai riuscita a presentare un progetto di dottorato maturo e convincente. Un ringraziamento a parte va alla Professoressa Antonia Fiori, che mi ha seguito fin dall'inizio ed è riuscita a guidarmi, senza mai scoraggiarmi, dentro la sua bellissima e difficile materia.

CAPITOLO I  
L'ORDALIA

## 1. All'origine di ordalia, giuramento e duello. Una definizione generale dei tre istituti

### 1.1 L'ordalia unilaterale

Sebbene l'ordalia sia immediatamente associata al diritto delle popolazioni germaniche, le più antiche tracce documentate di questo istituto risalgono al principio della storia, che coincide, secondo la convenzione occidentale, con l'invenzione della scrittura, quindi tra i 3500 e i 3200 anni fa. Tuttavia è lecito presumere che l'ordalia abbia origini molto più antiche<sup>36</sup>.

Elementi per eccellenza del rito ordalico sono l'acqua e il fuoco, forze ausiliarie universalmente<sup>37</sup> invocate dall'uomo per ottenere il giudizio della divinità. Gli antichi Mesopotami, che possedevano un pensiero giudico improntato all'empirismo, strettamente connesso alla divinazione e all'oracolo, fondarono il proprio sistema probatorio sul principio secondo cui per condannare un uomo fosse indispensabile una prova, anche di matrice divina, della sua colpevolezza. La più diffusa tra queste era il giuramento, mentre nei casi eccezionali si ricorreva all'ordalia del dio-fiume<sup>38</sup>, un giudizio spettacolare nel quale l'accusato, per provare la propria innocenza, doveva sottoporsi alla forza purificatrice di un fiume, considerato di per se stesso una divinità. Questa stessa pratica è citata nel più antico codice di leggi che ci sia pervenuto, quello assiro di Ur-Nammu (2050 a.C. circa), e in quello babilonese

---

<sup>36</sup> Le tracce più antiche dell'ordalia ci porterebbero fino a 5000 anni fa. Cfr. BERTRAND LAFONT, *Il giudizio del dio-Fiume in Mesopotamia*, in JEAN BOTTERO (a cura di), *L'Oriente antico. Dai Sumeri alla Bibbia*, Edizioni Dedalo, Bari 1994, pp. 277-78. Secondo Jean-Philippe Lévy l'ordalia «constitue le fonds commun de l'humanité». JEAN-PHILIPPE LÉVY, *L'évolution de la preuve, des origines à nos jours*, in *La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, II, 17, p. 14.

<sup>37</sup> L'ordalia è stata una pratica pressoché universale nel mondo arcaico e antico, con rare eccezioni: la maggior parte degli studiosi, ad esempio, concorda nel ritenerla quasi del tutto assente dall'Egitto faraonico, probabilmente in ragione del potere assoluto esercitato dal faraone, unico giudice cui era permesso di pronunciarsi sulla pena di morte. Com'è noto, in quanto capo religioso e politico, egli era al vertice di un sistema giudiziario altamente evoluto e di una rigidissima gerarchia sociale che gli garantiva un controllo diretto a tutti i livelli inferiori. Cionondimeno, in Egitto si attestano tracce di riti ordalici legati ad antiche credenze aventi per oggetto mostri acquatici come l'ippopotamo e il coccodrillo. Cfr. SOAZICK KERNEIS, RAYMOND VERDIER, *Les Justices de l'Invisible*, Editions L'Harmattan, Parigi 2013, p. 31. Lea cita un aneddoto delle *Storie* di Erodoto dal quale si evincerebbe che anche l'Egitto faraonico fece saltuariamente ricorso all'ordalia, nei casi in cui non si disponeva di prove dirette per accertare un crimine: Aames II, prima di salire al trono, era noto per la sua vita sfrenata e dissoluta; venne spesso accusato di furto e di volta in volta condannato o assolto a seconda degli oracoli consultati. Diventato re, Aames tributò grande rispetto agli oracoli che lo avevano condannato e trascurò del tutto quelli che lo avevano assolto, affermando che i primi avevano dato un responso conforme alla realtà, mentre i secondi aveva sbagliato. Cfr. HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 260.

<sup>38</sup> Cfr. BERTRAND LAFONT, *Il giudizio del dio-Fiume in Mesopotamia*, cit.,; cfr. anche CLAUDIO SAPORETTI, *Le leggi della Mesopotamia tradotte dai testi originali*, Casa Editrice Le Lettere, Firenze 1984.

di Hammurabi (1750 a.C. circa), dove la si raccomanda per le accuse di stregoneria e di adulterio. Nel secondo paragrafo del Codice è scritto:

Se qualcuno ha accusato un uomo di pratiche di stregoneria, ma senza poterne dare le prove, colui che è stato accusato di pratiche di stregoneria andrà al Fiume-divino e si tufferà nel Fiume. Se il Fiume si impossessa di lui, il suo accusatore gli porterà via la casa. Ma se il Fiume scagiona quell'uomo e questi ne esce sano e salvo, colui che lo aveva accusato sarà ucciso e quello che si è tuffato nel Fiume porterà via la casa del suo accusatore.<sup>39</sup>

Nei *Numeri* il Signore spiega minutamente a Mosè come comportarsi nel caso in cui un marito geloso sospetti di tradimento la propria moglie, ma non vi siano testimoni per provarlo: il marito porterà al sacerdote un decimo di *efa* di farina d'orzo, offerta propiziatrice conosciuta come «oblazione di gelosia», e il sacerdote farà bere alla donna dell'acqua santa nella quale avrà prima versato un po' di polvere raccolta sul pavimento del tabernacolo. Il rito così officiato trasforma l'acqua benedetta in «acqua amara che porta maledizione». Se la moglie è innocente, berla non le arrecherà alcun danno; se è colpevole, le avvizziranno i fianchi e le si gonfierà il ventre rendendola oggetto di maledizione presso il suo popolo<sup>40</sup>.

Anche nell'antica Cina, ai margini della legge scritta improntata al rigido materialismo del confucianesimo ufficiale<sup>41</sup>, fiorirono pratiche irregolari nutrite da tradizioni taoiste e buddiste

<sup>39</sup> Mentre nel paragrafo 102 viene prescritto: «Se la moglie di un uomo è stata mostrata a dito a causa di un altro uomo, senza che tuttavia sia stata sorpresa con lui, per suo marito essa dovrà tuffarsi nel fiume divino». È interessante notare che, a differenza delle ordalie dell'acqua cristiane, nelle quali l'elemento benedetto rigetta i colpevoli e accoglie gli innocenti, le ordalie dell'acqua descritte nel Codice di Hammurabi prevedono che gli innocenti restino a galla mentre i colpevoli affondino. Cfr. DANIEL FRIEDMANN, *Diritto e morale nelle storie bibliche*, Giuffrè Editore, Milano 2008, p. 38-40; BERTRAND LAFONT, *Il giudizio del dio-Fiume in Mesopotamia*, cit., p. 228-9.

<sup>40</sup> L'associazione dell'acqua con la legge è un tema costante della Bibbia. L'acqua, come la legge, purifica l'uomo, è portatrice di salvezza materiale e spirituale. Il suo simbolismo si fonda essenzialmente sull'esperienza di Mosè. Si legge nel *Deuteronomio*, la Seconda Legge che Mosè lascia al popolo di Israele prima di morire (una nuova legge che ne dovrà regolare, dopo l'arrivo nella Terra Promessa, la vita sedentaria, sociale e familiare di Israele): «Stilli come pioggia la mia dottrina; scenda come rugiada il mio dire; come scroscio sull'erba del prato, come spruzzo sugli steli di grano» [PATRICIA HIDIROGLOU, *Acqua divina. Miti, riti, simboli*, Edizioni Mediterranee, Roma 2007, pp. 34-9]. Nell'Antico Testamento Yahweh non ammette che si officino rituali giudiziari legati alle forze cosmiche, fatta eccezione per la prova delle acque amare, con tutta probabilità una pratica antica cui si sovrappone un rituale israelitico. Secondo Lea, «i più ardenti sostenitori della tortura, nel secolo decimo ottavo, non esitano affatto a dire che l'ordalia dell'acqua di amarezza, di gelosia, fosse una specie di tortura che giustificava l'uso della ruota e del cavalletto dei tempi moderni». HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 443 [Questo problema sarà approfondito nel cap. III, § 3.5 *Il diavolo confonde le acque. La legge dell'uomo geloso come precedente biblico della purgatio canonica e della tortura*]. L'uso dell'ordalia delle acque amare si interruppe per volere del Rabbino Yohanan Ben Zakkai (I sec. d.C.), poiché giudicata inefficace nei casi in cui anche il marito fosse stato un adultero, e perché il numero dei casi di infedeltà invece che diminuire si moltiplicava. DANIEL FRIEDMANN, *Diritto e morale*, cit., p.37.

<sup>41</sup> La religione ha occupato un ruolo assai ridotto nella legge e nella cultura cinesi. Nei libri sacri raccolti da Confucio circa cinquecento anni prima dell'era cristiana, la credenza religiosa viene presentata come un sistema morale dal quale sono totalmente esclusi l'idea di una Chiesa e di dogmi rivelati. Il più riverito di questi libri, il *Shu-King*, ammette una potenza suprema, quella del cielo, il *Tai-ki*, ragione allo stato puro, concretizzazione delle

alle quali si fece ricorso non di rado per sopperire all'assenza di testimoni. Ad esempio, se un marito scopriva la propria moglie con un altro uomo, doveva immediatamente tagliare la testa a entrambi e correre dal magistrato più vicino, al cospetto del quale, per provare di aver agito con diritto, doveva immergere le due teste mozzate in un ampio condotto d'acqua violentemente agitata. Se le teste, nel moto vorticoso, fossero uscite a galla faccia a faccia, la verità del marito era stata dimostrata.

Nell'Avesta, o Comandamenti di Zarathustra, si legge che «colui che, coscientemente, si avvicina al ferro rovente, all'acqua bollente, come se la sua bocca parlasse verità, e, in quella voce, mente a Mitra [...] abbia settecento staffilate di nerbo di cavallo, e settecento di craosho-charana»<sup>42</sup>. Nel Rāmāyana, poema epico della tradizione induista (IV secolo a.C.), un altro caso di presunta infedeltà cui difettano prove certe e testimoni è affrontato da Manu attraverso il ricorso all'ordalia, fornendogli anche l'occasione di dilungarsi su disposizioni più generali:

Il giudice stabilisca che colui il quale si trova in stato di accusa prenda il fuoco in mano, oppure si immerga nell'acqua, oppure tocchi separatamente la testa dei suoi figli e di sua moglie. Colui che non rimarrà bruciato dal fuoco, colui che l'acqua rigetterà dai suoi gorghi, colui al quale non capiteranno subito delle disgrazie, potrà prestare giuramento e il suo giuramento dovrà essere ammesso come indiscusso.<sup>43</sup>

Anche il Giappone antico conobbe l'ordalia: per dimostrare la veridicità delle proprie parole testimoni e imputati erano chiamati a estrarre una pietra dall'acqua bollente<sup>44</sup>. Similmente, in

---

leggi e della forza della natura che risultano tuttavia innescate e governate da un destino cieco. Non si può dire, dunque, che la fede in un intervento diretto dall'alto abbia avuto significativi riscontri nella storia della giustizia cinese, sebbene ai margini della legge scritta siano state conosciute e praticate alcune forme di divinazione. Secondo Henry Charles Lea, la tradizione filosofica cinese, improntata all'umanesimo confuciano, ha impedito l'istituzionalizzazione di questi riti; anche «nella giurisprudenza moderna della Cina non si riscontra allusione ad un sistema di prove diverso da quello che deriva da azioni debitamente comprovate con testimoni, e perfino il giuramento non è richiesto, né ammesso nei processi giudiziari». HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 252. Sul ruolo del trascendente nel confucianesimo e nella storia della Cina cfr. MARCEL GRANET, *La religione dei cinesi*, Adelphi, Milano 1973 (1922); GIULIANO BERTUCCIOLI, *Storia della letteratura cinese*, Nuova Accademia Editrice, Milano 1959; ANNE CHENG, *Uomo e società nell'esperienza confuciana*, in MICHEL MASSON (a cura di), *Trattato di antropologia del sacro*, Jaka Book, Milano 1995, Vol. IV.

<sup>42</sup>Ivi, p. 265-6. Lo Zoroastrismo, o Mazdeismo, fondato intorno al V secolo a.C. a partire dagli insegnamenti del profeta Zarathustra, è stato a lungo la religione più diffusa d'Asia.

<sup>43</sup>Agni, la divinità del fuoco sacrificale, discolpa gli innocenti che si sottopongono alla sua forza. Il convenuto può anche dimostrare la propria innocenza attingendo al «calore ascetico» del suo corpo: lo fa recitando giuramenti e «imprecazioni condizionali» rivolte contro terzi o contro se stesso, o attraverso la «preghiera ordalica»: «Tu dimori, o Fuoco, nel cuore di tutte le creature, come un testimone. Tu solo conosci ciò che i mortali non sanno». La morte sopraggiungerebbe il giorno stesso in caso di asserzioni menzognere. Cfr. SOAZICK KERNEIS, RAYMOND VERDIER, *Les Justices de l'Invisible*, cit., p. 29-30; JEAN FEZAS, *Malédiction, imprécations, ordalies et serments dans la tradition juridique indienne*, in RAYMOND VERDIER (a cura di), *Le serment*, Editions du CNRS, Parigi 1991, p. 367-394.

<sup>44</sup>GIORGIO FABIO COLOMBO, *Oltre il paradigma della società senza liti. La risoluzione extra-giudiziale delle controversie in Giappone*, CEDAM, Milano 2011, p. 87.

Tibet, un'ordalia che Lea definisce «letteralmente imparziale» prevedeva che, in seguito a una lite, sia l'attore che il convenuto avrebbero dovuto immergere le loro braccia in una vasca d'acqua bollente sul cui fondo erano state poste una pietra bianca e una pietra nera. Il verdetto sarebbe stato favorevole a colui che fosse riuscito a estrarre la pietra bianca<sup>45</sup>. Testimonianze dell'ordalia dell'acqua e del fuoco, sempre come alternativa all'inchiesta «razionale», si trovano anche in Indocina e nel Sud-Est Asiatico.<sup>46</sup>

Nella mitologia greca arcaica gli dèi prestano solenne giuramento sull'acqua del fiume infernale dell'oltretomba, lo Stige, e gli spergiuri sono puniti con un anno di sonnolento stupore e nove di segregazione dall'Olimpo<sup>47</sup>. Nella Grecia di età classica gli uomini liberi potevano limitarsi al giuramento, mentre l'ordalia vera e propria era stata sostituita, come in Egitto, dal ricorso agli oracoli<sup>48</sup>. Tuttavia, reminiscenze di antiche pratiche ordaliche sono attestate dall'*Antigone* di Sofocle, dove un uomo accusato di corruzione offre di dimostrare la propria innocenza impugnando un ferro rovente e attraversando le fiamme.<sup>49</sup> È certo, poi, che le ordalie siano state in uso anche a Roma, e per quanto non se ne siano conservate tracce dirette nelle leggi repubblicane e imperiali, se ne può riconoscere l'eredità in alcuni costumi tramandati, come ad esempio il rito «per Iovem lapidem iurare», giuramento nel quale, scagliando una pietra, si invitava Giove a rifiutare lo spergiuro. È nelle leggende, tuttavia, che troviamo il ricordo inconfondibile di riti ordalici disposti per l'accertamento di comportamenti criminali. Ancora in piena età repubblicana, i romani credevano che, se una vestale fosse stata accusata ingiustamente di un crimine, gli dèi avrebbero potuto scagionarla. Il precedente più antico è probabilmente quello della vestale Emilia, che può essere collocato intorno alla seconda metà del III secolo a.C.: il fuoco della dea Vesta si spense e la colpa del cattivo presagio ricadde su Emilia, che doveva vegliarlo; ella dimostrò di essere innocente gettando un lembo della propria veste di garza sull'altare della dea, che prontamente fece rinascere il fuoco, salvandole la vita. Ancora più emblematica è l'ordalia di Tuccia, discepola di Emilia che, incolpata di aver violato il voto di castità, per purgarsi dall'accusa riempì un

---

<sup>45</sup> Commenta Lea: «Il Buddismo seguì le istituzioni legali che aveva trovate già in vigore quando sorse, ed accettò l'ordalia, quantunque assai difficilmente la stessa potesse costituire un incidente logico nel grande sistema di transmigrazione in cui il bene e il male che si trovano nell'universo si trovano distribuiti in modo meccanico, senza che nessun intervento si verifichi per parte dei trentadue cieli. [...] È difficile attenderci che il Samanismo [sciamanesimo] del Tibet se ne sia conservato immune». HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, 269.

<sup>46</sup> YVONNE BONGERT, *La problème de la preuve dans les peuples de l'ancienne Indochine française*, in *La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, I, 18, pp. 419-503.

<sup>47</sup> Paul Mazon, traduttore francese dell'*Iliade*, paragona il giuramento sull'acqua di Stige a un'arcaica ordalia del veleno. Cfr. SOAZICK KERNEIS, RAYMOND VERDIER, *Les Justices de l'Invisible*, cit., p. 223.

<sup>48</sup> Cfr. GERARD SAUTEL, *Les preuves dans le droit grec archaïque*, in *La La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, I, 16, pp. 117-60.

<sup>49</sup> SOFOCLE, *Antigone*, vv. 264-267. Cfr. CESARE CANTÙ, *Documenti*, Giuseppe Pomba, Torino 1841, p. 349 e HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 270.

setaccio dell'acqua del Tevere, attraversò tutta la città e, giunta al Foro, dal setaccio ancora miracolosamente pieno versò l'acqua davanti ai Pontefici, e fu scagionata<sup>50</sup>.

Benché la liturgia cambiasse di volta in volta, e di regione in regione, è possibile individuare in questo complesso di riti quasi universalmente celebrati alcuni principi comuni da cui trarre una prima e essenziale definizione. L'ordalia è un atto probante attraverso cui si intende risolvere una crisi venutasi a creare all'interno di una comunità. La crisi si apre nel momento in cui, a fronte di un'accusa la cui entità è tale da mettere a repentaglio l'equilibrio collettivo, i tradizionali metodi di inchiesta non producono risultati sufficientemente affidabili per rassicurare le parti e, quindi, ripristinare la pace. L'ordalia è dunque una risorsa giudiziaria estrema finalizzata a produrre una certezza giuridica. Nella sua forma primitiva e, si potrebbe dire, distillata, ha una natura indubbiamente cruenta che la rende assimilabile a una forma di auto-tortura. È ciò che si definisce, più precisamente, *ordalia unilaterale*: il convenuto, solo con se stesso, si espone a una forza potenzialmente distruttrice (acqua, fuoco, veleno, etc.) per mostrare pubblicamente la propria innocenza, o soccombere. In virtù del suo originario carattere magico, estatico e divinatorio, il rito rimanda alle esperienze di morte iniziatica<sup>51</sup>: l'imputato *innocente*, innalzando in modo sovrumano la soglia del dolore, mostra agli astanti l'avvenuto contatto con il mondo della divinità; nel contatto stesso è implicito il giudizio di innocenza, giacché per riuscire a stabilirlo è necessario il favore divino. Questo risultato può essere raggiunto soltanto attraverso l'esperienza individuale e rituale del dolore. Quindi, maggiore è la sofferenza, maggiore è l'irrefutabilità del verdetto.

## 1.2 Il giuramento

La proporzione tra verità e violenza, che riemergerà in forma ancora più nitida nella tortura, è peculiare all'ordalia unilaterale e vale a distinguerla dal giuramento, altro mezzo di prova comunemente annoverato tra i giudizi di Dio. In origine questo istituto fu regolato, in effetti, come un'ordalia verbale<sup>52</sup>: il sospettato invocava su di sé la punizione divina, che non avrebbe

---

<sup>50</sup> Cfr. JEAN-PHILIPPE LEVY, *Le problème des ordalies en droit romain*, in «Studi in onore di Pietro de Francisci», vol. II, Milano 1956, pp. 407 ss. Secondo Eva Cantarella, il fatto che in queste prove la vita delle vestali non fosse messa direttamente a repentaglio, se non per l'eventuale effetto di una condanna a morte, non significa che non si trattasse di un'ordalia, dal momento che le ordalie non sono necessariamente rischiose. EVA CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzione delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Feltrinelli, Milano 2011, p. 322.

<sup>51</sup> Secondo Mircea Eliade, tortura e auto-tortura sono forme rituali di morte iniziatica che alludono alla resurrezione mistica, in quanto processo di «trasmutazione della condizione profana in una condizione sovrumana». Il convenuto che si sottopone al rito ordalico vive grazie alla sofferenza una trasformazione spirituale in grado di convertire la sua sensibilità, temporaneamente o definitivamente, da profana a mistica. Cfr. MIRCEA ELIADE, *Miti, sogni, misteri*, Edizioni Lindau, Torino 2007.

<sup>52</sup> HUGH GOITEIN, *Primitive Ordeal and Modern Law*, Allen and Unwin, Londra 1923, p. 49.

mancato di colpirlo in caso di spergiuro. Questo tipo di giuramento, detto imprecatorio, pur condividendo con l'ordalia unilaterale un sostrato divinatorio e decisorio, non prevede che la sanzione punitiva si estrinsechi sul piano esteriore e immediato della sopportazione fisica<sup>53</sup>, ma in quello interiore del *timor dei*. Quindi il valore irrevocabile implicito nel giudizio ordalico si attenua nel giuramento, arricchendo sottilmente l'originario sostrato magico di un più complesso significato religioso. Questa evoluzione è ancora più evidente nel giuramento assertorio, nel quale il giuratore non invoca più su di sé l'immediato castigo divino, ma rafforza la propria dichiarazione giurando sulla divinità, interpellata, questa volta, come testimone delle sue asserzioni<sup>54</sup>. Scopo del rito non è più la sollecitazione dell'energia mistica custodita nell'individuo, ma la certificazione della sua identità morale. Il giuramento diventa, in poche parole, una forma di garanzia. Il suo valore decisorio non muta, il fine è ancora il raggiungimento di una certezza giuridica; solo che, per produrla, il giuramento ne richiede un'altra preliminare: la certezza che l'imputato sia provvisto di onore sociale, ovvero di quel particolare tipo di dignità conferita a un individuo dall'etica della collettività in cui vive. L'ordalia, se superata con successo, è in grado di ripristinarlo; il giuramento, invece, lo pretende come condizione propedeutica e necessaria alla sua celebrazione. Esso presuppone, innanzi tutto, «un individuo che vede se stesso sempre attraverso gli occhi degli altri, che ha bisogno degli altri per la propria esistenza, perché l'immagine che ha di sé è indistinguibile da

---

<sup>53</sup> Lo spergiuro sarebbe stato certamente punito, ma il giorno e l'ora risultavano incerti, la vendetta differita e la giustizia divina, secondo la felice espressione di Robert Jacob, rimaneva «*maîtresse du temps ou elle se manifesterait*». ROBERT JACOB, *Antropologie et histoire du serment judiciaire*, in RAYMOND VERDIER (a cura di), *Le serment*, vol. I, *Signes et fonctions*, CNRS, Parigi, 1991, p. 244. Jacob inserisce giuramento e ordalia nell'ampia categoria dei riti decisorii, proponendo anche di ricondurre il termine ordalia alla parola *Ordal* (piuttosto che dalla parola *Urtheil*, giudizio, come comunemente accettato), cioè «atto che separa il soggetto dal gruppo».

<sup>54</sup> È di fatto in parallelo allo sviluppo delle idee religiose e filosofiche che il giuramento da imprecazione diventa asserzione. Poggiando sulla forza della fede religiosa, il giuramento costituisce uno dei punti di contatto tra diritto e religione, mostrando l'originaria indifferenziazione tra *ius* e *fas*. In età antica, il diritto greco e romano attribuirono al giuramento un'enorme importanza. In Grecia, finché il sentimento religioso e la fede nella potenza degli dèi furono alla base della vita della *polis*, per lo spergiuro non era prevista alcuna sanzione legale, tale era la fiducia nella vendetta divina. Con l'affievolirsi del sentimento religioso, il giuramento divenne un mezzo da cui poter trarre partito, sottilizzando sulle parole pronunciate nella formula; ciò dipese soprattutto dal valore relativo che l'istituto andava acquistando a fronte dello sviluppo di idee filosofiche nuove, portatrici di una diversa visione del ruolo del cittadino, il quale, davanti a doveri maggiori, avrebbe potuto addirittura violarlo. Con il rafforzarsi dell'autorità dello Stato, il diritto si orientò verso un tipo di giustizia indipendente dalle antiche forme religiose. L'origine di questa evoluzione può essere ricondotta ad Atene. Nel caso di Roma, mentre nei tempi primitivi invocare la divinità era apparso l'unico modo per dar forza a un'affermazione e obbligatorietà a una promessa, con il consolidarsi della *civitas* e del diritto, il giuramento perse progressivamente la propria valenza religiosa, acquistando valore morale. Essendo un atto essenzialmente sacro, ma anche un istituto giuridico, il suo posto all'intero dei diversi ordinamenti varia a seconda delle epoche e dell'intensità del sentimento religioso. Sul giuramento nel diritto greco vedi i fondamentali UGO ENRICO PAOLI, *Studi di diritto attico*, R. Bemporad & figlio, Firenze 1930; LOUIS GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Sirey, Parigi 1955; ARNALDO BISCARDI, *Diritto greco antico*, Giuffrè, Milano 1982. Su Roma vedi invece CESARE BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, L'erma di Bretschneider, Roma 1967 (1886); BIONDO BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, L'erma di Bretschneider, Roma 1970 (1913); GIANPAOLO SABBATINI, *Appunti di preistoria di diritto romano*, Giappichelli, Torino 2014.



quella presentatagli dagli altri»<sup>55</sup>. In questo tipo di contesto, va da sé che i rapporti giuridici debbano essere regolati dalla posizione occupata da ciascun soggetto all'interno del proprio gruppo. Questa «posizione», secondo una definizione ancora attuale di Max Weber, è lo *status*, inteso come qualità o come assenza di onore sociale e, più specificamente, come media tra posizione di classe, condotta e posizione media di classe di tutti i membri del proprio gruppo di *status*<sup>56</sup>. Può quindi essere danneggiata, oltre che dalla condotta individuale (che deve essere sempre all'altezza della posizione di classe), anche dalla condotta dei membri del proprio gruppo. L'onestà, quindi la credibilità giuridica, dipendono interamente da questo, dall'onore; e la verità, ancora prima di essere un fatto, è una manifestazione esteriore di virtù. Per il diritto romano, nel quale il giuramento occupava un ruolo di primo piano, la *fides* di cui godeva un uomo era strettamente legata al suo *decus*, alla sua *dignitas*, alla sua *fama* e, soprattutto, al suo *honor*, che è radice della parola *honestas*. Non è quindi un caso se, come affermerà Montesquieu, il giuramento tenne saldi i Romani alle proprie leggi più di qualunque altro istituto giuridico; che essi, per osservarlo, fecero molto più di quanto non avrebbero fatto e per la gloria e per la patria<sup>57</sup>.

### 1.3 Il duello

La massima espressione di questo universo di valori individuali e censuali è il duello, istituto polimorfo, annoverato anch'esso tra i giudizi di Dio nonostante le molte difficoltà incontrate dalla storiografia nel definirne in modo univoco origini, struttura e funzioni. L'opinione prevalente è che, per quanto il duello abbia assunto diverse forme e significati a seconda del mutare dei contesti sociali e culturali, di cui fu in grado di cogliere «inflexioni di enorme raffinatezza e sottigliezza»<sup>58</sup>, alle sue origini non ebbe alcuna valenza ordalica, cioè non fu concepito come un mezzo di prova, né come un rito divinatorio, e che il suo sostrato giuridico-

<sup>55</sup> Il sociologo americano Richard Sennett, citando Pierre Bourdieu, in RICHARD SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Il Mulino, Bologna 2004.

<sup>56</sup> <sup>56</sup> «Lo *status* è una qualità od un'assenza di onore sociale, essenzialmente condizionata ed espressa da un certo stile di vita ben definito. L'onore sociale può essere direttamente collegato alla posizione di classe ed è generalmente in qualche modo condizionato dalla posizione media di classe dei membri del gruppo di *status*, ma non è necessariamente così. D'altra parte, l'appartenenza ad un gruppo di *status* influenza a sua volta la posizione di classe in quanto lo stile di vita adeguato allo *status* preferisce certi tipi di proprietà o di attività economica e ne rifiuta altri». MAX WEBER, *Sociologia delle religioni*, UTET, Torino 2013 (1920), p. 306.

<sup>57</sup> «Le serment eut tant de force chez ce peuple, que rien ne l'attacha plus aux lois. Il fit bien des fois pour l'observer ce qu'il n'aurait jamais fait pour la gloire et pour la patrie». In *De l'esprit des Lois*, Lib. VIII, Cap. XIII, *Effet du serment sur un peuple vertueux*.

<sup>58</sup> MARCO CAVINA, *Il sangue dell'onore. Storia del duello*, Laterza, Bari 2005, p. 6.

religioso sia stato di molto preceduto da una funzione puramente bellica.<sup>59</sup> Il duello fu, per così dire, una sineddoche della guerra: lo si celebrava come una parte di quel tutto che andava scongiurato. Per non incorrere in costosi spargimenti di sangue due gruppi ostili eleggevano due o più campioni che si sarebbero battuti in rappresentanza del proprio clan, combattendo una guerra in miniatura. Alcuni esempi celebri: Ettore e Achille, Manlio Torquato e il Gallo, gli Oriazi e i Curiazi. Ma è lo scontro tra Davide e Golia, dov'è sottinteso il favore di Dio per il popolo eletto, ad affermarsi come modello di riferimento, quando, a poco a poco, il duello comincia a mascherare la propria natura di semplice prova di forza e a proporsi come «portatore di verità»<sup>60</sup>. Quando, cioè, la monomachia diventa giudizio di Dio.

Le fonti del diritto non consentono di stabilire con precisione in che momento questo istituto abbia cessato di essere strumento di risoluzione delle liti private per diventare una prova dotata di regole ben definite. Fu la più comune tra tutte le ordalie e una delle principali istituzioni dei popoli settentrionali<sup>61</sup>, che lo usarono per veicolare l'indeterminata violenza legata alla vendetta privata, finalmente relegata a un piano simbolico<sup>62</sup>.

Diffusosi nelle regioni mediterranee in concomitanza con lo sfaldamento dell'Impero romano, il duello mantenne a lungo inalterata la propria matrice germano-barbarica. Vi si faceva ricorso sia nelle cause penali che civili, come estrema risorsa d'accesso a quella certezza che l'accertamento positivo dei fatti non sempre era in grado di produrre, «espressione di una civiltà giuridica in cui le dimensioni della religione, della morale e del diritto venivano percepite insieme ed indistintamente nell'unità del verbo divino»<sup>63</sup>. Il giudice, dall'esito dello scontro, avrebbe colto la sentenza inappellabile della divinità.

Fu soprattutto, però, un'istituzione di ceto. Il diritto longobardo lo riservava esclusivamente agli uomini liberi e allo stesso modo, nel successivo mondo feudale, fu un privilegio di nobili e militari. Non tutti gli uomini, infatti, potevano far valere le proprie ragioni con la *pugna*; per risolversi in modo conforme alla verità, la battaglia doveva essere conforme alle regole sociali della dignità e dell'onore. Come il giuramento, quindi, anche il duello era soggetto a rigide distinzioni *ratione dignitatis*<sup>64</sup>. Questa connotazione elitaria, via via che l'istituzione mutava

---

<sup>59</sup> Per una dettagliatissima bibliografia sul dibattito circa le origini del duello cfr. ENNIO CORTESE, *Il processo longobardo tra romanità e germanesimo*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, Atti della Settimana di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 7-13 aprile 1994, Tomo I, Spoleto 1995, p. 630 ss; VERONKA SZOKE, *Il duello giudiziario germanico tra diritto e letteratura*, Cuec, Cagliari 2006.

<sup>60</sup> ENNIO CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, cit., p. 104.

<sup>61</sup> MARCO CAVINA, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 11.

<sup>62</sup> VICTOR GORDON KIERNAN, *Il duello. Onore e aristocrazia nella storia europea*, Marsilio, Venezia 1991, p. 17.

<sup>63</sup> MARCO CAVINA, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 8.

<sup>64</sup> Nell'Europa feudale, tuttavia, le parti si battevano comunemente mediante campioni stipendiati, detti *pugiles*. figure avvolte da infamia sociale, benché alcuni giuristi ne legittimassero il ruolo e ne innalzassero la condizione, paragonandoli alle figure degli avvocati, che pure non prestavano gratuitamente i loro servizi. C'è da aggiungere

struttura nelle revisioni dei diritti feudale e canonico, si andò affermando su quella religiosa, fino a che il duello non assunse quella fisionomia che si conserverà per lo più inalterata per tutta l'epoca moderna e contemporanea nella forma del duello per punto d'onore, o *singulare certamen*. Pur distinto dalla mera vendetta privata, questo tipo di *pugna* consentiva a nobili e cavalieri di risolvere le proprie contese al di fuori di qualsiasi intromissione dello Stato<sup>65</sup>. Al di fuori, ma sotto la sua egida<sup>66</sup>. Un semplice accordo tra le parti, privo del consenso formale dell'autorità, sarebbe infatti rientrato nel novero delle risse e dei privati abbattimenti, mancando il principale fine del duello, che consisteva nella salvaguardia dell'onore attraverso il combattimento di una «guerra giusta», giusta perché riparante un'ingiustizia, ovvero una *in-iura*, atto che lede l'ordine giuridico vigente. Siamo lontani dalla vanagloriosa ostentazione di forze nel duello in torneo, altra forma di *pugna* che pure si protrarrà con varia fortuna nell'Europa moderna; al combattimento d'onore, una volta depurato dai suoi più imbarazzanti profili extra-giuridici, si attribuisce il compito di attuare la giustizia naturale per mezzo di una specie di vocazione innata, ereditata con il sangue e che con il sangue deve poter essere realizzata, in un sistematico rinvio analogico a istituti e principi ampiamente riconosciuti dal sistema giudiziario<sup>67</sup>. La *pugna* proseguì la propria esistenza in modo autonomo rispetto alle altre *species* di giudizi ordalici, e ben più a lungo, come pratica sociale delle classi alte a difesa dell'onore.

---

però che il campione sconfitto, dal diritto longobardo fino a Federico II, era condannato a morte o, in alcuni casi, sottoposto al taglio della mano in quanto spergiuo, giacché, prima dello scontro, egli doveva giurare sul buon fondamento della causa da lui difesa. Cfr. *Ivi*, pp. 28-9.

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 41.

<sup>66</sup> «Il sistema di potere che si affermò in Europa a partire dal XV secolo, il cosiddetto Stato assoluto moderno, portò con sé un riassetto politico e istituzionale che in breve sottrasse il giudizio penale alle comunità e alle loro logiche relazionali, relegandolo interamente nelle mani degli apparati. Di questa evoluzione, come si vedrà, la tortura giudiziaria fu uno dei sintomi più emblematici. Entro tale contesto è dunque difficile inquadrare l'affermazione del duello per punto d'onore e l'ampia autonomia che a esso veniva attribuita da filosofi, letterati e giuristi; a meno che non si consideri che quando tale sistema «germinò nelle viscere della società europea, tra basso medioevo e la prima età moderna, [...] lo Stato moderno già si veniva minacciosamente e impetuosamente affermando, ma non si era ancora compiutamente imposto. Altre vie erano ancora possibili, altri modelli di rapporto tra la società civile e l'autorità pubblica, tra gli interessi di ceto e l'interesse pubblico». *Ivi*, p. 42.

<sup>67</sup> *Ivi*, p. 47.

## 2. Il «periodo protostorico»: ordalia come *examinatio*. Secoli VI-VIII

Prima di essere qualificata come *purgatio*, l'ordalia è stata lungamente designata con il termine di *examinatio*.<sup>68</sup> Nei suoi *dicta*, Graziano usa questa parola per riferirsi all'intera procedura volta a stabilire giuridicamente i fatti che danno vita al processo.<sup>69</sup> Almeno fino all'VIII secolo, l'unica forma di ordalia unilaterale citata dalle fonti è la cosiddetta *examinatio aquæ ferventis*, o *examinatio caldarice*, l'ordalia dell'acqua bollente, o del calderone, di cui la prima testimonianza si trova nella prima recensione della Legge Salica (510 ca.),<sup>70</sup> dove si parla esplicitamente «de manu ad inium redemenda» (tit. 53). La stessa procedura, circa ottant'anni dopo, è descritta con grande *pathos* da Gregorio di Tours nel *De gloria martyrum*, dove un alterco sui temi della fede tra un prete ariano e un prete cattolico viene pubblicamente risolto grazie al pericoloso giudizio del calderone: «accenditur ignis, aenus super ponitur, fervet valde, annulus in unda ferventi projicitur...»;<sup>71</sup> l'ariano deferirà la prova al cattolico, il quale riuscirà a estrarre l'anello dall'acqua bollente ponendo così fine alla disputa.

Quello di Gregorio di Tours, storico dei merovingi, è uno dei pochissimi racconti di giudizio ordalico dell'Alto Medioevo<sup>72</sup>. Ma, a dispetto di un eloquente silenzio, le fonti forniscono almeno due certezze su quello che Robert Bartlett ha definito il «periodo protostorico» dell'ordalia germanica: che quella del calderone è stata, almeno fino all'VIII secolo, l'unica forma praticata di ordalia unilaterale e che, con ogni probabilità, questo costume non ha origini pangermaniche, bensì Franche<sup>73</sup>. Nelle leggi dei Burgundi, degli Alemanni e dei Bavari l'ordalia unilaterale non viene mai nominata; nessun riferimento neppure nel più antico codice scritto degli Inglesi, quello di Etelberto del Kent emanato nel 604; le leggi Sassoni, codificate nell'802, non ne fanno menzione. Per trovare una testimonianza che ne attesti l'uso al di fuori del mondo Franco bisogna aspettare le leggi Irlandesi, comunemente note come

<sup>68</sup> JEAN GAUDEMET, *La société ecclésiastique dans l'Occident médiéval*, Ashgate Publishing, Londra 1938, p. 154.

<sup>69</sup> Rigettando le ordalie come mezzo per pervenire a una verità processuale, Graziano trasferisce alla procedura regolare di *probatio* e *inquisitio* il termine *examen* o *examinatio*, che designava l'ordalia. Cfr. HASSO JAEGER, *La preuve judiciaire d'après la tradition rabbinique et patristique*, in *La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, I, 16, p. 554.

<sup>70</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, pp. 5-7.

<sup>71</sup> GREGORIO DI TOURS, *De gloria martyrum*, Maternum Cholinum, Colonia 1583, cap. 81, pp. 106. La prima edizione risale al 590 ca.

<sup>72</sup> Ed è, sicuramente, l'unico dettagliato. Lo storico Edward James lo ha letto come testimonianza della prima diffusione della legge Franca tra le popolazioni gallo-romane. EDWARD JAMES, *The Origins of France*, Macmillan, Londra 1982, p. 88.

<sup>73</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, pp. 4-12.

leggi di Brehon, emanate da William O'Reilly nel VII secolo (la data è incerta), nelle quali si fa riferimento a un *fir caire*, o *fir fogerrta*, la «verità» o la «prova del calderone», talvolta anche definita *fir De*, la «verità di Dio», che può essere interpretata come equivalente del *iudicium Dei*. A parte il caso eccezionale dell'Irlanda<sup>74</sup>, il primo codice germanico a citare l'ordalia del calderone è quello di Ine, del Wessex, emanato intorno al 690; seguono il codice Visigoto di Chindasvindo (642 ca.), quello Longobardo di Rotari (643) e la legge dei Frisi, ma qui siamo ormai nell'VIII secolo.

---

<sup>74</sup> Paul Hyams ritiene che la diffusione delle ordalie in tutto il territorio inglese sia il risultato di influenze franche. Cfr. PAUL R. HYAMS, *Trial by Ordeal: the Key to Proof in the Early Common Law*, in MORRIS S. ARNOLD (a cura di), *On the Laws and Customs of England. Essays in Honor of Samuel E. Thorne*, University of North Carolina Press, Chapel Hill 1981, p. 109.

### 3. Istituzionalizzazione dei giudizi di Dio. Secoli IX-XIII

A partire dal IX, i giudizi di Dio conoscono una vigorosa stagione di rinascita sotto l'impulso della dinastia carolingia<sup>75</sup>. Da questo momento in poi le tracce documentarie si moltiplicano, le descrizioni si arricchiscono di dettagli. Dall'originaria prova del calderone, l'unica praticata per quasi cinque secoli, si evolvono rapidamente innumerevoli altre specie: quella dell'acqua fredda, dei tizzoni ardenti, della bara, dell'offa, della caldaia pendente, della bilancia, della sorte, dell'interramento, solo per citare le più importanti. I giudizi di Dio si diffondono in breve tempo nell'intera Europa continentale e in Inghilterra; i sovrani li invocano per far fronte a crisi politiche interne ed esterne, per liberarsi di rivali insidiosi e cortigiani infedeli, ripudiare mogli sterili o intriganti. Si apre l'era delle ordalie delle regine: Teutberga di Lotaringia, Riccarda di Svevia, Cunegonda di Lussemburgo, Emma di Normandia; consorti illustri accusate, spesso tendenziosamente, di elaboratissimi crimini sessuali, che le leggende vogliono tutte innocenti, intente a impugnare ferri ardenti o a camminare su vomeri infuocati<sup>76</sup> senza colpo ferire. Il *topos* letterario, assai fiorente tra IX e XI secolo, riflette un prototipo storicamente autentico: si riteneva che l'ordalia fosse il migliore strumento per la risoluzione di accuse inerenti alla condotta sessuale, non solo quelle rivolte alle regine, ma alle donne di qualunque strato sociale. Il legame tra ordalia e crimini sessuali femminili diventa talmente stretto che la prova del ferro o del calderone è talvolta prescritta esclusivamente per le donne di cattiva reputazione, come nel celebre caso del *fuero de Cuenca*<sup>77</sup>. Alcune legislazioni ne prevedono l'uso anche per l'accertamento di reati sessuali

---

<sup>75</sup> «The protohistorical period [of the ordeal] ends in the reign of Charlemagne. This is partly because there is more surviving evidence from this period, but also because there really was a new emphasis on the ordeal. References in the laws and accounts of actual cases multiply dramatically from the early ninth century. There is a real Carolingian efflorescence of trial by ordeal. From this period on, it is possible to write a true history of trial by fire and water». In ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 9. Cfr. anche JEAN GAUDEMET, *La société ecclésiastique dans l'Occident médiéval*, cit., p. 155; cfr. anche ID., *Les ordalies au Moyen Âge, doctrine, législation et pratique canonique*, cit., p. 125. Sul duello giudiziario, invece, la dinastia carolingia ebbe l'effetto contrario, rallentandone per qualche tempo la diffusione. Il duello tornò in auge sotto Ottone I, che nel 967 riunì una dieta a Verona ed emanò diverse norme volte a ribadire la fattispecie da definire col duello. Su questo vedi ENNIO CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, cit., p. 105.

<sup>76</sup> Teutberga di Lotaringia si servì, com'era costume per le donne, di un campione.

<sup>77</sup> Sul ruolo della donna nel *fuero de Cuenca* cfr. SALVADOR CLARAMUNT RODRIGUEZ, *La mujer en el fuero de Cuenca*, Anuario de Estudios Medievales, 12, Institut d'Historia Medieval de la Universitat de Barcelona, Barcellona 1982, pp. 183-204; sulla prova del ferro incandescente nei *fueros* di Turuel e di Cuenca, considerati per molti versi identici, cfr. MARIA LÚZ RODRIGO ESTEVAN, *La prueba del hierro candente en los fueros de Teruel y Albarracín*, in JOSÉ MANUEL LATORRE CIRIA (a cura di), *Los fueros de Teruel y Albarracín*, IET, Turuel 2000, pp. 87-96. Un altro esempio dello strettissimo legame tra la condotta sessuale delle donne e l'ordalia si trova nella *Mishnah* (Sotah 2.2), nella quale si prescrive l'ordalia solo per le donne accusate di adulterio. Il tema della

maschili quali l'incesto e la sodomia (ma anche, come indicato nella legge norvegese del Frosthating (1260 ca), i rapporti carnali con bovini)<sup>78</sup>. L'ordalia si rivelò particolarmente adatta anche alle esigenze dei grandi movimenti politico-religiosi: i riformatori gregoriani la invocarono contro i simoniaci; Papato e Impero se ne servirono durante la lotta per le investiture, ciascuno a sostegno della propria causa<sup>79</sup>. La Chiesa latina, che già da tempo ne prescriveva l'uso contro maghi e streghe,<sup>80</sup> cominciò a ricorrervi regolarmente in tutte quelle cause di fede in cui le normali procedure d'inchiesta risultavano inadeguate. L'ordalia di Gregorio di Tours ne rappresenta un precedente ancora incompiuto: infatti, se fino al XII secolo non era infrequente che una diatriba religiosa sfociasse in un'ordalia extragiudiziale allestita lì per lì per risolvere la questione, la progressiva dilatazione del concetto e del sospetto di eresia, nonché del raggio d'azione delle misure disciplinari e giudiziarie messe in campo per reprimerla, portarono a una vera e propria istituzionalizzazione degli *Iudicia Dei*<sup>81</sup>, divenuti strumento legale privilegiato per l'investigazione e la repressione degli errori della fede<sup>82</sup>. Nel momento in cui la Chiesa cominciava a ostacolarne la celebrazione, la casistica dei reati connessi all'ordalia era ormai diventata vastissima. Si andava dal furto alle dispute di proprietà, dai reati sessuali a quelli d'opinione. Ciò non significa, naturalmente, che l'ordalia

---

sessualità femminile è rilevantisimo nella storia dell'ordalia, (come lo sarà, successivamente, in quella della tortura giudiziaria delle streghe). Basti pensare che, dal Codice di Hammurabi, ai Numeri, alle consuetudini taoiste e buddiste, fino al Rāmāyaṇa e alle leggende sulle vestali romane, l'ordalia figura quasi esclusivamente come strumento di indagine e repressione dei reati sessuali femminili. Sul rapporto tra donne e ordalia cfr. anche ARIEL GLUCKLICH, *Sacred Pain. Hurting the Body for the Sake of the Soul*, Oxford University Press, New York 2001, in particolare p. 19 ss.

<sup>78</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 19.

<sup>79</sup> Sul ruolo dell'ordalia nella Riforma Gregoriana vedi COLIN MORRIS, *Judicium Dei. The Social and Political Significance of the Ordeal in the Eleventh Century*, in DEREK BAKER (a cura di), *Church. Society and Politics*, vol. 12, Basil Blackwell, Oxford 1975, pp. 95-111, in particolare pp. 103-8.

<sup>80</sup> Già Carlo il Calvo sentenziava, intorno all'845, che le streghe, per essere riconosciute, andavano sottoposte al giudizio di Dio. Simili disposizioni si trovano nelle leggi Anglo-Sassoni, Spagnole e Norvegesi. Diverse testimonianze attestano l'uso della cosiddetta ordalia dell'acqua fredda per l'accusa di stregoneria. In questo tipo di prova non era l'annegamento, come nell'ordalia del fiume, a provare la colpevolezza, bensì il galleggiamento, quale testimonianza del rifiuto della natura ad accettare il corpo della strega. L'ordalia dell'acqua fredda divenne anzi l'ordalia delle streghe per eccellenza. Il galleggiamento era associato al loro particolare carattere aereo; si riteneva infatti che le streghe fossero portate per vocazione alle forme più varie di movimento sospeso quali, appunto, il galleggiamento, il volo, la smaterializzazione. GIORGIA ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Bari 2001, pp. 11-2. Sullo stesso argomento vedi anche NORMAN COHN, *Europe's Inner Demons. The Demonization of Christians in Medieval Christendom*, Basic Books, New York 1975; EDWARD PETERS, *The Magician, the Witch and the Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1978.

<sup>81</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 22. La fase di declino dell'ordalia giudiziaria è comunemente collocata tra l'anno 1000 e il 1250, dunque proprio nel periodo indicato da Bartlett come uno dei momenti culminanti della istituzionalizzazione dei giudizi di Dio. Il diciottesimo canone del Quarto Concilio Lateranense, nel quale si proibiva ai chierici di officiare ordalie, può giustamente essere considerato l'atto formale più determinante nella storia della loro estinzione giuridica. Tuttavia, come messo in rilievo da Bartlett e da altri, se le fonti ci dicono che nel XII secolo l'esenzione dall'ordalia era considerata un privilegio, non dicono affatto che quest'ultima fosse ormai in una fase di declino. Su questo cfr. *infra* in questo stesso capitolo.

<sup>82</sup> L'eretico, nel Medioevo, era comunemente definito *calido ferro signatus*. Cfr. JEAN GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Age. Doctrine*, cit., p. 133.

fosse la prova giudiziaria più diffusa, né tantomeno la favorita.<sup>83</sup> Ad essa erano da preferirsi l'esame di prove scritte o di evidenze materiali, la compurgazione e, in special modo, la deposizione dei testimoni. In epoca di procedimenti orali si riteneva infatti che la prova testimoniale per eccellenza fosse quella umana: «poniamo maggiore fede nella testimonianza orale di testimoni viventi piuttosto che nella parola scritta». Sono parole di Papa Callisto II<sup>84</sup>. Alla testimonianza divina si poteva ricorrere per ovviare all'assenza di quella umana, come suggeriva Ivo di Chartre<sup>85</sup>. In un caso, tuttavia, i due tipi di testimonianza non si escludevano a vicenda: poteva infatti accadere che, se la situazione lo esigeva, i testimoni interpellati fossero costretti a sostenere l'ordalia per corroborare la propria deposizione, come in una sorta di riscontro incrociato tra affermazione umana e divina. Nei *Capitula synodica* (cap. 24), Incmaro di Reims racconta il caso di un presbitero accusato di illecita frequentazione con donne, nel cui processo, dei sette testimoni chiamati a giurare e deporre sui fatti dell'accusa, uno avrebbe dovuto attestare l'attendibilità degli altri sei sottoponendosi all'ordalia<sup>86</sup>. Similmente, in un capitolare italico di Pipino si stabiliva che, qualora un testimone o un compurgatore fosse stato sospettato di spergiuo, avrebbe dovuto sostenere il duello o la prova della croce «ut ipsa veritas vel periurium fiant declarata»<sup>87</sup>.

L'ordalia aveva dunque due funzioni fondamentali: colmare le lacune gnoseologiche sul fatto, testare l'attendibilità di chi poteva colmare quelle lacune. Questa funzione risolutiva di qualsiasi situazione lacunosa la rendeva, in sostanza, una sorta di *deus ex machina* giudiziario, al punto che essa poté essere invocata persino in quelle cause, del tutto atipiche, nelle quali mancava la figura chiave dell'accusatore. È infatti noto che, nonostante la procedura altomedievale si fondasse interamente sull'accusa mossa da un privato, il quale, incaricandosi di dimostrarne la fondatezza, assumeva su di sé le conseguenze di un eventuale fallimento, potevano verificarsi situazioni nelle quali la figura dell'accusatore risultava formalmente assente; e anche questa lacuna, la più sorprendente di tutte, poteva essere colmata

---

<sup>83</sup> Lo storico Richard Southern riscontrava «a tendency to fly to the ordeal in all matters of doubt whatsoever», intendendo egli l'ordalia come «the main instrument of judicial proof» [RICHARD W. SOUTHERN, *The Making of Middle Ages*, Londra 1953]. Tuttavia, negli ultimi cinquant'anni, il ruolo della prova ordalica è stato enormemente ridimensionato. Essa non fu, com'è chiaro, l'unico mezzo di prova, ma neppure, com'è noto, il più diffuso.

<sup>84</sup> Robert Bartlett (p. 28) cita Ubaldo Pasqui, *Documenti per la storia della città di Arezzo nel Medioevo* (1899).

<sup>85</sup> IVO DI CHARTRE, *Epistola* 252, in JACQUES-PAUL MIGNE, *Patrologia Latina*, Imprimerie Catholique, Parigi 1844-1849, 162, p. 258.

<sup>86</sup> ANTONIA FIORI, *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale. Storia e disciplina della purgatio canonica*, Vittorio Klostermann, Francoforte sul Meno 2013, p. 144.

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 138-9 e n. 96. In simili casi, come ha notato Mathias Schmoeckel, la verità ricercata dall'ordalia risultava più formale che rivelata, il che ne mette in luce lo stretto rapporto con la tortura. MATHIAS SCHMOECKEL, *La survivance de la torture après la chute de l'Empire romain jusqu'à l'aube du Jus Commune*, in BERNARD DURAND, LEAH OTIS-COUR (a cura di), *La torture judiciaire. Approche historique et juridique*, Centre d'histoire judiciaire, Lille 2002, pp. 315-329, in particolare p. 329.



dall'ordalia. Il Capitolare di Quierzy (873) ordinava che, se un servo della gleba fosse stato genericamente sospettato di un crimine e, una volta condotto dinnanzi al conte, non fosse comparso alcun accusatore, egli avrebbe comunque dovuto mondare la propria reputazione attraverso l'ordalia.<sup>88</sup> Ancora, secondo le leggi magiare di san Ladislao (XI secolo), se un villaggio si creava la fama di essere un ospizio di ladri, un uomo ogni dieci del suddetto villaggio doveva impugnare il ferro incandescente per liberare la collettività da un tale sospetto<sup>89</sup>. Secondo le Assise di Gerusalemme (XIII secolo), se un gruppo di persone portava davanti alla corte un uomo sostenendo di averlo trovato accanto a un cadavere ancora caldo, aggiungendo che questi, da loro interrogato, aveva ammesso l'omicidio invocando però l'autodifesa, allora il giudice, se l'uomo confermava le proprie dichiarazioni, gli avrebbe ordinato di impugnare il ferro incandescente.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 29.

<sup>89</sup> *Ivi*, p. 30.

<sup>90</sup> In quest'ultimo caso, l'accusa risulterebbe formalizzata dall'accusato medesimo. AUGUSTE-ARTHUR BEUGNOT, *Assises de Jérusalem ou recueil des ouvrages de jurisprudence composés pendant le XIIIe siècle dans les royaumes de Jérusalem et de Chypre. Assise de la Cour des bourgeois*, Imprimerie Royale, Parigi 1843, vol. II, p. 217.

#### 4. Ambiguità dell'ordalia: scopi e funzioni. Alcune ipotesi storiografiche

Se l'ordalia era funzionale alla conclusione del processo, poteva anche esserlo alla sua stessa celebrazione. Un ruolo così trasversale poté essere svolto a condizione di un ampissimo spettro di pertinenze, circostanza che ne determinò, oltre che l'efficacia, l'ambiguità; ambiguità che oggi troviamo riflessa nel disaccordo sul modo in cui essa debba essere interpretata. La storiografia, indirizzata prima dall'antropologia tayloriana, poi dalla sociologia del diritto di area franco-tedesca<sup>91</sup>, ha inizialmente interpretato l'ordalia come l'emblema di un sistema di prove arcaico (Lea, Patetta, Lévy-Bruhl),<sup>92</sup> frutto di una «mentalità paralogica e religiosa»<sup>93</sup>, istituto sospeso a metà tra pena, tortura e divinazione (Lea, Patetta, Baldwin)<sup>94</sup>, per individuarvi, in un secondo tempo, ora uno strumento di coesione sociale (Brown, Hyams)<sup>95</sup>, ora un istituto fatto *ad hoc* per le classi sociali svantaggiate, che non avrebbero potuto affrontare il giudizio col giuramento (Glotz, Lévy, Morris, Whitman)<sup>96</sup>. La presenza della confessione nei rituali ordalici<sup>97</sup>, in particolar modo carolingi, ha portato una certa parte della storiografia ad applicare agli *iudicia Dei* la prospettiva evoluzionista, immaginandone la storia come una sorta di progressiva contaminazione dei loro contenuti più

<sup>91</sup> I due rappresentanti più importanti di quella che è nota come «la nuova scuola della sociologia del diritto» furono Theodor Geiger e Henri Lévy-Bruhl, autore, quest'ultimo, di un testo di riferimento sulla storia dei sistemi di prova, *La preuve judiciaire: étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Riviere, Parigi 1964. Di stampo empirista, la scuola di Geiger e Lévy-Bruhl avviava negli anni Sessanta una serie di studi comparativi piuttosto inediti rispetto al metodo della sociologia giuridica classica, volti a individuare l'influenza esercitata sull'evoluzione del diritto da specifici fenomeni giuridici relativi alla prassi (*law in action*) e proponendo attraverso l'analisi di questi una serie di nuove riflessioni sui grandi temi teorici del diritto.

<sup>92</sup> HENRY CHARLES LEA, *Superstition and Force. Essays on the Wager of Law, the Wager of Battle, the Ordeal, Torture*, Collins, Philadelphia 1866; FEDERICO PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Fratelli Bocca, Torino 1890.

<sup>93</sup> JEAN GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Âge*, cit., p. 100.

<sup>94</sup> JOHN W. BALDWIN, *The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 against Ordeals*, «Speculum», 36, 1961, pp. 613-636.

<sup>95</sup> PETER BROWN, *Society and the Supernatural. A Medieval Change*, Daedalus 104, 1975, pp. 133-51;

PAUL HYAMS, *Trial by Ordeal: The Key to Proof in the Early Common Law*, cit.

<sup>96</sup> GUSTAVE GLOTZ, *L'ordalie dans la Grèce primitive*, Fontemoing, Parigi 1904; JEAN-PHILIPPE LÉVY, *L'évolution de la preuve*, cit.; COLIN MORRIS, *Judicium Dei*, cit.; JAMES Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit.

<sup>97</sup> Si distingue tra la *confessione dopo l'ordalia*, finalizzata al riconoscimento di colpe ormai manifeste; la *confessione prima dell'ordalia*, sempre collegata al rituale di una messa introduttiva del giudizio (le formule attestano che al convenuto, giunto il momento della comunione, veniva chiesto di confessare le proprie colpe) e sempre associata all'ordalia dell'acqua fredda, la meno cruenta; il fine di questa confessione era di mettere alla prova l'attore sul piano morale prima della prova fisica vera e propria; infine la *confessione durante l'ordalia*: il luogo di celebrazione è sempre la chiesa, il reato è sempre il furto, la prova è normalmente quella dell'offa: il colpevole si troverà la gola ostruita finché non confesserà il proprio delitto. Cfr. DOMINIQUE BARTHÉLEMY, *Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies (IXe-XIIIe siècle)*, in *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Actes de la table ronde, Rome, 28-30 mars 1984, Collection de l'École française de Rome, 88, École Française de Rome, Roma 1986, pp. 194-201.

genuini (e primitivi) da parte della prova della confessione, il che avrebbe fortemente contribuito all'evoluzione in senso moderno del giudizio<sup>98</sup>. Secondo questa prospettiva, le ordalie medievali furono, in sostanza, un'anticipazione della tortura. Dominique Barthélemy ha respinto questa interpretazione: la confessione non ebbe in realtà un ruolo così determinante nei rituali ordalici, notoriamente «plurifunzionali», e metterli in relazione alla tortura sulla base della presenza di confessioni prima, durante e dopo la prova significa ignorare l'importanza attribuita alla sua spontaneità, requisito che una confessione estorta in linea con lo schema classico della tortura avrebbe ovviamente inficiato; così che il parallelo tra le due è valido solo quando l'ordalia «est imposée, dégradante et vise à l'aveu d'une culpabilité par le suspect: conditions qui ne se rencontrent précisément que dans les formes les plus 'modernes', et non dans les épreuves proposées et disculpatriques, même si celles-ci sont douloureuses»<sup>99</sup>.

In questo coro di interpretazioni, che a ben vedere non si contraddicono davvero l'un l'altra, la funzione investigatrice degli *iudicia Dei* non è stata quasi mai messa in dubbio, almeno in quanto prerogativa ufficiale e formale di quelle prove. Recentemente, però, James Q. Whitman ha protestato energicamente contro l'idea di ordalia come «fact-finding institution». Egli attribuisce questa linea interpretativa, a tutti gli effetti maggioritaria, a un peccato originale contratto dagli storici del romanticismo tedesco e in particolare da Jacob Grimm, che nel suo celebre studio sulla mitologia tedesca, *Deutsche Mythologie* (1835) individuò nei giudizi divini un mezzo di investigazione legale degli *arcana* strettamente connesso all'oracolo e alla divinazione. Herman Nottarp, padre della moderna letteratura giuridica tedesca, riprese nel secondo dopoguerra la tesi di Grimm in *Gottesurteilstudien* (1956), riconoscendo in quegli *arcana* una verità inaccessibile, ma non sui fatti dell'accusa, bensì sulla qualità dell'accusato. Quest'ultimo, messo alla prova, avrebbe rivelato o la propria debolezza e vacuità morale, o il proprio vigore e la propria rettitudine. L'ordalia sarebbe stata dunque un valido mezzo per portare allo scoperto i membri degenerati del *Volk* ed escluderli dalla società. Essa restava, in questo modo, uno strumento di investigazione nelle cause dove non c'erano evidenze per emettere una sentenza; anche perché – ed è merito di Nottarp l'averlo sottolineato – era soprattutto l'assenza di testimoni a determinarne il ricorso.

Whitman, oltre a rubricare quella di Nottarp come una «aggressive Nazi reading»<sup>100</sup>, dissente dall'idea che la mancanza di testimoni debba equivalere, nel processo medievale, ad una

---

<sup>98</sup> È questa una delle tesi di HERMANN NOTTARP, *Gottesurteil studien*, Bamberger Abhandlungen und Forschungen, Monaco 1956.

<sup>99</sup> DOMINIQUE BARTHÉLEMY, *Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies*, cit., p. 212.

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 96.

assenza di evidenze. Tale assenza sarebbe infatti puramente formale: l'accusato sottoposto all'ordalia è già, nella coscienza collettiva e del giudice, colpevole, solo che le regole del processo non consentono ancora di condannarlo. La vera funzione dell'ordalia sarebbe quindi «to acquit persons known to be guilty»<sup>101</sup>, assolvere persone risaputamente colpevoli, o, più precisamente, indurli a confessare, proprio come farà la tortura. Per Whitman, interpretare l'ordalia come un istituto per l'investigazione dei reati significa banalizzarne il senso, ignorare una quantità di fonti e peccare di anacronismo, immaginando «societies in which perpetrators were completely unknown much more frequently than was actually the case»<sup>102</sup>, e il difetto degli studi avviati a partire dagli anni Ottanta sarebbe quello di non essersi emancipati dalle idee di Grimm e di Nottarp.

Non è chiara, tuttavia, la ragione per cui queste due linee interpretative dovrebbero escludersi a vicenda. L'ordalia era, prima di tutto, un istituto decisorio, il cui fine era il *probatum*, ovvero una «certezza» sia per le parti e per il giudice<sup>103</sup>. La natura sincretica della giustizia medievale, la polisemia dei suoi vocaboli, l'incertezza e varietà della sua codificazione non sembrano ammettere semplificazioni, non permettono di fissare in un unico concetto la materia di questo *probatum*. Talvolta essa sarà stata, in accordo con Whitman, la conferma puramente formale di una convinzione preesistente, ma, anche in questo caso, la sua funzione era di produrre *certezza*. È vero, cionondimeno, che i membri delle comunità medievali non ritenevano che lo scopo principale della giustizia fosse quello di scoprire colpevoli. Infatti, se dal punto di vista processuale l'ordalia fu sicuramente una «fact-finding institution», da un punto di vista antropologico essa ha rappresentato anche un mezzo di salvezza *in extremis* offerto agli imputati di basso rango; idea, questa, non nuova alla storiografia, ma sulla quale Whitman ha posto una particolare enfasi. Senza dubbio l'ordalia era destinata alle *infames personae*; e in questo senso, dovendo essa rimuovere l'*infamia* dall'accusato, il suo scopo è stato quello di confermare, oppure di ridimensionare, la condizione sociale del convenuto.

L'idea che la colpevolezza o innocenza dell'imputato fosse già nota *prima* della celebrazione dell'ordalia ha avuto una certa eco negli studi recenti. L'ipotesi è stata alimentata dalla frequenza, in parte attestata dalle fonti, dei verdetti di innocenza. A tal proposito, una certa parte della storiografia ha ritenuto emblematiche le dichiarazioni di Guglielmo II detto Il Rosso, re d'Inghilterra dal 1087 al 1100: cinquanta uomini hanno commesso dei reati forestali, un crimine particolarmente odioso per il sovrano; tutti sottoposti all'ordalia del

---

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 70.

<sup>102</sup> *Ivi*, p. 74.

<sup>103</sup> FRANCA SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*, Giuffrè, Milano 1968, p. 28, nota 7.

ferro incandescente, tutti vengono scagionati, al che il sovrano esclama: «What is this? Is God a just judge? Perish the man who after this believes so. For the future, by this and this I swear it, answer shall be made to my judgment, not to God's, which inclines to one side or to the other in answer to each's man prayer»<sup>104</sup>. Scontento del verdetto d'innocenza, il re afferma che quel tipo di prova non è affidabile; che Dio è portato, per un verso o per l'altro, a esaudire le preghiere degli uomini. Il brano è spesso citato a sostegno della tesi secondo cui gli osservatori del Medioevo non credevano alla realtà dell'ordalia. Tra questi, Franco Cordero, per il quale «stupiscono tanti miracoli, anche in un'epoca visitata da frequenti folate soprannaturali»<sup>105</sup>; da cui il sospetto che gli *experiments* divini fossero in buona sostanza alterati. Ma da cosa? O da chi? La domanda se l'era già posta Montesquieu, concludendo che le mani callose dell'uomo medievale avrebbero potuto facilmente resistere al contatto con l'acqua e il ferro bollenti<sup>106</sup>. Su ipotesi come questa hanno lavorato anche Margaret Kerr, Richard Forsyth e Michael Plyley, che con l'ausilio di metodi statistici e fonti molto eterogenee sono giunti alla conclusione che le ordalie fossero tendenzialmente organizzate per scagionare imputati tendenzialmente colpevoli<sup>107</sup>. Gli autori chiamano in causa, ad esempio, il cosiddetto effetto Leidenfrost, o calefazione, fenomeno fisico che si produce quando una sostanza liquida entra in contatto con una superficie dalla temperatura significativamente più alta del suo punto di ebollizione; accade allora che lo strato più esterno della sostanza evapori, producendo uno strato gassoso isolante che impedisce al liquido di raggiungere rapidamente la temperatura di ebollizione. Si può supporre che gli attori chiamati a sostenere l'ordalia del ferro incandescente sudassero a sufficienza da innescare l'effetto Leidenfrost? Forse. L'articolo cita il resoconto di un fisico nucleare tedesco che nel 1975 si recò nelle isole Fiji per studiare le «fire-walking demonstration», scoprendo che, a dispetto della temperatura dei carboni che raggiungeva i 315 gradi, la pelle delle piante dei nativi non superava mai i 65°<sup>108</sup>. Esempi come questo suggeriscono che alle prove ordaliche più ricorrenti potessero corrispondere consolidate strategie di successo, più o meno naturali. Sembra tuttavia

<sup>104</sup> Caenegem, che riporta il brano, sostiene che si tratta di un pezzo «quasi unico» nel suo genere. Cfr. ROUL CHARLES VAN CAENEGEM, *English Lawsuits from William I to Richard I*, vol. I, Selden Society, Londra 1991, lawsuite n. 150, p. 122.

<sup>105</sup> FRANCO CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari 1981, p. 474.

<sup>106</sup> «Qui ne voit que, chez un peuple exercé à manier des armes, la peau rude et calleuse ne devait pas recevoir assez l'impression du fer chaud ou de l'eau bouillante, pour qu'il y parût trois jours après ? Et, s'il y paraissait, c'était une marque que celui qui faisait l'épreuve était un efféminé. Nos paysans, avec leurs mains calleuses, manient le fer chaud comme ils veulent. Et, quant aux femmes, les mains de celles qui travaillaient pouvaient résister au fer chaud». *De l'esprit des lois*, Lib. XXVIII, Cap. XVII, *Manière de penser de nos pères*.

<sup>107</sup> MARGARET H. KERR, RICHARD D. FORSYTH, MICHAEL J. PLYLEY, *Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England*, in «Journal of Interdisciplinary History», 22, 1992.

<sup>108</sup> *Ivi*, p. 591.

riduttivo ricondurre l'intero fenomeno alla presunzione di un generale ispessimento della cute o all'effetto Leidenfrost. Come sarebbe riduttivo ipotizzare che la forza della suggestione, in uomini avvezzi a continue incursioni soprannaturali, fosse tale da annullare il decorso fisico di cause naturali.<sup>109</sup> Anche Federico Patetta, pur non rifiutando l'idea che vi fossero occasionali manipolazioni da parte del clero, non ne ammette la generalità, né la frequenza: «Faremo rilevare l'impossibilità di nascondere queste frodi per lunghi secoli, e specialmente là dove il sacerdozio non è monopolio di una casta. Del resto, se può facilmente capirsi la frode di certe prove quali quelle del veleno, in altre prove la frode sarebbe difficilissima o assolutamente impossibile»<sup>110</sup>. Per Cordero, invece, l'unica soluzione plausibile è che ad alterare l'esperimento fossero coloro che vi presenziavano dal primo all'ultimo istante, che avevano il compito di allestirlo e di interpretarne il significato, i sacerdoti.<sup>111</sup> Recentemente questa stessa ipotesi è stata esplorata in termini non convenzionali da Peter Leeson, che ha utilizzato un modello economico per dimostrare che gli *iudicia Dei* furono, nella realtà, degli *iudicia cleri*. L'ordalia, secondo Leeson, aveva davvero lo scopo di distinguere i colpevoli dagli innocenti, e questo era precisamente il suo effetto dal momento che gli imputati, credendo fermamente nell'intervento di Dio, avrebbero acconsentito alla prova soltanto nel caso in cui fossero stati innocenti, mentre i colpevoli, spaventati, avrebbero tentato di risolvere la causa per altre vie, ad esempio scegliendo di confessare. Il clero e le autorità giudiziarie, consapevoli di ciò, avrebbero allestito le ordalie in modo tale da favorire gli innocenti e scoraggiare i colpevoli. I sacerdoti, di fatto, potevano manipolare l'intero esperimento intervenendo sulla temperatura del ferro e dell'acqua e confondendo le figure chiamate a certificarne il calore. Ciò non implica, puntualizza Leeson, che il clero non credesse realmente nell'ordalia, quanto che esso fosse persuaso di possedere uno speciale potere interpretativo del giudizio divino, e che questo potere, nella pratica, fosse influenzato dalle medesime leggi psicologiche che spingevano un imputato a sottoporsi o a sfuggire all'ordalia. Queste leggi sono espresse, per l'esattezza, dalla «teoria della scelta razionale», insieme di principi elaborati dagli economisti del XIX secolo (Smith e Riccardo in particolare) secondo cui ogni individuo pondera le proprie scelte in base a un computo autonomo tra i costi e i benefici relativi alle conseguenze di ogni scelta. In un mondo in cui la fede nell'intervento divino non è messa in discussione, la media tra costi e benefici sconsiglia persino agli scettici, quei pochi, a rischiare la sorte, specie se il sospetto che le ordalie possano davvero formalizzare il giudizio divino è abbastanza forte da

---

<sup>109</sup> TOMMASO SORRENTINO, *Storia del processo penale. Dall'ordalia all'Inquisizione*, Rubbettino, Catanzaro 1999, p. 79.

<sup>110</sup> FEDERICO PATETTA, *Le ordalie*, cit., IX, § 29.

<sup>111</sup> FRANCO CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 474.

produrre «a separating equilibrium» in virtù del quale i preti continuano a non condannare imputati innocenti.<sup>112</sup> Questa idea sarebbe supportata anche dall'elevata percentuale dei

---

<sup>112</sup> PETER LEESON, *Ordeals*, in «Journal of Law and Economics», vol. 55, University of Chicago, 2010, p. 16. Un equilibrio separatore, nel linguaggio economico, si verifica quando agenti di tipo diverso scelgono lo stesso tipo di azioni, ovvero, tradotto nei termini che qui ci interessano, quando sia gli scettici che i creduli scelgono per convenienza lo stesso tipo di azione, in modo tale che «the superstition-supported equilibrium» risulta «self-confirming», contribuendo quindi alla persistenza della «superstition», intesa qui come fede nell'intervento divino. Questo meccanismo autoalimentante farebbe sì che i colpevoli, anche scettici, tendano sempre a rendere manifesto al sistema legale la propria colpevolezza. Su questo, vale la pena riportare per intero, a beneficio dei curiosi, la funzione con cui Leeson ritiene di poter risolvere l'incognita degli scettici all'interno del suo quadro di «law and economics of superstition»: «Skeptics pose a potential problem for ordeals. Innocent skeptics may decide they don't want to hazard ordeals because they fear the possibility that boiling water will boil them, burning iron will burn them, and so on. If everyone passes ordeals, innocent skeptics' fear disappears. But then the problem raised above emerges: guilty skeptics may decide they want to hazard ordeals. In both cases pooling occurs, destroying ordeals' ability to distinguish guilty persons from innocent ones. How did ordeal-administering priests overcome this problem? They condemned a positive proportion of probands. To see how this worked explicitly, consider a defendant,  $j$ , ordered to an ordeal, where  $j \in \{jg, ji\}$ . When  $j$  is guilty of the crime he's been accused of,  $j = jg$ . When  $j$  is innocent of the crime of the he's been accused of,  $j = ji$ .  $j$  can undergo the ordeal or decline it. When  $j$  undergoes the ordeal and it finds him guilty, he earns  $\beta$ . When  $j$  undergoes the ordeal and it finds him innocent, he earns  $0$ . If  $j$  declines the ordeal, he earns  $\emptyset$  where, as in Frithogor's case considered above,  $0 > \emptyset > \beta$ .  $j$  is a skeptic. He believes ordeals may be *iudicia Dei*, but also believes they may be a sham perpetrated by crafty priests. Let  $\rho \in (0, 1)$  measure the strength of  $j$ 's belief that ordeals are *iudicia Dei*, where  $\rho$  is the probability that  $j$  assigns to God revealing his guilt through the ordeal if  $j = jg$ , or the probability he assigns to God revealing his innocence through the ordeal if  $j = ji$ .  $j$ 's priest condemns a proportion of defendants who undergo ordeals equal to  $\gamma \in (0, 1)$  and  $j$  knows probands' historical success rate. From  $jg$ 's perspective, if ordeals are *iudicia Dei*,  $\gamma$  reflects guilty persons who hazarded ordeals and failed, which would happen to him if he underwent the ordeal since he's guilty. If ordeals are a sham,  $\gamma$  reflects random priestly condemnations of defendants who undergo ordeals and thus the probability that he'd be condemned at the ordeal if he underwent it.  $jg$  therefore declines the ordeal if  $\rho\beta + (1 - \rho)\beta\gamma < \emptyset$ , which is true for any  $\gamma > (\emptyset - \rho\beta) / (\beta - \rho\beta)$ . From  $ji$ 's perspective, if ordeals are *iudicia Dei*,  $\gamma$  reflect guilty persons who hazarded ordeals and failed, which wouldn't happen to him if he underwent the ordeal since he's innocent. If ordeals are a sham,  $\gamma$  reflects random priestly condemnations of defendants who undergo ordeals and thus the probability that he'd be condemned at the ordeal if he underwent it.  $ji$  therefore undergoes the ordeal if  $\rho\beta + (1 - \rho)\beta\gamma > \emptyset$ , which is true for  $\gamma < \emptyset / (\beta - \rho\beta)$ . To ensure a separating equilibrium, the priest must condemn enough probands to deter guilty skeptics from wanting undergo ordeals (which would create a pooling equilibrium that involved all defendants choosing to undergo ordeals), but not so many probands as to also deter innocent skeptics from wanting to undergo ordeals (which would create a pooling equilibrium that involved all defendants declining ordeals). Specifically, the priest must condemn  $\emptyset / (\beta - \rho\beta) > \gamma > (\emptyset - \rho\beta) / (\beta - \rho\beta)$ . Since, where  $\rho \in (0, 1)$  and  $0 > \emptyset > \beta$ ,  $\forall \rho : \emptyset / (\beta - \rho\beta) > (\emptyset - \rho\beta) / (\beta - \rho\beta) \Rightarrow \exists \gamma : \emptyset / (\beta - \rho\beta) > \gamma > (\emptyset - \rho\beta) / (\beta - \rho\beta)$ . By adjusting the proportion of probands he condemns, the priest can use ordeals to support a separating equilibrium for any positive level of belief that ordeals are *iudicia Dei*. The priest prefers not to condemn any innocent persons. Therefore he sets  $\gamma = \gamma^* \equiv (\emptyset - \rho\beta) / (\beta - \rho\beta) + \epsilon$ , which minimizes the number of innocent probands he must condemn to ensure separation given the strength of individuals' belief that ordeals are *iudicia Dei*. Looking at  $\gamma^*$ , it's easy to see that the optimal proportion of probands the priest condemns falls as individuals' belief that ordeals are *iudicia Dei* rises. As  $\rho \rightarrow \emptyset / \beta$ , which is the lowest level of belief that prevents a pooling equilibrium in which both guilty and innocent persons choose to undergo ordeals without the priest needing to condemn any innocent probands,  $\gamma^* \rightarrow 0$ . And, as  $\rho \rightarrow 0$ ,  $\gamma^* \rightarrow \emptyset / \beta$ , which is the highest proportion of innocent probands the priest can condemn without driving all defendants into a pooling equilibrium in which both guilty and innocent persons decline ordeals. Above I pointed out that when individuals' belief that ordeals are *iudicia Dei* is complete ( $\rho = 1$ ), and priests condemn no probands, the resulting separating equilibrium is self-confirming: every person who has experience with an ordeal has an experience that confirms his belief that ordeals are *iudicia Dei*. This is also true when individuals are skeptics if their belief that ordeals are *iudicia Dei* is strong enough to produce a separating equilibrium without priests condemning any innocent probands, which is when  $\rho \geq \emptyset / \beta$ . When individuals are skeptics and their belief falls below this threshold, things are slightly different. Priests must condemn  $\gamma^* > 0$  of probands and the separating equilibrium that emerges is semi-, but non completely, self-confirming. As when individuals' belief that ordeals are *iudicia Dei* is complete, in this case too, only innocent probands undergo ordeals. But now some innocent probands are condemned. These individuals have experiences that contradict their belief that ordeals are *iudicia Dei* instead of confirm it. The trouble these individuals pose for ordeals is

verdetti di innocenza, di cui Leeson riporta alcuni (pochi) esempi tratti dalla casistica ungherese e inglese<sup>113</sup>.

A prescindere dal fatto che la storiografia europea, a differenza di quella americana, non ha alcuna familiarità con l'idea secondo cui il significato di un fenomeno storico può essere colto grazie alla corretta applicazione di un modello matematico<sup>114</sup>, quel che non convince nella tesi di Leeson è il voler ricondurre ad una sola causa l'efficacia legale dei giudizi divini. Senz'altro l'ordalia del ferro incandescente – che era la più diffusa, ma non l'unica - poteva essere organizzata in modo tale da fornire buone *chance* di salvezza all'attore; senz'altro il numero di verdetti miracolosi è tale da suscitare leciti interrogativi intorno alle loro effettive circostanze. Tuttavia, se la decisione di sottoporsi o meno al giudizio ordalico fosse comunemente dipesa dalla volontà dell'accusato, il quale, se colpevole, avrebbe saggiamente evitato di andarvi incontro, non si spiega l'insistenza sul precetto canonico della spontaneità (solo l'imputato che si offre «spontaneamente» può produrre un risultato probante), precetto che sarà poi ribadito soprattutto nelle critiche all'ordalia; né si spiega come, se la manipolazione sacerdotale sia stata la regola, non si conosca alcuna fonte autorevole che abbia avanzato sospetti in proposito, o che se ne sia lamentata<sup>115</sup>. Una riflessione di Pascal sul miracolo può aggiungere qualcosa, se non sulla verità storica in sé, sulla verità che un intellettuale di profonda fede poteva ritenere più probabile:

Considerando come si spiega che ci siano tanti falsi miracoli, false rivelazioni, sortilegi, ecc., mi è sembrato che la vera causa risieda nel fatto che ce n'è di veri, perché non sarebbe possibile che ci fossero tanti falsi miracoli se non ce ne fossero di veri, né tante false rivelazioni se non ce ne fossero di vere [...], perché se niente di tutto ciò fosse esistito, è impossibile che gli uomini se lo siano immaginato, e ancora più impossibile che tanti altri lo abbiano creduto. Ma dal momento che si sono

---

small. Consider the kinds of problems an innocent person condemned by an ordeal can create. He can proclaim his innocence and tell everyone that ordeals are a sham. But this is the same thing a truly guilty person would do. So no one's belief is affected. Alternatively, he can exploit his knowledge that ordeals are a sham by committing crimes and hoping to be ordered to ordeals. But in this case he confronts the priest repeatedly. The priest, suspicious of the repeat proband, condemns him, foiling the proband's plan», pp. 14-7.

<sup>113</sup> *Ivi*, pp. 22-4.

<sup>114</sup> Per un rigido modello esplicativo della resistenza di alcune superstizioni a fronte della «razionalizzazione» della società rimando a DREW FUDENBERG, DAVID K. LEVINE, *Superstition and Rational Learning*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2006; per una più specifica trattazione sulla possibile relazione tra modelli di analisi economica, norme sociali e norme giuridiche cfr. ERIC A. POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2009.

<sup>115</sup> TOMMASO SORRENTINO, *Storia del processo penale*, cit., p. 79. Un passaggio delle Costituzioni di Melfi, tuttavia, sembra alludere al fatto che gli operatori della prova dell'acqua fredda potevano intervenire con qualche artificio per impedire che l'attore andasse a fondo: «Eorum etiam sensum, non tam corrigendum, doximus quam deridendum qui naturalm candentis ferri calore tepescere, immo (quod est stultium) frigescere, nulla iusta causa superveniente confidunt, aut qui reum criminis constitutum ob conscientiam laesam tantum asserint ab aquae frigidae elemento non recipi, quam submergi potius acris competentis retentio non permittit», *Liber constitutionum Regni Siciliae*, lib. II, tit. XXXI.



verificate veramente grandi cose, e per questo sono state credute da grandi uomini, da ciò è derivato che quasi tutti si sono messi nelle condizioni di credere anche alle cose false; ma dunque, invece di concludere che, poiché ci sono tanti falsi miracoli, non ce ne sono di veri, bisogna dire al contrario che i veri miracoli esistono perché ce ne sono stati di falsi, e che ce ne sono di falsi per il fatto che ce ne sono di veri [...].<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> BLAISE PASCAL, *Pensieri*, a cura di Bruno Nacci, Garzanti, Milano 2002, *Carte tagliate in attesa di classificazione*, serie XXVI, n. 626.

## 5. Il giuramento di purgazione

L'idea che la verità dell'imputato – la verità in lui e su di lui: quella sulla sua natura e sulla sua condotta – fosse in buona parte nota, o fortemente presunta, prima del momento del giudizio, trova in un certo modo conferma nelle circostanze del giuramento purgatorio. Esisteva infatti un'ultima risorsa offerta alla giustizia umana per non scomodare in modo troppo diretto quella divina: il vuoto di evidenze, di testimoni oculari, persino di accusatori, sarebbe potuto essere colmato dal giuramento, se solo vi fossero state le condizioni adatte a celebrarlo. Anche questo particolare istituto era, in un certo senso, un'ordalia<sup>117</sup>. Chiamava in causa Dio, lo interpellava come mallevadore, ma differiva il suo intervento diretto a un futuro non necessariamente definito, un intervento che in questo modo mostrava di aver poco a che spartire con l'immediata e cruenta ostensione della verità divina<sup>118</sup>.

Il diritto romano non aveva adoperato il giuramento come istituto di purgazione, e pur invalidando l'uso di riferire il termine *purgatio* a un'accusa (nel senso di liberazione da un'accusa), nelle fonti romane il verbo non è mai collegato all'istituto dello *iusiurandum*,<sup>119</sup> il quale normalmente si prestava o per dar forza a una promessa (giuramento promissorio), o per confermare la verità di un fatto (giuramento assertorio), ma, pur essendo *affirmatio religiosa*, non produceva alcuna obbligazione e aveva semmai lo scopo di rafforzarne una già esistente,<sup>120</sup> a differenza del giuramento purgatorio, che prevedeva come esito immediato

---

<sup>117</sup> E tuttavia, in senso stretto, non lo era. «In sé, il giuramento di purgazione non è altro che un giuramento assertorio, con una funzione decisoria, e che ha ad oggetto una dichiarazione di innocenza. Non è un'ordalia, a meno che l'ordinamento processuale – ammettendo le ordalie – non gli attribuisca una funzione ordalica. Non è una prova, a meno che l'ordinamento – consentendo le prove negative – non gli attribuisca una funzione probatoria. Non è un privilegio, se non quando l'ordinamento – prevedendo per tutti gli altri un diverso regime – non ne limiti l'applicazione a categorie predeterminate di soggetti». ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>118</sup> Un'eccezione è rappresentata dal giuramento sulle reliquie. In quel caso si pensava che il castigo avrebbe seguito immediatamente lo spergiuro; «e così avveniva che vi erano delle reliquie le quali ottenevano una venerazione particolare che faceva sì che le stesse assai di sovente portate in mezzo alle più dibattute questioni. Sin dai tempi di s. Agostino, si possono seguire le tracce di pratiche di questo genere, che sono non solamente ricordate, ma anche imitate da questo padre della chiesa [Agostino, *Epist.* 78], ed in un'epoca un poco più recente si trovano delle numerose leggende che ricordano come il peccatore spergiuro cadesse a terra privo di sensi oppure rimanesse rigido e senza moto nell'atto di prestare un giuramento falso [Gregorio di Tours, *De gloria martyrum*, cap. 58]. Considerati sotto questo punto di vista, i giuramenti erano delle vere e proprie ordalie». HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 23.

<sup>119</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 11-2-

<sup>120</sup> L'unica eccezione, secondo Gaio, era lo *iusiurandum liberti*, giuramento attraverso il quale lo schiavo manomesso si obbligava dinanzi al *fas* a compiere certe opere in favore del *patronus manumissor* e a ripetere, una volta liberato, lo stesso giuramento davanti allo *ius*. Secondo Gaio, «item uno loquente... haec sola causa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio. Sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum: nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus» (*Institutiones*, 3.96). In questo caso l'obbligazione nasce dalla pronuncia dei *verba* da

l'assoluzione o la condanna del *reus* e produceva come effetto implicito una particolare obbligazione nei confronti di Dio.

Se il giuramento purgatorio sia stato un'invenzione germanica è questione tutt'ora dibattuta. L'opinione prevalente è che i diritti popolari germanici assommarono il ricordo dello *iusiurandum* romano alla successiva innovazione purgatoria introdotta dalla Chiesa.<sup>121</sup> Gli stranieri, così come gli schiavi, non potevano giurare, in quanto privi di uno *status* giuridico, condizione che derivava, *in primis*, dall'onore, qualità su cui il censo non esercitava un influsso determinante. La nobiltà d'animo, infatti, non era valore da considerarsi vincolato ai beni materiali e la vera ricchezza, tanto nelle società germaniche che in quella feudale, era legata a precisi valori etici. Non a caso la parola *pauper*, come notato da Gurevic, indica non soltanto l'indigente, ma l'insignificante, l'*ignobilis*, il cui opposto è *nobilis*, parola che connota l'insieme delle qualità positive dell'individuo.<sup>122</sup> Costui soltanto è ammesso a giurare, poiché la sua *fides*, «suprema regolatrice dei rapporti umani»<sup>123</sup>, può essere considerata di fatto una certezza. E, considerato sotto questo aspetto, il giuramento non può che apparire un'ordalia parziale, perché, mentre questa è invocata per colmare un vuoto assoluto – di evidenze, di

---

parte del soggetto che sta assumendo l'obbligo e si perfeziona *uno loquente*. Cfr. ELEONORA NICOSIA, *Promissio iurata liberti?*, «Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo (AUPA)», Vol. LVI, Giappichelli Editore, Torino 2013, pp. 101-111.

<sup>121</sup> Come fa notare Lea, il giuramento ebbe un grande rilievo soprattutto presso i Visigoti, popolazione che conservò più di ogni altro il costume dei romani [HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 14]. Anche i Longobardi riconobbero un'importanza fondamentale all'istituto come alternativa alle prove più cruente. Tutti i popoli germanici ne fecero comunque uso [FRANCA SINATI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*, cit., p. 99]. La prassi, tuttavia, andava ben oltre i confini delle popolazioni germaniche. Giuravano anche le popolazioni celtiche e i cristiani occidentali e orientali, ben prima che la Chiesa ufficiale ammettesse ufficialmente i giuramenti nella sua normazione [ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 9]. Non è semplice, tuttavia, individuare le differenze tra il regime classico e quello postclassico dell'istituto, così come non lo è stabilire quando e come la consuetudine di richiedere giuramenti nelle cause dubbie si sia effettivamente diffusa. Un frammento di Gaio (D.12.2.31) sembrerebbe anticipare al II secolo la prassi di ricorrere al giuramento *in dubiis causis*, suggerendo una provenienza romano-volgare del giuramento di purgazione; Biondo Biondi (*Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, 1913) ha messo in dubbio l'origine gaiana del frammento, attribuendolo a Giustiniano e posticipando dunque la diffusione di tale uso al VI secolo. Commenta al tal proposito Antonia Fiori: «In effetti, come ha ricordato Dieter Simon [*Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß*, 1969] non solo dai vicini *Volksrechte* [in questo caso, le *leges nationum germanicarum*], ma anche dalla madrepatria greca e dall'intero mondo ellenistico, il diritto romano avrebbe potuto attingere l'idea che il giudice decidesse i casi dubbi in base alla prestazione d un giuramento: l'Egitto tolemaico conosceva i giuramenti di purgazione, continuò a conoscerli la prassi provinciale egizia, ed ugualmente sono attestati in Siria almeno dal V secolo, e nella tradizione giudaica. Dunque, a voler prendere per buona l'ipotesi interpolazionista del Biondi, ne conseguirebbe che anche la prassi romana, in epoca giustiniana, abbia risentito di una generale tendenza a ricorrere al giuramento per la risoluzione delle controversie. Nello stesso VI secolo, potremmo dunque argomentare, il proliferare dei giuramenti ha portato Gundobado [re dei Burgundi] a preferire il duello [al giuramento], Giustiniano a rendere il *iusiurandum* una prova legale e a regolamentarlo aumentandone le *species*, Gregorio Magno a farne un istituto del diritto canonico». ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 13-4. Per quanto riguarda il dibattito tra XIX e XX secolo sulle origini del giuramento di purgazione, si veda ancora Antonia Fiori alle pp. 5-8.

<sup>122</sup> ARON JAKOVLEVIC GUREVIC, *Le categorie della cultura medievale*, Bollati Boringhieri, Milano 1983 (1972), p. 168.

<sup>123</sup> La frase, con particolare riferimento alla *fides* nel mondo della Roma repubblicana, è di CARLO VENTURINI, s.v. *ius iurandum*, in *Enciclopedia Virgiliana*, Vol. III, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma 1987, p. 73.

testimoni, di attendibilità delle dichiarazioni, il giuramento interviene in un vuoto già parziale, che lo *status* dell'accusato, di per sé, vale a rendere meno oscuro. Quindi, ciò che nell'ordalia deve essere interamente verificato, nel giuramento in parte lo è già.

Non che l'esito del giuramento purgatorio fosse scontato per il solo fatto che un accusato vi fosse ammesso. In una delle leggi di Edoardo il Vecchio si legge:

Abbiamo inoltre dichiarato, in riferimento agli uomini che sono stati accusati di spergiuro: se l'accusa è stata provata, o se il giuramento per loro conto è venuto meno, o è stato superato da testimonianze più convincenti, mai più venga concesso loro il privilegio di purgarsi con il giuramento, ma solo con l'ordalia.<sup>124</sup>

Il fallimento della prova, peraltro, non doveva essere un evento così raro, se si considerano le numerose insidie cui il giuratore andava incontro. Le formule, innanzi tutto. Proferite in atmosfere di tesa sacralità, erano spesso dei veri e propri scioglilingua, frasi complesse dalle cadenze rituali, da salmodiare percorrendo scale vocali di crescente difficoltà e, per di più, con la memoria quale unica ausilio, memoria già resa incerta, si può presumere, dall'emozione e dal turbamento generati dalla cerimonia.<sup>125</sup> «Il diritto dei popoli primitivi è formalista. Di un formalismo che riflette le medesime ragioni del loro linguaggio gesticolare. Sedimenti magici trapelano dal formalismo. Le cerimonie ossessive sulle quali incombono mille segni sono un eccellente mezzo di prova così come i gesti sono mezzi di espressione. Giudici attenti annotano le pause, sottolineano gli errori, confrontano le dissonanze, analizzando il corpus delle parole e dei gesti per desumere dalla perfetta corrispondenza con le formule [...] il mancato rispetto del rituale, significano una sola cosa: colui che si allontana dal testo, chi ha infranto la procedura immemore [...], è colpevole; e Dio non tollera che il colpevole possa vincere nel processo»<sup>126</sup>.

Alla difficoltà dell'esperimento in sé si aggiungeva poi quella di radunare degni compagni con cui dividerlo, ripartendone le gravi responsabilità legali. Il giuramento, infatti, doveva essere corroborato da quello di un certo numero di congiuratori, detti *compurgatores*, o *sacramentales*, figure scelte tra i conoscenti dell'accusato che avevano la funzione di attestarne la sincerità. Essi, a differenza del convenuto che giurava *de veritate*, cioè sulla verità dei fatti, dovevano giurare *de credulitate*, ovvero sulla buona fede del giuratore. Il numero, di

<sup>124</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 31.

<sup>125</sup> Cfr. FRANCO CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 465 e ss.; cfr. anche JEAN-LUC CHASSEL, *Le serment par les armes. (Fin de l'Antiquité - Haut Moyen Age)*, in *Le serment*, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, Parigi 1989, pp. 79-110.

<sup>126</sup> TOMMASO SORRENTINO, *Storia del processo penale*, cit., pp. 64-5.

cui la metà doveva essere selezionata dalla controparte, dipendeva da alcune variabili: natura dell'accusa, *status* delle parti, *status* dei compurgatori e metodo di reclutamento. L'omicidio ne richiedeva, di norma, un numero elevatissimo - dodici è la cifra più classica, stabilita dalla *Lex Burgundionum* come da varie altre leggi e consuetudini, ma in alcuni casi particolari si giunse a richiederne addirittura trecento<sup>127</sup>. All'accusa, inoltre, era sufficiente che un compurgatore si rifiutasse di giurare per vincere la causa, eventualità niente affatto remota dal momento che i compurgatori, in caso di giudizio sfavorevole, sarebbero stati processati per *credulitate*, o addirittura puniti con la medesima pena prevista in origine per l'accusato. Là dove si risparmiava sul numero dei *compurgatores*, si largheggiava in celebrazioni: Gregorio di Tours, accusato di aver parlato male della regina Fredegonda, poté purgarsi da solo, senza bisogno di compurgatori, ripetendo la formula di giuramento davanti a tre diversi altari e dopo aver celebrato una messa su ciascuno di essi<sup>128</sup>.

Nell'ambito di un processo potevano essere chiamati a giurare anche i testimoni, o *testes*<sup>129</sup>, qualora le loro condizioni lo consentissero. In alcuni casi, il giuramento del convenuto e dei suoi *compurgatores* doveva corroborare la deposizione di un testimone;<sup>130</sup> in altri, prima di giurare, veniva chiesto al testimone di sottomettersi all'ordalia.

I giuramenti di purgazione erano entrati ufficialmente nella normazione canonica alla fine del VI secolo attraverso alcune decretali di Gregorio Magno,<sup>131</sup> dando inizio a un processo di assimilazione che nel corso dei successivi sei secoli avrebbe portato alla configurazione della cosiddetta *purgatio canonica*, istituto ammesso dal diritto canonico in contrapposizione alla *purgatio vulgaris* (ordalia unilaterale, duello), risultato di una «pluralità di tradizioni normative concorrenti»<sup>132</sup>, ovvero dell'apporto delle dottrine pontificie e della tradizione

<sup>127</sup> È il numero previsto per l'accusa di omicidio, e in particolare di veneficio, dalle leggi del Galles. *Ivi*, p. 66.

<sup>128</sup> HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 18-9.

<sup>129</sup> Nel linguaggio stringato delle fonti coeve si intendono con questa parola anche i *compurgatores* e i *testes instrumentari*, figure che assistevano alla redazione del titolo contestato.

<sup>130</sup> ENNIO CORTESE, *Il processo longobardo cit.*, p. 639. Sia detto per inciso che i testimoni avevano generalmente un peso assai maggiore di quello dei compurgatori. Nel diritto longobardo, ad esempio, per fronteggiare tre testimoni competenti erano necessari dodici compurgatori. Cfr. HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 55

<sup>131</sup> Per una rassegna e un esame di queste decretali, considerate fondanti per la disciplina del giuramento, vedi la circostanziata analisi che ne fa Antonia Fiori *op. cit.*, p. 48-52.

<sup>132</sup> «La pluralità di tradizioni normative concorrenti, che ha caratterizzato nell'Alto Medioevo la vita del giuramento canonico di innocenza, sarà successivamente portata a sintesi dall'elaborazione dottrinale dei secoli bassomedievali, che per la prima volta – pur con molte incertezze – darà vita ad una disciplina coerente ed unitaria. La storia del giuramento di purgazione è fortemente contrassegnata da questa scansione temporale [...]. Nell'Alto Medioevo il giuramento rappresentava in pieno 'il carattere decentrato del diritto ecclesiastico' [H.J.BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, 1998]. La normazione conciliare delineata dalle Chiese locali (specialmente delle Chiese franche), è stata spesso discordante con la legislazione pontificia, e condizionata piuttosto dalle consuetudini laiche territoriali. Alle diverse tradizioni normative concorrenti corrispondevano differenti concezioni del processo canonico e, di conseguenza, differenti applicazioni del giuramento purgatorio. Si è così creato un bagaglio di antinomie che, fino a Graziano, la canonistica ha cercato di risolvere o con interventi di alterazioni dei testi – nel tentativo di renderli quanto possibile conformi alla tradizione della Chiesa romana –, o

delle Chiese locali, in special modo franche. Dunque, una disciplina nuova per un istituto antico e «per certi versi primitivo», il cui disegno definitivo – definitivo nell’ottica del diritto canonico – emergerà proprio dalla contrapposizione con l’ordalia. La definizione classica di *purgatio* - e della relativa espressione *se purgare*<sup>133</sup>, che tanta parte avrà nella storia della teoria sulla tortura - prende forma da questa originale antinomia: *purgatio canonica*, il giuramento, *purgatio vulgaris*, ordalia e duello. Queste due forme di purificazione giudiziaria saranno l’inevitabile oggetto di paragone per quei giuristi che, in modo più o meno originale, saranno chiamati a risolvere le ambiguità della tortura: non solo un mezzo di prova, ma uno strumento di rimozione della colpa o anche, ancora più esplicitamente, una *innocentiae ostensio*. Ma andiamo per gradi.

---

con una loro drastica selezione. Va interamente ascritto alla dottrina decretistica e decretalistica [...] il merito di aver reso un istituto antico, e per certi aspetti ‘primitivo’, uno strumento del tutto integrato nel processo canonico classico. I giuristi – seguiti, e quasi mai preceduti, da interventi normativi dei pontefici – hanno di fatto delineato la disciplina della *purgatio canonica*». *Ivi*, p. 16.

<sup>133</sup> La più specifica formula di *canonice se purgare*, invece, non alludeva in senso stretto al giuramento di purgazione, ma ad altre forme di purgazione ammesse dalle norme canoniche, come ad esempio l’ordalia dell’Eucarestia. Inoltre l’espressione poteva essere contrapposta a quella di *legaliter purgare*, tipo di purgazione che, pur rientrando nell’ambito dei *divina experimenta*, non era vietata dalle norme canoniche.

## 6. Da *examinatio* a *purgatio*. Purgazioni canoniche e purgazioni volgari

Nell'XI secolo papa Alessandro II emanò alcune decretali nelle quali definiva il giuramento *purificatio canonica* e l'ordalia, appunto, *lex vulgaris*.<sup>134</sup> Il termine *purgatio* cominciò a circolare nelle fonti circa un secolo dopo (in concomitanza, e non sembra un caso, con la creazione del Purgatorio)<sup>135</sup>; i decretalisti sanciranno la differenza in modo definitivo distinguendo i titoli delle collezioni canoniche in *de purgatione canonica* e *de purgatione vulgari*.<sup>136</sup>

Nel linguaggio del diritto romano il termine *se purgare*, per quanto frequente, aveva avuto un significato del tutto diverso da quello che il verbo avrebbe assunto nel mondo giuridico medievale. Nel Codice Teodosiano e nella compilazione giustiniana indicava l'azione di liberare se stessi, o altri (ad esempio i defunti), da un'accusa, nei termini di una vera e propria dimostrazione di innocenza, in armonia con il rigore empirico delle norme processuali romane: *innocentiam purgare* e *crimine se purgare* sono due delle espressioni più ricorrenti.<sup>137</sup> La parola, nel latino classico, faceva riferimento ad una generica espiazione della colpa, o all'atto del purificarsi (*poenitentia se purgare*); meno frequente nel suo uso retorico, la cui origine è stata ricondotta<sup>138</sup> a delle massime giovanili di Cicerone, dove *purgatio* indicava una sorta di autogiustificazione nella quale non era il fatto in sé per sé ad essere negato, ma la *voluntas* dietro il fatto a essere difesa<sup>139</sup>: «purgatio est, cum factum conceditur, culpa removetur» (*De inventione*, 11,15); e ancora: «purgatio est, per quam eius, qui accusatur, non factum ispum, sed voluntas defenditur» (*De inv.* 31,94). La colpa, non il fatto, viene rimossa o respinta dal *reus* che presta giuramento. Mentre nella *Rethorica ad Herennium*, trattato di autore ignoto che ebbe larghissima diffusione nel Medioevo, è di nuovo il fatto a essere negato dal *reus*: «purgatio est, cum consulto negat se reus fecisse» (14,24). Fu però l'interpretazione retorica ciceroniana a circolare nell'alto Medioevo grazie a Cassiodoro, Isidoro di Siviglia e Alcuino, che la ripresero fedelmente, dichiarando che «purgatio est per

<sup>134</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 17.

<sup>135</sup> JACQUES LE GOFF, *La nascita del Purgatorio*, Einaudi, Torino 1996.

<sup>136</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 17. Cfr. anche pp. 186-200.

<sup>137</sup> *Ivi*, pp. 3-4.

<sup>138</sup> HASSO JAEGER, *La preuve judiciaire d'après la tradition rabbinique et patristique*, cit., p. 535 ss.

<sup>139</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 1-2.

quam eius qui accusatur non factum ipsum, sed voluntas defenditur»<sup>140</sup>. Accanto al significato piano (espiatorio) e retorico (giustificatorio), che individuavano nella colpa l'oggetto principale dell'azione purgatoria, il linguaggio giuridico medievale gliene attribuì un terzo ancora differente, satisfattorio, in virtù del quale era l'accusa, e non la colpa, a essere oggetto della *purgatio* dal *reus infamatus*. Ne sono sinonimi, in questo caso, *excusare*, *satisfacere*, *negare*, *se defendere*, verbi che alludono sia al ripristino dell'onore pubblico, e questo per ciò che riguarda l'accusato, sia della pace pubblica, per ciò riguarda la collettività. In sostanza è quindi possibile affermare che la parola *purgatio*, nell'alto Medioevo, ebbe una doppia accezione, penitenziale e satisfattoria<sup>141</sup>, in parte fedele al significato attribuitole del latino classico, ma arricchito dal contenuto di redenzione dell'antropologia teologica cristiana e dalla tradizione retorica tramandata dai padri della Chiesa e delle Arti liberali, in parte permeato dai tratti accusatori e comunitari propri dell'ideologia giuridica germanica. Questo carattere ibrido, sfumato, complesso, che ora poneva l'accento sulla sfera interiore, ora su quella esteriore dell'accusato, ora su una funzione afflittiva e ora riparatoria dell'istituto, rispecchia la plurivocità del rito e del lessico giuridico medievale<sup>142</sup>. Le nette contrapposizioni messe in atto dal diritto europeo moderno, che avrebbe distinto tra pena e risarcimento, tra rito criminale e rito civile, sono ancora lontane. La *purgatio* si adatta alle più disparate situazioni di conflittualità: cause di proprietà, di confini, di violenze, di aggressioni, di stregoneria e di eterodossia; il giudice è libero di scegliere tra riti diversi: duello giudiziario o processo d'impronta romanistica; le procedure d'accertamento sono spesso indifferenziate, al punto che la medesima accusa può essere risolta in favore dell'ordalia come del giuramento; lo stesso vocabolario giuridico impiega termini dalle accezioni assai differenti, ma sempre intendendo il momento solenne del giudizio: *placitum*, *iudicium*, *ordalia*. Il *placitum*, che racchiude il vasto concetto dell'assemblea generale del popolo libero, ne mette in risalto la dimensione politica, incentrata sull'imposizione delle regole probatorie e sull'accordo tra le parti; il *iudicium*, diverso dal *processus* di epoca moderna<sup>143</sup>, indica l'azione giudicante dello scabino, figura designata dalla comunità per definire o determinare *iusti sive iuris*, limitandosi, quindi, alla dichiarazione ricognitiva «di un qualcosa che è già tale prima che sia riconosciuto o decifrato, ma che, tuttavia, senza quest'opera di – letteralmente – discernimento, è esposta

<sup>140</sup> CASSIODORO, *Institutiones*, 2.2.101; ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiae*, II.5; ALCUINO, *Dialogus de rethorica et virtutibus*, c.15.

<sup>141</sup> «Quare fit purgatio? Duppliciter: causa peccati et infamiae. Purgatio peccati fit per penitentiam, infamiae per sacramentum et aliter[...]. JOHANNES ADRIANUS CORNELIS JOSEPH VAN DE WOUW, *Notae Atrebatenses in Decretum Gratiani*, Dissertazione, Università di Leiden 1969, C.2 q.5 d.a.c. I.

<sup>142</sup> Cfr. GIORGIA ALESSI, *Il processo penale*, cit., pp. 15-7.

<sup>143</sup> Il *iudicium*, a differenza del *processus*, è improntato a una concezione extrastatuale dell'accertamento sul reato. Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, in *Rivista di diritto processuale*, IV, 1949.



al misconoscimento ed all'incertezza»<sup>144</sup>; l'*ordalia*, in fine, rito decisorio ricco di sfumature, sospeso tra sfera giudiziaria ed extragiudiziaria.

In questo continuo rimando e scambio di significati e di funzioni alternative, un tratto univoco accomuna i mezzi di purgazione, siano essi canonici o volgari, ed è la loro natura, per così dire, fenomenica. Le *purgationes* medievali non erano finalizzate a dimostrare, ma a manifestare l'innocenza o la colpevolezza dell'accusato. Più precisamente, come diranno i decretalisti, la *purgatio* è una *innocentiae ostensio*,<sup>145</sup> definizione che la distingue nettamente dalla *probatio*.<sup>146</sup> Se quest'ultima è una prova intesa come risultato di una dimostrazione di tipo logico-scientifico, l'*innocentiae ostensio* è una rivelazione più che una deduzione, il palesarsi immanente di una verità che dà adito a un incontrovertibile verdetto di innocenza o di colpevolezza. Tutto ciò che nel mondo visibile determina differenze materiali, graduazioni di valori, cause ed effetti, perde momentaneamente il proprio significato nel solenne momento del giudizio, quando lo spirito divino è chiamato a decidere il destino degli uomini. Come recita il Salmo (24, 4-5), «Chi ha mani innocenti e cuore puro, chi non pronunzia menzogna, chi non giura a danno del suo prossimo, otterrà benedizione dal Signore, giustizia da Dio sua salvezza». I mezzi di purgazione mostrano, non di-mostrano. Non sono quindi dei tradizionali mezzi di prova, ma degli *experimenta* nei quali vegono messi alla prova il corpo o lo spirito degli attori. A quei corpi e a quegli spiriti la giustizia attinge nella sua ricerca del *probatum*, una certezza, il cui rapporto con la *veritas rei* varia a seconda del modo in cui la procedura mette in relazione mezzi di prova e mezzi di purgazione;<sup>147</sup> infatti, «quanto più la purgazione fosse stata solo accessoria alla prova, tanto maggiore sarebbe stata l'aspirazione all'accertamento dei fatti; quanto più coincidente con essa, tanto minore la tendenza alla *veritas rei*»<sup>148</sup>. Una verità che, ad ogni modo, non è nella coerenza logica di deduzioni derivanti da precise premesse; da questo tipo di verità, infatti, si disinteressa la *purgatio*, il cui scopo non è l'acquisizione di una conoscenza concorde con la realtà, ma la decisione della vertenza secondo il percorso tracciato dalle regole probatorie<sup>149</sup>. Regole che tentano di non discostarsi troppo, nella loro essenza, da quelle della dialettica scolastica, il cui fine ultimo, secondo i maestri medievali, è *mentientem manifestare*,<sup>150</sup> quel disvelamento della menzogna in cui

<sup>144</sup> OTTAVIO DE BERTOLIS, *Origine ed esercizio della potestà ecclesiastica di governo in San Tommaso*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 2005, p. 82.

<sup>145</sup> ENRICO DA SUSA, *Summa*, cit., lib. V, tit. *De purgatione canonica*, v. 1: «Purgatio est de obiecto crimine innocentiae ostensio».

<sup>146</sup> Cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>147</sup> *Ivi*, p. 3.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> Secondo la definizione di prova formale in ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 526.

<sup>150</sup> *Ivi*, p. 524.

Aristotele aveva individuato uno dei principali compiti del sapiente.<sup>151</sup> La persuasione di una perfetta sintonia tra questo disvelamento e l'agente soprannaturale, insieme all'autorità morale di antiche consuetudini, manterranno salda per circa sei secoli la fede nelle *purgationes* legali.

---

<sup>151</sup>«Et haec duo secundum Philosophum [cioè Aristotele] pertinent ad opus sapientis, scilicet non mentiri de quibus novit, quantum ad primum; et mentientem manifestare posse, quantum ad secundum». TOMMASO D'AQUINO, *Commento al Corpus Paulinus. Expositio et lectura super Epistola Pauli Apostoli*, a cura di Battista Mondin, Vol. 5, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 2008, Lezione 3, p. 571.

## 7. Declino dell'ordalia

Uno degli aspetti più dibattuti dell'ordalia riguarda le ragioni del suo declino. Se nel XII secolo il sistema dei giudizi di Dio godeva ancora di buona salute, nel XIII era stato dismesso praticamente da tutte le corti d'Europa. Le possibili spiegazioni avanzate in merito dalla storiografia sono essenzialmente due. La prima è che la società, avendo attraversato tra XI e XIII secolo cambiamenti profondi quali la nascita delle città, la riscoperta delle fonti di diritto romano e l'affermazione degli Stati nazionali si trovò a poco a poco equipaggiata di categorie intellettuali tali da rendere obsoleta la logica probatoria dell'ordalia. Il difetto principale di questa ipotesi è che poggia implicitamente (o esplicitamente) su categorie ormai considerate irricevibili dalla storiografia, quali l'inferiorità o superiorità di specifici stadi di sviluppo sociale e la razionalità o irrazionalità delle formulazioni intellettuali a essi connessi. Tuttavia Peter Brown<sup>152</sup>, e in seguito Paul Hyams, hanno saputo affrancare da argomenti eccessivamente tayloriani la tesi della «rationalization of proof in Europe», fornendone una versione aggiornata, di stampo funzionalista. Quindi, dismesso l'argomento dell'irrazionalità (l'ordalia era perfettamente razionale se considerata in relazione ai problemi che le si chiedeva di risolvere)<sup>153</sup>, Brown e Hyams hanno interpretato il sistema dei giudizi divini come fondamentale strumento di consenso in un mondo fatto di molteplici e ristrettissime comunità, all'interno delle quali la prova ordalica esercitava un potere terapeutico e pacificatore. La sua fine sarebbe dovuta, dunque, allo smembramento di queste comunità, o meglio al loro accorpamento in società più dense e spersonalizzate<sup>154</sup>. Già Herman Nottarp aveva letto in questo senso la fine dei giudizi di Dio, individuando come causa principale la nascita delle città. Questa trasformazione avrebbe determinato una brusca frattura nel rapporto tra uomo e Natura, considerata da Nottarp il vero fondamento dell'ordalia, così che

---

<sup>152</sup> Secondo Peter Brown, l'ordalia aveva la funzione di spostare (shift) su Dio «the odium of human responsibility». Nelle piccole comunità medievali, infatti, testimoniare contro un uomo era un atto che poteva avere conseguenze disagevoli, sgradevoli, o perfino tragiche; invece di appesantire di questo rischioso ma necessario ufficio i membri della comunità, la giustizia trovava di gran lunga più conveniente, sotto ogni punto di vista, affidarlo a Dio. Cfr. PETER BROWN, *Society and the Supernatural*, cit., p. 313.

<sup>153</sup> Sul problema dell'irrazionalità dell'ordalia ci si soffermerà in modo approfondito nella *Premessa* al II capitolo.

<sup>154</sup> Al di là del legame che Brown e Hyams individuano tra nascita della città e declino dell'ordalia, è indubbio che la maturazione degli ordinamenti cittadini abbia prodotto cambiamenti profondi nella vita materiale e spirituale del Medioevo, e che questi cambiamenti andarono di pari passo con la nascita e lo sviluppo delle scuole di diritto romano, la cui influenza fu senz'altro uno dei fattori che contribuì in modo decisivo al declino dell'ordalia e del sistema processuale a cui essa era legata. L'origine di un fenomeno così capillare è stato oggetto di innumerevoli ipotesi da parte della storiografia, criticamente esaminate in ENNIO CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, cit., pp. 414-427.

essa, svuotata di senso, avrebbe perso il proprio ruolo nella società. Prova ne sia il fatto che, nel XII secolo, alcune comunità urbane ottennero di esserne esentate<sup>155</sup>. Robert Bartlett ha rifiutato questa interpretazione eccessivamente «depoliticizzata» in un noto passaggio di *Trial by Fire and Water*: prima di riflettere i bisogni della collettività, l'ordalia rifletteva quelli del re, del feudatario, del vescovo; «the right to hold ordeals was regalian»<sup>156</sup>, il principale scopo di quelle prove era di disciplinare sudditi potenzialmente insubordinati, più che di agire come collante sociale. Rimettere il verdetto a Dio significava, innanzi tutto, stabilirne l'irrevocabilità. Inoltre, la tesi del razionalismo borghese non tiene, e a dimostrarlo bastano le fonti e un po' di logica. È vero, ammette Bartlett, che vi furono esoneri per le città, e anche importanti (Londra, ad esempio, lo ottenne nel tardo XII secolo), ma non furono così numerosi; inoltre, se il punto chiave fosse davvero l'urbanizzazione, come si spiega il fatto che nel XIII secolo una città altamente urbanizzata come Milano non aveva ricevuto alcun beneficio in proposito, mentre centri insignificanti come Sankt Pölten in Austria e Santo Domingo de la Calzada nella Rioja già lo prevedevano? Emblematico il caso della Spagna, paese dove si concentra il più alto numero di esenzioni. Uno dei primi fu quello concesso da Alfonso VI di Castiglia ai cittadini di Logroño, centro non significativamente urbanizzato, nel 1095. I suoi abitanti, tuttavia, furono dispensati anche da una serie di altri oneri, ed è in questo complessivo quadro di elargizioni regali che quella inerente all'ordalia deve essere interpretata: il privilegio poteva essere concesso o revocato dal potere signorile, proprio come molti altri benefici, a seconda del favore di cui godevano i destinatari, ovvero a seconda del favore di cui il potere signorile abbisognava. Quelli di Logroño, ad esempio, venivano dalla Francia e dalla Spagna per popolare una città di confine, fresca di conquista, e il vantaggio di concedere loro diritti e dispense sarebbe stato senza dubbio ripagato in termini di consenso. Tanto più che il *fuero* di Alfonso VI, come altri *fueros* spagnoli, non esentava soltanto dall'ordalia, ma anche dalla *pesquisa*, l'inchiesta, che si affacciava in quegli anni come alternativa al rito accusatorio e ordalico. La ragione per cui alcune città cominciarono a ricevere esenzioni non può quindi essere collegata alle pretese urbane in fatto di regimi probatori, né, più in generale, alle trasformazioni sociali, quanto piuttosto a nuovi interessi corporativi, che in molti casi andavano incontro a quelli sovrani.<sup>157</sup>

La seconda ipotesi avanzata sulla fine delle ordalie in Europa è più evenemenziale. Fu la proibizione rivolta al clero di amministrarle, sancita dal diciottesimo canone del IV Concilio

---

<sup>155</sup> Una volta concesso il privilegio, questo non impediva al cittadino che avesse voluto risolvere il proprio processo con l'ordalia di fare a modo suo, se anche la controparte fosse stata favorevole.

<sup>156</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 37.

<sup>157</sup> Questa tesi è esposta in dettaglio da Bartlett alle pp. 53-62.

Lateranense (1215), che ne decretò la fine, dal momento che queste richiedevano la mediazione di un'autorità ecclesiastica, mediazione che improvvisamente venne a mancare. Naturalmente, gli effetti normativi del IV Concilio furono l'esito di una serie di attacchi intellettuali che precedevano di molto il 1215. La Chiesa romana si era preoccupata, in principio, di disciplinare i giudizi di Dio, di avocarli a sé; dopodiché in parte li aveva incoraggiati, in parte tollerati, potendone trarre vantaggi ideologici, ma anche economici e politici.<sup>158</sup> Se il suo atteggiamento era stato di ambigua accondiscendenza, a partire dall'XI secolo Roma ingaggiò con questi una battaglia sempre più diretta (in alcuni casi coadiuvata dalle autorità laiche)<sup>159</sup> culminata nell'esplicita proibizione del IV Concilio. Questa stessa condanna formale fu poi ripresa dalle Decretali e progressivamente estesa alle varie legislazioni civili. Vero è che la critica dell'ordalia da parte della Chiesa era cominciata nel IX secolo, ovvero nel periodo in cui essa aveva cominciato a diffondersi nelle corti europee. La prima condanna papale risale alla lettera *Consuluisti de infantibus* (866-9), scritta da Stefano V all'arcivescovo Ludberto. Consultato su come procedere nei confronti di due genitori accusati di aver soffocato il proprio bambino il papa respinge l'opzione dell'ordalia:

Nam ferri candentis vel aquae ferventis examinatione confessionem extorqueri a quolibet sacri non censent canones [...]. Spontanea enim confessione vel testium approbatione publicata delicta [...] commissa sunt regimini nostro iudicare.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> Sugli interessi economici del clero nelle ordalie cfr. ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, pp. 90-101; HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, pp. 425 ss. Da numerose fonti, alcune molto autorevoli, come ad esempio le decretali di Alessandro III, apprendiamo che i preti, notoriamente, si servivano dell'ordalia per estorcere denaro.

<sup>159</sup> Esempio emblematico di questo sodalizio, benché di qualche anno successivo al IV Concilio, è rappresentato dalle Costituzioni del Regno di Sicilia emanate nel 1231 da Federico II. Qui non solo si proibivano tutti i tipi di ordalia, ma si ridicolizzavano, in modo piuttosto singolare per l'epoca, coloro che vi prestavano fede. Per cui leggiamo: «Leges quae a quibusdam simplicibus sunt dictae paribiles [leggi paribili, ovvero prove parabili, ovvero parventi, visibili, era un'altra delle definizioni di ordalia], quae nec rerum naturam respiciunt, nec veritatem attendunt, nos qui veram legum scientiam perscrutamus, et inspiciamus, errores a nostris iudiciis separamus, praesentis nostri nominis sanctiones edictum in perpetuum inhibentes omnibus regni nostri iudicibus ut nullas ipsas leges paribiles, quae absconsae a veritate deberent potius nuncupari, aliquibus fidelis nostribus indicat [...]. Eorum etiam sensum, non tam corrigendum, doximus quam deridendum qui naturalm candentis ferri calore tepescere, immo (quod est stultium) frigescere, nulla iusta causa superveniente confidunt, aut qui reum criminis constitutum ob conscientiam laesam tantum asserint ab aquae frigidae elemento non recipi, quam submergi potius acris competentis retentio non permittit», *Liber constitutionum Regni Siciliae*, lib. II, tit. XXXI.

<sup>160</sup> Cfr. JEAN GAUDEMET, *Les ordalie au Moyen Âge*, cit., p. 110. Prendendo le mosse dal termine *extorqueri*, Lea ha sostenuto che il papa confuse l'ordalia con la tortura e che la condanna debba riferirsi a quest'ultima. Il rescritto indirizzato ai Bulgari confermerà questa interpretazione [*Forza e Superstizione*, p. 403]. Secondo Gaudemet, per quanto il rigore di molte ordalie potesse accostarle alla tortura, le distinzioni che a noi sembrano necessarie non erano scontate all'epoca di Stefano V, ragione per cui sembra difficile sostenere che il papa abbia inteso qui la tortura, anche perché il termine *examinatio*, come già detto, era l'espressione normale per designare l'ordalia.

*Extorqueri* si oppone a *spontanea*. La ragione per cui il papa rifiuta l'ordalia è che questa sarebbe dovuta essere imposta al *patiens*, circostanza che ne avrebbe pervertito la spontaneità contravvenendo ai sacri canoni. La questione fu discussa da illustri personalità: Agobardo, arcivescovo di Lione (816-40), forse il più convinto tra gli avversari dei *divina experimenta*, nel suo *Liber contra iudicium dei* sostiene che l'ordalia non è stata introdotta nel diritto attraverso l'esempio dei santi e delle Sacre Scritture, ma è un'invenzione umana e, come tale, superflua; inoltre, essendo l'azione di Dio imperscrutabile, non è possibile sollecitarla o interpretarla per mezzo di un processo.<sup>161</sup> Incmaro di Reims, pur scrivendone a favore nel suo *De divortio Lotharii*, riporta la stessa opinione di Agobardo, aggiungendo che, secondo alcuni, all'illegittimità delle ordalie bisogna aggiungere l'incoerenza: per quale ragione, infatti, nella prova dell'acqua bollente il colpevole si ustiona e l'innocente resta illeso, mentre in quella dell'acqua fredda è previsto che l'innocente affondi? La sicurezza dell'imputato è garantita nel primo caso, ma è messa a repentaglio nel secondo.<sup>162</sup> L'argomento, ingegnoso e scorrevole, sarà poi ripreso da più voci nel XII secolo.<sup>163</sup> È questa l'epoca in cui i dissensi intellettuali si moltiplicano, riproponendo tesi per lo più avanzate nei tre secoli precedenti: sul piano teologico, l'ordalia non è istituita dalla Bibbia<sup>164</sup>, tenta Dio al quale si chiede di intromettersi negli affari umani; inoltre, le pratiche sociali non possono influire sulla costruzione dogmatica: come sentenziava Graziano, riprendendo un adagio di Sant'Agostino: Dio non disse «Ego sum consuetudo», ma «Ego sum veritas»<sup>165</sup>. Sul piano giuridico, che risulterà il più efficace terreno di opposizione al sistema ordalico, decisivo è il richiamo all'*ordo iudiciarius* della tradizione canonica, dal quale le ordalie, superstiziosi costumi in uso presso la plebe, erano escluse.

È anche vero che il papa, come afferma Uguccio, *improbat de iure, sed non improbat de facto*.<sup>166</sup> Il papa tollera *de facto* costumi che non può ammettere *de iure*, in quanto *rationi contrariae*: così egli tollera che si svolgano ordalie senza per questo giustificarle, così come tollera che meretrici e usurai esercitino il proprio mestiere senza per questo giustificare prostituzione e

<sup>161</sup> AGOBARDO DI LIONE, *De divinis sententiis contra Iudicium dei*, Brepols Publishers, Turnhout 2010, capp. I, II, VI.

<sup>162</sup> INCMARO DI REIMS, *De divortio Lotharii regis et Theutbergae reginae*, a cura di Letha Böhringer, Hahnsche Buchhandlung, Hannover 1992, parte VI.

<sup>163</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 74.

<sup>164</sup> Fatta eccezione per l'episodio dei Numeri, per cui vedi *supra* p. 20 e *infra*, cap. III, § 3.5.

<sup>165</sup> «Si consuetudinem fortassis opponas, advertendum est, quod Dominus dicit: «Ego sum veritas». Non dixit: «ego sum consuetudo, sed veritas». Et certe (ut beati Cypriani utamur sententia) quelibet consuetudo, quantumvis vetusta, quantumvis vulgata, veritati est omnino postponenda, et usus, qui veritati est contrarius, abolendus est». *Decretum Gratiani*, Friedberg, Lipsia 1908, c.5, q. I, e. 14.

<sup>166</sup> UGUCCIO DA PISA, *Summa decretorum*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Roma 2006, v. *temptare*, C. 2, c. 16. Cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 151-2.

usura. Inoltre, come osserva Antonia Fiori, qualunque proibizione da parte delle autorità ecclesiastiche avrebbe avuto valore soltanto all'interno della giurisdizione ecclesiastica, ma bandirle all'interno della giurisdizione ecclesiastica non equivaleva ad allontanarne gli ecclesiastici in modo definitivo, tanto più che qualsiasi divieto cessava di essere valido quando i vescovi esercitavano la giustizia civile, cosa che accadeva assai di frequente.<sup>167</sup>

Le condanne ecclesiastiche si dimostrarono per lungo tempo inefficaci a estirpare un costume tanto radicato; proprio il fatto che fosse caro al popolo parlava, secondo alcuni, in difesa dell'ordalia; per altri, valeva a condannarla più aspramente.<sup>168</sup> Enrico da Susa lo definirà come un uso razionale ratificato dal tempo; ma quale criterio dovesse stabilirne la razionalità è una questione che l'Hostiensis, in mancanza di regole certe, preferisce lasciare ai giudici. La definizione è riportata da Bartlett, il quale ne concluderà che «they did not abandon it [the ordeal] because it was irrational, it became irrational because they abandoned it»<sup>169</sup>. Ancora una volta non si tratta di razionalità, ma di canonicità.

Anche la concezione canonica del miracolo, fenomeno strettamente legato all'ordalia, cominciava a trasformarsi sotto la spinta della filosofia scolastica, che riconduceva gli eventi soprannaturali ai sacramenti canonici, *signa efficax gratiae*, unico vero ponte fenomenico tra l'uomo e Dio. Di fronte a questa concezione, la frequenza di manifestazioni divine richieste dall'ordalia non poteva che perdere ammissibilità, tanto più che, essendo il miracolo un libero atto di Dio, non erano previste procedure atte a riprodurlo.

Alcune voci radicali si unirono al coro delle condanne, ma il loro eccesso di scetticismo, spinto talvolta fino alla blasfemia, ne fa degli esempi piuttosto isolati. Pare, ad esempio, che re Guglielmo il Rosso considerasse inattendibili i giudizi di Dio, non ritenendo Dio in grado di conoscere le azioni degli uomini, o, in ogni modo, di pesarle sulla stessa bilancia; e che il nobile danese Magnus ritenesse l'ordalia il miglior mezzo per condannare il debole e scagionare il nerboruto.<sup>170</sup> I punti di vista di Guglielmo e di Magnus restarono comunque dei casi isolati: Guglielmo fu dipinto dai suoi contemporanei come un mostro blasfemo e il danese fu esule alla corte di Enrico il Leone. Ancora, fino al XIII secolo, le corti medievali ricorsero in

<sup>167</sup> *Ivi*, p. 152-3.

<sup>168</sup> Ad esempio il futuro santo Raimondo da Peñafort: «Vulgaris purgatio est que a vulgo est inventa, ut ferri candentis, aquae ferventis vel firigidae, panis vel casei, monomachiae id est duelli et caeterae hujusmodi; sed ista hodie in totum est reprobata et maledicta, tum quia inventa est a diabolo fabricante». RAIMONDO DA PEÑAFORT, *Summa de poenitentia, et matrimonio cum glossis Joannis de Friburgo*, Johannes Tallini, Roma 1603, lib. III, tit. XXXI.

<sup>169</sup> ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 86.

<sup>170</sup> Le idee di Guglielmo II e di Magnus sono riportate da Bartlett, *op. cit.*, pp. 76-7. È degno di nota il fatto che gli argomenti più scettici e radicali contro l'ordalia saranno gli stessi sollevati sei secoli più tardi dai critici della tortura.

alcuni casi, e come ultima risorsa, ai giudizi di Dio, finché, nel XIV, questi non scomparvero definitivamente.

Se sia lecito individuare proprio nel 1215 l'anno fatale di questo tramonto è una questione che probabilmente attiene più all'epistemologia della storia che alla storia *tout court*. È vero, cionondimeno, che quell'anno vide altri tramonti e altrettante albe, e non c'è canone del IV Concilio cui non si faccia risalire il «tournant historique»<sup>171</sup> di una norma, di un principio, di un'istituzione destinata a breve o a lunga vita. Tra gli astri nascenti, uno dei più celebri è senz'altro la confessione auricolare, elenco dei peccati affidato all'orecchio del prete, il cui obbligo annuale fu sancito dal canone *Omnis utriusque sexus*, dove si prescriveva che, a partire dall'età del discernimento, ogni fedele cristiano, uomo o donna, avrebbe dovuto confessare i propri peccati almeno una volta l'anno e compiere la penitenza prescritta, passo propedeutico all'Eucarestia, pena il declassamento dallo *status* di fedele (colui che cammina nella vera fede) a quello di eretico. Con il IV Concilio la confessione dei peccati acquisì natura sacramentale, segreta, obbligatoria. Questo evento, com'è noto, ebbe un impatto profondo sulla società tardomedievale, portando a «nuove e imprevedibili realtà, nuovi rapporti di potere, nuove dimensioni dell'esperienza morale e delle relazioni sociali».<sup>172</sup> Se la condanna o l'assoluzione

<sup>171</sup> PETER VON MOOS, *Occulta cordis. Contrôle de soi et confession au Moyen Age, II. Formes de la confession*, in «Médiévales», 30, 1996, pp. 117-137, p. 120.

<sup>172</sup> ADRIANO PROSPERI, *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Edizioni di storia e letteratura, Roma 2003, p. 41. La confessione, nel cristianesimo delle origini, è *metanoia*, una conversione radicale che porta al definitivo distacco dal peccato, rito celebrabile una sola volta nella vita e che presenta molte affinità col battesimo. Con ogni probabilità, la reiterabilità della confessione, cioè la possibilità di confessarsi più volte nella vita, fu un'innovazione introdotta dai monaci irlandesi che nel VI secolo giunsero nell'Europa invasa dai barbari con l'intento di evangelizzarla. Nei secoli successivi, alcuni concili tentarono di disciplinarla e di assegnarle regole univoche; per tutto l'Alto Medioevo, infatti, il sistema penitenziale aveva previsto che l'espiazione dovesse essere segreta e stabilita per mezzo di un tariffario, se i peccati del confitente erano stati di origine intima, oppure che l'espiazione fosse pubblica, se i peccati commessi avevano carattere sociale; un *modus operandi* che sul piano liturgico accostava senz'altro la penitenza all'ordalia giudiziaria, considerato anche che entrambe si fondevano sul principio che il peccatore, o il reo, espiano pubblicamente si sarebbe riconciliato con la società, preservando la pace e ricostruendo l'armonia. Ma, come richiesto da più voci, i delitti contro Dio dovevano essere trattati separatamente da quelli contro la società degli uomini. Il IV Concilio risolse l'ambiguità, decretando la segretezza della confessione. Il concilio di Trento ribadì questo obbligo, si assicurò che fosse rispettato e stabilì una politica uniforme per i confessori, ufficialmente arruolati nell'esercito votato alla «conquista dell'anima». Gli storici hanno visto nello sviluppo della confessione auricolare il perfezionarsi di tecniche di dominio esercitate da una casta, ma, anche, uno strumento per rendere più competitiva l'offerta ecclesiastica, sempre in competizione o in lotta con le altre. Un dibattito piuttosto recente avviatosi tra lo storico olandese Wietse de Boer e l'inglese John Bossy, nell'assegnare alla confessione un ruolo chiave nelle strategie pastorali e repressive della Controriforma, individua nell'introduzione del mobile del confessionale, ideato nel XVI secolo per separare fisicamente confitente e confessore, ora un cambiamento epocale che segnò il definitivo passaggio dalla vita comunitaria a quella individuale (Bossy), ora il più emblematico momento di saldatura tra potere giudiziario e potere sacramentale (de Boer). La bibliografia sull'argomento è vastissima e mi limiterò a citare i testi fondamentali: HENRY CHARLES LEA, *A History of Auricular Confession and Indulgences in the Latin Church. Confession and absolution*, III Voll., Lea Brothers and Co., Philadelphia 1869; HUBERT JEDIN, *La nécessité de la confession privée selon le Concile de Trente*, in «Maison-Dieu», 104, 1970, pp. 88-115; Thomas N. Tentler, *The Summa for Confessors as an Instrument of Social Control*, in Charles Trinkaus, Heiko A. Oberman (a cura di), *The Pursuit of Holiness in Late Medieval and Renaissance Religion*, Brill, Leiden 1974, pp. 103-26; JOHN BOSSY, *The social history of confession in the age of the Reformation*, in «Transactions of the Royal Historical Society», XXV, 1975, pp. 21-38 e



di Dio dipendevano dalla contrizione sincera del peccatore, dalla sua capacità di manifestarla in confessione e dal suo zelo nell'adempiere alla penitenza, l'ordalia, questa forma di espiatione pubblica, clamorosa e, per giunta, teologicamente sospetta, non poteva continuare a mantenere la propria centralità all'interno dell'economia penitenziale. Non c'era spazio per due giudizi divini. Se l'azione di un uomo offendeva direttamente Dio, il rituale della confessione doveva essere sufficiente a lavare quell'offesa; altrimenti, come ci si sarebbe regolati se un peccatore, realmente contrito e confesso, avesse poi fallito la prova dell'acqua bollente? Nel *Dialogus miraculorum* di Cesario di Heisterbach la parte dedicata alla confessione conta un capitolo dal titolo eloquente: «Gli eretici di Cambrai tentano la prova del ferro incandescente e restano ustionati, uno di loro tuttavia è salvo grazie al beneficio della confessione»<sup>173</sup>. Il fortunato eretico avrebbe infatti visto i segni della scottatura scomparire via via che andava avanti nell'ammissione delle proprie colpe. Un altro racconto di Cesario riporta di un pescatore, noto fornicatore della diocesi di Utrecht, il quale, sapendo di rischiare brutto con l'appropinquarsi del sinodo, si recò dal prete, a dire il vero preoccupato più per le ripercussioni mondane che per quelle spirituali, e da questi si sentì dire: «Se hai la ferma intenzione di non peccare mai più con queste donne, puoi affrontare tranquillamente la prova del ferro incandescente e negare il crimine, perché il potere della confessione ti libererà»<sup>174</sup>. E così avvenne, sotto lo sguardo attonito della folla. Il racconto vuol mettere in luce la preminenza del sacramento nella gerarchia dei riti penitenziali. E per quanto la disciplina di questi riti fosse ancora incerta nel XIII secolo, lo sviluppo della teologia sacramentale e della pratica pastorale aveva in sé le premesse per quella distinzione tra reato e peccato che avrebbe condotto, in epoca moderna, alla formale distinzione tra foro interno e foro esterno.<sup>175</sup>

---

*Dalla comunità all'individuo. Per una storia sociale dei sacramenti nell'Europa moderna*, Einaudi, Torino 1998; JEAN DELUMEAU, *L'aveu et le pardon*, Fayard, Parigi 1990 ; ADRIANO PROSPERI, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Einaudi, Torino 1996 ; GIOVANNI ROMEO, *Ricerche sulla confessione dei peccati e Inquisizione nell'Italia del Cinquecento*, Città del Sole, Napoli 1998; WIETSE DE BOER, *La conquista dell'anima. Fede, disciplina e ordine pubblico nella Milano della Controriforma*, Einaudi, Torino 2004.

<sup>173</sup> CESARIO DI HEISTERBACH, *Dialogus miraculorum*, Sumptibus J. M. Heberle (H. Lempertz & Co.), Colonia 1851, p. 3 e p. 16.

<sup>174</sup> *Ivi*, p. 10 e pp. 35-6.

<sup>175</sup> Cfr. PAOLO PRODI, CARLA PENUTI (a cura di), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed età moderna*, Il Mulino, Bologna 1994 e PAOLO PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna 2000. Prodi ritiene che la storia del sacramento della confessione debba essere inquadrata alla luce della labile distinzione tra reato e peccato, che nel Medioevo era molto lontana dall'essere formalmente enunciata. Robert Bartlett sostiene invece che questa distinzione fosse già implicita nella filosofia scolastica, e cita un passo della *Summa Theologica* ove san Tommaso afferma che l'uomo «non è competente nel giudizio dei moti dell'animo, che sono nascosti, ma solo in quello delle azioni esteriori, che sono osservabili». Cfr. ROBERT BARTLETT, *op. cit.*, p. 81.

Il divino stava perdendo il suo legame con la corte secolare e, dopo le deliberazioni del IV Concilio, fu più chiaro per tutti che il suo giudizio poteva essere annunciato solo in sede confessionale, al riparo da orecchie e occhi indiscreti, affinché il confitente si convincesse a «dire tutto», salvando la propria anima. La Chiesa rinunciava al potere di amministrare ordalie, strumento di investigazione degli *occulta crimina*, per acquistarne uno più fruttuoso sugli *occulta cordis*. Non è affatto un caso quindi, come afferma Adriano Prosperi, se la natura sacramentale della confessione fu decisa nel medesimo contesto in cui l'ordalia veniva proibita<sup>176</sup>.

Ma tra i provvedimenti del IV Concilio destinati a intrecciarsi col destino dell'ordalia, l'obbligo della confessione sacramentale non fu l'unico, né il più importante. Dal XII secolo, il coinvolgimento della Chiesa nella lotta all'eresia era cresciuto di intensità per fronteggiare la rapida ascesa dell'eresia catara, che andava sottraendo intere regioni, soprattutto in Francia, al suo dominio spirituale. Tra le misure prese da Roma vi fu una serie di decreti conciliari nei quali si sollecitava la ricerca sistematica e capillare degli eretici; tra questi, uno dei più noti fu, appunto, quello emesso del IV Concilio, nel quale si invitavano i vescovi a visitare spesso le proprie diocesi, possibilmente facendosi accompagnare da religiosi dotti che li aiutassero a scoprire l'eresia. Ancora una volta la data del 1215 fa da spartiacque, visto che alcuni studiosi vi riconducono l'atto di nascita dell'Inquisizione romana<sup>177</sup> e del modello processuale cui essa è associata. Un modello processuale penale, detto inquisitorio, che stabiliva il principio, ignoto al diritto romano, dell'inchiesta *ex officio*, ovvero che al giudice, fattosi inquisitore, spettasse il potere di iniziativa processuale anche in assenza di prove o testimoni, anche sulla base di un semplice sospetto. Il IV Concilio, oltre a stabilire la sacralità di questo rito, giuridicamente sorretto dal principio dell'*inquisitio haereticae pravitatis*, ne ordinava la fedele trascrizione in atti scritti; una decisione che, come si vedrà, avrà enormi conseguenze sulle sorti del processo. La prova legale della confessione, cui veniva assegnato un ruolo chiave del tutto inedito, ebbe come diretta conseguenza la reintroduzione della tortura romana, o *quaestio per tormenta*, legittimata in via ufficiale e definitiva dalla bolla *Ad extirpanda* emanata da Innocenzo IV nel 1252.

---

<sup>176</sup> ADRIANO PROSPERI, *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV - XVIII secolo*, Einaudi, Torino 2013, p. 305.

<sup>177</sup> Altri, tuttavia, l'hanno individuato anche, o solo, in quelle di altri concili, come ad esempio Tours del 1163, Verona del 1184, Montpellier del 1195, Avignone del 1209.

## 8. Ricomparsa della tortura<sup>178</sup>

Se, fino al Duecento, le legislazioni cittadine tendono ancora a favorire forme di giustizia privata o transattiva e il tradizionale modello processuale di tipo accusatorio<sup>179</sup>, a partire dalla fine del secolo si comincia a riservare uno spazio sempre maggiore alla inquisizione *ex officio*, modello procedurale mutuato e rielaborato da procedimenti ecclesiastici e inchieste pubbliche di età consolare<sup>180</sup> (XI-XII secolo). Accanto alla prassi, la disciplina processualpenalistica offre un panorama divergente: da un lato i glossatori civilisti presentano un ordinamento improntato per lo più allo schema accusatorio<sup>181</sup>, in questo richiamandosi alla compilazione giustiniana che, almeno esteriormente<sup>182</sup>, mostrava di prediligere; dall'altra i canonisti, che, a partire dal pontificato di Innocenzo III (1198-1216) e in particolare dal IV Concilio<sup>183</sup>, provvedono a dotare il processo inquisitorio delle necessarie basi teologiche. In questa «vivacissima epoca di contraddizioni e di esperimenti»<sup>184</sup>, nella quale alla variegata materia dottrinale si aggiunge l'ancor più variegata prassi dei tribunali

<sup>178</sup> Questo paragrafo non si propone di entrare nel dettaglio del sistema giuridico della tortura, ma solo di fornire una breve disamina delle nozioni e dei concetti chiave relativi alla sua ricomparsa nel diritto comune in concomitanza con l'affermazione del processo inquisitorio. Le caratteristiche più specifiche dell'istituto giuridico e il suo ruolo all'interno del processo saranno discussi in modo approfondito nei tre capitoli seguenti.

<sup>179</sup> ETTORE DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., p. 4.

<sup>180</sup> MASSIMO VALLERANI, *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*, in JACQUES CHIFFOLEAU, CLAUDE GAUVARD, ANDREA ZORZI (a cura di), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'occident à la fin du moyen âge*, Publications de l'École française de Rome, Roma 2007, Pubblicato su OpenEdition Books (2013), p. 28.

<sup>181</sup> Come ha sottolineato Vincenzo Varano, per i civilisti «la definizione delle liti, l'esercizio della giurisdizione era da un lato compito dei pratici (non degno di costituire oggetto di insegnamento), dall'altro era appannaggio del potere politico, in cui era saggio non entrare». VINCENZO VARANO, *La tradizione di civil law*, in VINCENZO VARANO, VITTORIA BARSOTTI (a cura di), *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino 2006, vol. I, pp. 111-2

<sup>182</sup> Nota Ettore Dezza che la rilevanza effettiva del sistema accusatorio in tarda età imperiale e in epoca giustiniana fu in realtà più modesta di quanto lascerebbero pensare gli interventi dei civilisti, e che la loro propensione a questo modello, a fronte di rarissimi accenni a quello inquisitorio, può essere motivata, forse, da un maggiore bisogno di definire con esattezza l'attività del privato accusatore rispetto a quella del magistrato inquirente. Cfr. ETTORE DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., pp. 4-5.

<sup>183</sup> Il modello inquisitorio fu introdotto da una serie di decretali di Innocenzo III (*Licet Heli* del 1198, *Qualiter et quando* del 1206 e *Inquisitionis negotium* del 1212) i cui contenuti furono poi confermati e ampliati dalle disposizioni del IV Concilio Lateranense. L'inchiesta innocenziana, nata come specifica procedura contro ecclesiastici di ogni grado, fissava quelli che sarebbero stati gli elementi costitutivi della procedura inquisitoria tardomedievale: avvio dell'inchiesta a partire da un *clamor* iniziale, la *fama* come soggetto «denunciante», la distinzione tra verifica generale del fatto e raccolta di informazioni sul colpevole, ricerca della *veritas* come scopo finale del processo, segretezza degli atti, verifica dei capi di accusa indipendente dalla volontà dell'accusato, quindi di testimoni non manipolati dalle parti. Cfr. MASSIMO VALLERANI, *Procedura e giustizia*, cit., p. 28.

<sup>184</sup> ETTORE DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., p. 5.

ecclesiastici e municipali, i due modelli processuali coesistono<sup>185</sup>, talvolta anche all'interno del medesimo procedimento, dando vita a quelle forme «miste» dove l'iniziativa *ex officio* si alterna a fasi caratterizzate da formalità accusatorie. Un principio canonistico, tuttavia, porta coerenza e organicità nel nascente diritto comune<sup>186</sup>; recita: «è pubblico interesse che i delitti non rimangano impuniti»<sup>187</sup>. La mentalità inquisitoria vi si attaglia; la scienza penalistica vi si adatta gradualmente, pur tra contraddizioni e ambiguità e senza abbandonare, in un primo momento, l'idea di una pluralità di forme processuali<sup>188</sup>. L'*inquisitio*, assunta come modello d'inchiesta delle corti ecclesiastiche, sotto l'impulso teorico e normativo dei canonisti si estende poco a poco alle corti secolari di tutto il continente europeo, fungendo da «veicolo per la diffusione dello jus commune»<sup>189</sup>. Le sue caratteristiche principali sono: scrittura, segretezza, inquisitorietà. Si allarga il campo dei reati considerati di pubblico interesse<sup>190</sup>, quindi passibili di iniziativa *ex officio*<sup>191</sup>; di pari passo si inaspriscono le pene e i mezzi di

<sup>185</sup> Il rito inquisitorio diventa compiutamente ordinario solo nel XVI secolo. Cfr. in proposito LAURA PASSERO, *Processo accusatorio e processo inquisitorio. Appunti per una riflessione sull'opera di Franco Cordero*, in «Studi Senesi», n. 115, fascicolo III, 2003, pp. 530 ss.

<sup>186</sup> La nozione di diritto comune è stata oggetto di dibattito. Si dirà, molto sinteticamente, che esso corrisponde al complesso delle fonti romane e canoniche rielaborate dai giuristi medievali a partire dai Glossatori della scuola bolognese. Sul concetto di diritto comune e sul probema storico che esso ha rappresentato a partire dagli anni '30 si veda la ricostruzione di MARIO CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna 1994, pp. 301-18.

<sup>187</sup> Sul principio del *rei publicae interest ne crimina remaneant impunita* cfr. la celebre analisi di RICHARD M. FRAHER, *The Theoretical Justification of the New Criminal Law of the High Middle Ages: «Rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita»*, in «University of Illinois Law Review», 1984, pp. 577-595. Nella prima fase dell'inchiesta, come ha specificato Massimo Vallerani, «a dispetto della massima tante volte ripetuta, anche da Innocenzo III, che i crimini non devono restare impuniti, non è la punizione del colpevole il fine ultimo della procedura ecclesiastica d'ufficio, ma il ristabilimento dell'armonia della parrocchia, la ritrovata credibilità del ministro nella sua circoscrizione. Molte sentenze stupiscono per la flessibilità dell'aspetto punitivo, che veniva chiaramente modulato secondo la ricomposizione o meno del quadro locale. L'*inquisitio* era dunque un procedimento penale interno all'ordinamento della Chiesa, con garanzie e punizioni bilanciate secondo un'idea di istituzione assolutamente peculiare e non esportabile. Anche grandi canonisti come l'Ostiense, che ne accentuarono gli aspetti coercitivi – ad esempio giustificando l'uso della tortura sia per l'imputato sia per il reo, in base al noto principio che i crimini non devono restare impuniti – non ne modificarono radicalmente la natura di procedimento interno all'istituzione ecclesiastica». MASSIMO VALLERANI, *Procedura e giustizia*, cit., p. 30.

<sup>188</sup> Nei primi trattati di procedura, l'*inquisitio* figura come quarto modo di accertamento insieme all'accusa, alla denuncia e al notorio.

<sup>189</sup> VINCENZO VARANO, *La tradizione di civil law*, cit., p. 112.

<sup>190</sup> Il diritto penale comune prevede la nozione di *crimen exceptum* fin dal XIII secolo; la procedura relativa a questo particolare tipo di reato venne poi introdotta nella legislazione imperiale della Costituzione Carolina nel 1532, in Francia dall'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts nel 1532, nei Paesi Bassi dalle Ordinanze Criminali di Filippo II, 1570. I *crimina excepta* erano crimini considerati talmente pericolosi per la società e talmente oltraggiosi per Dio che la giustizia si riservava di procedere contro il reo che ne era accusato con procedure eccezionali per severità e sommarietà. All'accusato si sequestravano immediatamente i beni, gli si negava il diritto alla difesa e il diritto d'appello dopo la condanna; il processo si svolgeva sommariamente, *de plano, sine strepitu et figura iudicii, ex officio et sine accusatione*: gli atti erano segreti, tutte le fasi e le procedure di rito erano aggravate a detrimento dell'accusato e *leviores probatione requiruntur in hoc crimine quam in alio*. Rientravano in questa categoria il reato di lesa maestà, l'eresia, l'alto tradimento, la cospirazione, il conio di monete false, il brigantaggio e la stregoneria; si può dire che quest'ultimo reato, frode e brigantaggio a parte, li comprendesse un po' tutti nella concezione comune, tanto da poter essere avvocato sia dalle autorità ecclesiastiche sia da quelle laiche, in virtù di questo particolare *status* di crimine totale, contro l'umanità, che lo rendeva di competenza sia laica (*maleficium*) che religiosa (apostasia). Cfr. EDWARD PETERS, *Crimen exceptum. The History of an Idea*, in

indagine processuale; tra questi ultimi, naturalmente, il più notevole è la *quaestio per tormenta*. Fino al XI secolo se ne trovano pochissimi accenni, tutti relativi a processi ecclesiastici contro maghi ed eretici; in quest'epoca, tuttavia, la tortura è ancora una pratica non regolata dal diritto, quindi né imposta né limitata, ma saltuariamente adoperata *de facto*.<sup>192</sup> La prima fonte legislativa ad attestarne l'uso è il diritto civile veronese in vigore nel 1228<sup>193</sup>, ma, come ha sottolineato Fiorelli, «una data si fissa male; e che si possa parlare d'introduzione o di reintroduzione della tortura dagli anni e dai giorni in cui se ne trova menzione nella legislazione dei singoli luoghi, è da escludere nel modo più assoluto»<sup>194</sup>. Checché ne abbiano detto i riformatori Illuministi - i quali, Verri in testa, accusarono i giuristi medievali di aver deliberatamente reintrodotta e incrudelito la *quaestio* romana (secondo taluni con l'aiuto materiale del diavolo)<sup>195</sup> - la dottrina non si appropriò subito della tortura, ma, più che altro, la accolse come un dato di fatto. Se i civilisti non la rifiutavano, in quanto istituto tramandato dalla compilazione giustiniana, i decretisti, nell'arco di tempo che va dal *Decretum*<sup>196</sup> al *Liber Extra* di Gregorio IX<sup>197</sup> dovettero destreggiarsi tra le sobrie affermazioni di Graziano, i moniti della patristica<sup>198</sup> e le fonti del diritto romano, la cui autorevolezza, in fine, sarebbe riuscita ad adombrare l'odiosità intrinseca dell'istituto<sup>199</sup>.

Ma, arrivati a questo punto, *quid est quaestio?* *Quaestio* è il vocabolo ufficiale con cui il diritto romano definisce l'interrogatorio tramite tortura; «*tortura* dissero concordi i volgari neolatini, e *tortura* fu ripetuto nella comune lingua dei tribunali e delle leggi, nelle sentenze,

KENNETH PENNINGTON, STANLEY CHODOROW, KEITH H. KENDALL (a cura di), *Proceedings of the Tenth International Congress of Medieval Canon Law, Syracuse 13-18 August 1996*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano 2001; MARIO SBRICCOLI, *Crimen leasae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano 1974, in particolare p. 364.

<sup>191</sup> ETTORE DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., p. 6.

<sup>192</sup> Cfr. JOSEPH HANSEN, *Zaubervahn Inquisition und Hexenprossys im Mittelalter*, Scientia Verlag, Monaco-Lipzia 1900, pp. 110 e PIERO FIORELLI, *op. cit.*, vol. I, p. 76.

<sup>193</sup> *Liber iuris civilis urbis Veronae. Addito in fine opusculo De vita et translatione Sancti Metronis, et duabus epistolis Ratherii episcopi Veronensis*, ed. Bartolomeo Campagnola, Antonium Bernum, Verona 1728, cap. 75, p. 61. Sul contenuto delle disposizioni veronesi cfr. *infra* p. 147.

<sup>194</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, vol. I, p. 84.

<sup>195</sup> Vedi *infra*, cap. IV, § 4.2.

<sup>196</sup> Graziano, in generale, condanna l'uso della violenza da parte degli ecclesiastici e vieta espressamente l'uso della tortura dell'imputato commentando il contenuto di una decretale pseudoisidoriana; tuttavia la proclama necessaria, sulla base di un'altra decretale pseudoisidoriana, nei confronti degli accusatori di un vescovo, e riporta i testi del diritto giustiniano che, esentandone i preti, la prescrivono per i servi *in caput dominorum* e per i testimoni di vile condizione. Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, vol. I, pp. 76-7.

<sup>197</sup> WINFRIED TRUSEN, *Der Inquisitionprozess. Seine historische Grundlagen und frühen formen*, in «Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte», Kanonistische Abteilung, 1988, pp. 163-230.

<sup>198</sup> Tertulliano (*De corona militis*, cap. 11; *De idolatria*, cap. 17), Agostino (*De civitate Dei*, 19, 6), Cassiodoro (*Variae*, 3, 46, 2) e Gregorio Magno (*Registrum epistolarum*, 10, 26) avevano condannato l'uso della tortura.

<sup>199</sup> ADHÉMAR ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> jusqu'à nos jours*, Larose et Forcel, Parigi 1882, ristampa anastatica Frankfurt am Main, Verlag Sauer & Auvermann KG 1969, p. 99.

negli statuti, nei trattati dei giureconsulti»<sup>200</sup>. La prima e più celebre definizione è quella di Ulpiano, che spiegando l'editto *Praetor ait Qui servum* contenuto nel titolo *De iniuriis et famosis libellis* del Digesto, in merito alla menzione della tortura<sup>201</sup> commenta:

Quaestionem intelligere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem. Nuda ergo interrogatio vel levis territio non pertinent ad hoc edictum [...]. Cum igitur per vim et tormenta habita quaestio est, tunc quaestio intellegitur.<sup>202</sup>

La *quaestio* consiste in tormenti e afflizioni del corpo al fine di scoprire la verità. Tutte le successive definizioni, tutte le successive varianti<sup>203</sup>, saranno formulate a partire da quella ulpiana.

La logica del processo inquisitorio la considera una prova, o un mezzo di prova,<sup>204</sup> per ottenere la confessione, in presenza di indizi sufficientemente gravi, ma non tali da procedere alla condanna. Essendo - ancora una volta secondo un'immortale formula di Ulpiano - *res fragilis et periculosa, et fallens veritatem*, i giuristi stabiliscono fin da subito un principio generale: che «ciò che con essa si cerca (le parole della confessione) non dovrà essere messo avanti a ciò che essa è: un rito formale, cioè un insieme di rigorose regole tassative»<sup>205</sup>. L'elaborazione di queste regole tassative sarà prerogativa delle scuole di diritto italiane, che, in quanto vere eredi della tecnica romanistica, si assunsero l'incarico di definire l'intero sistema dottrinale della tortura, che sarà assunto dai diritti criminali stranieri quasi senza variazioni e che quindi può dirsi, nella sua sostanza, unitario<sup>206</sup>. E in questo l'Italia, «mère des

<sup>200</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 181. Per una dettagliatissima disamina su tutti i termini più o meno sinonimi, più o meno frequenti dal medioevo fino alla fine dell'età moderna, vedi ancora Fiorelli p. 181 ss.

<sup>201</sup> Il passo in questione recita: «Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicitur, in eum iudicium dabo». *Dig.*, 47, 10, 15, 34, l. *Item apud*, § *Praetor ait Qui servum, ff. de iniuriis*.

<sup>202</sup> ULPIANO, *Dig.*, 47, 10, 15, 41, cit., § *Quaestionem*.

<sup>203</sup> Per cui rimando ancora una volta a Fiorelli, p. 187 ss.

<sup>204</sup> «Quest'indicazione [di mezzo di prova] a prima vista può parere inesatta, essendo un mezzo di prova, piuttosto che la tortura, la deposizione o la confessione che colla tortura si cercava d'ottenere o di far cofermare; ma l'inesattezza scompare quando si consideri che nella terminologia processuale la locuzione mezzo di prova non ha un valore univoco, ma può significare, oltre che i mezzi immediati di prova, anche quei fatti e in genere quegli elementi che possono servire ad agevolarne l'attuazione giudiziale: e tra i mezzi indiretti di prova mi sembra si possa collocare a buon diritto, in quanto destinata a provocare la dichiarazione d'un teste o d'un imputato, anche la *quaestio per tormenta*». PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 191.

<sup>205</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 113.

<sup>206</sup> L'Italia meridionale fu relativamente povera di statuti comunali, ma poté per contro vantare fin dalle origini una ricchissima legislazione unitaria che, in materia di tormenti, si concretizzò nella lunga serie di capitoli emessi dai monarchi angioini a partire da Federico II (in particolare Carlo I e Carlo II); a questi si devono aggiungere le prammatiche dei viceré spagnoli (secoli XVI e XVII) e le prammatiche e i dispacci regi del XVIII. Per quanto riguarda l'Italia Settentrionale e centrale, anche dopo il tramonto delle autonomie comunali essa rimase generalmente fedele ai suoi vecchi statuti, e sempre attraverso gli statuti, costantemente aggiornati e riformati, «seguitò a esprimere per secoli gran parte del suo genio legislativo». Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, vol. I, p. 72 ss. e p. 99 ss.

tourments»<sup>207</sup>, resterà all'avanguardia per almeno mezzo millennio, forte dell'autorità conferita al *mos Italicus iura docendi* dalla consuetudine dei tribunali nelle frequenti incertezze suscitate da fonti legislative spesso incoerenti o lacunose. In questo senso, ha notato Fiorelli, la storia della tortura giudiziaria è del tutto analoga alla storia di tanti altri istituti del diritto comune, ridotti a un rigido complesso di leggi costantemente monitorato dalla dottrina nel suo tentativo di armonizzare le legislazioni particolari con i classici di un diritto che era ormai diventato, per l'appunto, comune.

Per «classici» della tortura si intendono essenzialmente il *Digestum* e il *Codex*<sup>208</sup>, dai quali dipendono le glosse di Azzone e del suo allievo Accursio<sup>209</sup> e i commenti di Bartolo e del suo allievo Baldo<sup>210</sup>. Oltre a questi, fa scuola un trattato di notevole importanza anche per l'intera letteratura penalistica: il *Tractatus de tormentis* (XIII secolo), opera anonima, forse collettiva<sup>211</sup>, talvolta tramandata come capitolo del *Tractatus de maleficiis* di Alberto Gandino,

---

<sup>207</sup> È un'espressione del magistrato Augustine Nicolas, tra i primi a proporre l'abolizione della tortura, ancora nel XVII secolo. Cfr. AUGUSTIN NICOLAS, *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets: dissertation morale et juridique*, Abraham Wolfgang, Amsterdam 1682, p. 157. Su questo testo e sulla figura di Nicolas vedi *infra*, pp. 220-2.

<sup>208</sup> Le fonti romane di cui si deve tener conto in materia di tortura sono essenzialmente le rubriche *De quaestionibus*, *De senatus consulto Silaniano et Claudiano*, *De testibus* e *De poenis* del Digesto e le rubriche *De quaestionibus*, *De his quibus ut indignis auferuntur et ad senatus consultum Silanianum* e *Ad legem Iuliam maiestatis* del Codice; alcuni accenni nelle Novelle. Fonti precedenti a Giustiniano come il Codice Teodosiano e le Sentenze di Paolo furono esautorate dalla promulgazione del Digesto e del Codice. Successive costituzioni imperiali, anche importanti in materia di tortura e di processo criminale (in particolare la Carolina), furono emanate quando il Sacro Romano Impero aveva ormai perduto, fuori dalla Germania, un'autorità che non fosse ormai semplicemente nominale. Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 74.

<sup>209</sup> Per quanto riguarda Azzone, le notizie più consistenti e innovative sulla tortura si trovano nella *Summa Codicis* (1208-1210), principalmente al titolo *De quaestionibus*, ma anche nel titolo *De testibus*, nonché vari accenni in numerosi altri titoli [per cui rimando a PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 123, nota 53]; la *Summa* di Azzone rimase, fino al XVII secolo (l'ultima di 32 ristampe è del 1610), l'opera di maggior riferimento per la scuola e la pratica forense (negli ambienti giuridici fu appositamente coniato il motto «Chi non ha Azzo non vada a palazzo»). Azzone impresse alla dottrina sulla tortura l'indirizzo «duro» dei tempi nuovi, superando i sistemi a sfondo particolaristico prevalsi fino allora e risolvendo con decisione punti che fino a quel momento erano controversi: la *questio*, ad esempio, doveva essere ammessa, per i *crimina excepta*, senza necessità di indizi e senza discriminazioni in favore di classi privilegiate. Per quanto riguarda Accursio, la glossa ordinaria, o *Magna Glossa*, del *Corpus iurisi civilis*, in materia di tormenti e in generale in materia penale è quasi interamente opera sua (egli fu, d'altronde, il suo massimo compilatore). Raccogliendo gli insegnamenti del maestro Azzone, egli si trovò a cavalcare «quella teoria degli effetti giuridici della tortura che significò nel dominio della violenza la sottomissione della violenza stessa alle leggi dell'umanità e della ragione» [PIERO FIORELLI, *cit.*, I, p. 125], offrendo ai giuristi futuri la prima rielaborazione creativa delle fonti giustinianee, riproposte non più come nudo testo, ma come riferimento interpretativo di un diritto che finalmente si metteva in linea con le mutate esigenze dei tempi.

<sup>210</sup> Per la storia dottrinale della tortura ha avuto un ruolo imprescindibile il commentario di Bartolo *In Digestum novum*, in particolare il titolo *De quaestionibus*: per Fiorelli la storia della dottrina in tema di tortura equivale alla storia della fortuna incontrata presso i giureconsulti dalle teorie di Bartolo. L'espressione *mos italicus iura docendi* può essere usata in modo intercambiabile con quella di bartolista (*nemo iurista nisi bartolista*), termine con il quale, specialmente a partire dal XV secolo, furono designati sia dentro che fuori dall'Italia, i giuristi fedeli alla tradizione giuridica italiana (in opposizione al *mos Gallicus*, diffusosi in Francia dopo Andrea Alciato). Baldo, estroso «e talvolta paradossale» allievo di Bartolo, non ebbe sulla *communis opinio* un influsso paragonabile a quello del maestro, cionondimeno per la storia della tortura i titoli *De quaestionibus* e *De confessis* del suo *Super Codice* rivestono un ruolo fondamentale.

<sup>211</sup> Cfr. FRANCO CORDERO, *Procedura penale*, 9° edizione, Giuffrè, Milano 2012, p. 1294., *cit.*, p. 90.

talvolta pubblicata come libello a sé stante;<sup>212</sup> prima monografia in tema di tormenti e primo manuale di procedura penale. A partire da queste fonti, tra il XII e il XIII secolo<sup>213</sup>, i giureconsulti gettano le fondamenta del sistema giuridico della tortura, perfezionato nei cinque secoli successivi dalle scuole di diritto italiane<sup>214</sup> e, in un secondo momento, straniera<sup>215</sup>.

<sup>212</sup> Le indicazioni non univoche fornite dalla tradizione manoscritta e dalle numerose edizioni a stampa rendono complessa l'attribuzione del *Tractatus*. La storiografia ne ha indicato come autore ora Alberto Gandino (come indicava già il Manzoni) [Cfr. MARTINO SEMERARO, *Osservazione in margine al «Tractatus de tormentis»: attribuzione e circolazione dell'opera sulla base di alcuni manoscritti*, in «Initium. Revista catalana d'història del dret», Barcelona 4 (1999) 479-99], ora a Odofredo, ora Osberto da Cremona [Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, pp. 134-140] ora Dino del Mugello [ENNIO CORTESE, *Nicolaus de Ursone de Salerno. Un'opera ignota sulle lettere arbitrarie angioine nella tradizione dei trattati sulla tortura*, Bulzoni, Roma 1978, pp. 353-7].

<sup>213</sup> Il *De maleficiis* di Alberto Gandino, composto tra la fine del XIII secolo e l'inizio del XIV, merita una menzione a parte. Per lungo tempo la storiografia, improntata a quello che Vallerani ha definito il «paradigma evolucionistico», ha identificato in quest'opera il vero punto di rottura del monopolio privato dell'accusa in favore del principio pubblicistico; l'esaurirsi di quel paradigma, tuttavia, non ha intaccato l'aura paradigmatica che circonda l'opera. Concepito in origine come *libellus* destinato alla pratica, il *De maleficiis* costituisce «una sorta di opera aperta» [ETTORE DEZZA, *cit.*, p. 7 nota 6] sulla quale l'autore ritorna in più occasioni con aggiunte e modifiche; aggiornata fino al 1301, viene pubblicata per la prima volta a Venezia nel 1491. Le fonti da cui attinge Gandino, giudice e giurista, sono le più disparate: la base è il diritto romano e canonico, sul quale si inseriscono i più importanti giuristi del Duecento; il tutto è assemblato attraverso una solida conoscenza degli statuti e delle consuetudini e le personali memorie dell'autore. Gli snodi del suo trattato che ci riguardano più da vicino sono due. Il primo: pur presentando il sistema accusatorio come preponderante, in accordo con lo sviluppo dottrinale e con le fonti romanistiche, Gandino ne mette a dura prova l'autorità dichiarando la prevalenza, nella pratica, del sistema inquisitorio, e in quello che è stato definito il «passo più famoso e citato di tutta la storia del processo penale di diritto comune» [MARIO SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni Fiorentini», 27 (1998), pp. 231-268, in particolare p. 238] dichiara che, nell'ambito dello *ius civile* (ma contro lo *ius civile*) i giudici dei podestà, ormai per consuetudine, procedono *ex officio* mediante l'inquisizione, presentata così dal Gandino come il «vero» sistema processuale. Il secondo snodo: con una serie di equazioni diventate oggetto di dibattito sia per i giuristi a venire che per gli storici del diritto, Gandino abbassa il livello probatorio sufficiente per la tortura a un solo indizio indiretto (rafforzato dalla coscienza del giudice) per poi stabilire che la *fama*, fino a quel momento considerata indizio sufficiente solo alla *purgatio canonica*, è indizio sufficiente alla tortura, e questo «secundum iura canonica». Per una più dettagliata analisi di questo passaggio, destinato a incidere profondamente sulla pratica della tortura, vedi *infra*, cap. III, § 3.1.

<sup>214</sup> In questo testo si farà riferimento a molte, ma non a tutte, le opere più notevoli dei giuristi italiani che fanno riferimento alla tortura. Per sopperire a future lacune, che una selezione tematica delle fonti rende inevitabili, forniscono qui un freddo ma esauriente elenco, ordinato per genere letterario e ispirato in buona parte dalle indicazioni di Piero Fiorelli, considerato che le fonti che egli ha consultato «sono tutte quelle che sarebbe comunque possibile mettere in opera» su questo tema [MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», *cit.*, p. 112, nota 2]. Tra le monografie dei criminalisti rivestono una certa importanza il *De quaestionibus et tormentis* (1486) di Antonio Canaro, molto chiaro, poco originale, basato sulla dottrina canonista; il *De indicibus et tortura* (1495) di Francesco del Bruno, testo tra i più completi sul tema, notevole per conoscenza della materia e originalità, ebbe un certo influsso anche fuori dall'Italia; il titolo *De quaestionibus* nel commento al Digesto di Ippolito Marsili (1483-4), stampato impropriamente col titolo *Tractatus de quaestionibus* e in seguito rifiuto in alcuni paragrafi della *Practica causarum criminalium* (1526-9), la sua opera conclusiva; il IV libro del *Tractatus de sortilegiis* (1536) dell'inquisitore Paolo Grillando - il *De quaestionibus et tortura* - nel quale Grillando affronta aspetti della materia a suo parere tralasciati dai dottori precedenti ed «espone alcune teorie nuove, non senza qualche bizzarria»; il *De indicibus et tormentis tractatus duo* (1557) di Francesco Casoni, nel quale la dottrina precedente è riportata con una larga erudizione classica e con «un senso di umanità che fa sentire in questo genere di letteratura una nuova vita». Seguono le diligenti ma più modeste compilazioni degli epigoni Pietro Paella (*De tortura*, 1583), Francesco Personalì (*De indicibus et tortura*, 1585), Cesare Loccatelli (*Breviarium sive compendiarium lucubratiō completens totam ferem materiam quaestionis iudicariae*, 1637), Angelo Scialoja (*Praxis torquendi reos*, 1654), Girolamo Calà (*Tractatus de praeminentia Magnae Curiae Vicariae Regni Neapolis, sive de rectu eius uau, in tortura reis inferenda ex processu informativo*, 1680). Alcuni trattati criminali su materie



affini che hanno avuto un peso nell'elaborazione del sistema giudiziario della tortura: il *De testibus* (1472) di Tindaro Alfani, il *De probationibus* (1589) di Giuseppe Mascardi da Sarzana, il *De confessionibus* (1611) di Vincenzo Mancini e il *De confessionibus* (1679) di Francesco De Angelis; meno rilevanti, secondo Fiorelli, i trattati *De praesumptionibus* di Andrea Alciato (1580) e di Iacopo Menochio (1615); più considerevole, invece, il contributo del *De indiciis* di Marcantonio Bianchi (1545). Molte notizie importanti si trovano nei trattati che elaborano le norme particolari intorno alla procedura di sindacato, giudizio al quale venivano sottoposti i magistrati al termine del loro mandato (la procedura era aperta alle rimostranze dei cittadini, rappresentati dalla magistratura dei «sindacatori», abilitata a comminare sanzioni in caso di irregolarità); tra i più importanti il *De syndacatu* di Paride del Pozzo (edito per la prima volta nel 1472 con il titolo di *Libellus syndacatus officialium*) e l'*Aureus tractatus praeeminentiae Magnae Curiae Vicariae, indebitatae torturae* di Francesco Carabba (1615). Tra i trattati di medicina legale, le *Quaestiones medico-legales* di Paolo Zacchia (1634), dove si affrontano soprattutto i generi e i gradi di tortura, la questione degli impedimenti e delle pene corporali. Tra i trattati relativi ai reati nei quali la tortura si applica più di frequente merita di essere citato il *Tractatus laesae maiestatis* di Girolamo Giganti (1557). Un posto di rilievo hanno alcuni dei più importanti manuali a uso degli inquisitori: in particolare la *Lucerna inquisitorum* di Bernardo Comense (tutte edizioni postume tra il 1566 e il 1596), lo *Iudiciale inquisitorum* di Umberto Locati (1568), il *Sacro Arsenal* dell'inquisitore bolognese Eliseo Masini (1621), le *Resolutiones morales* dell'inquisitore palermitano Antonino Diana, il *De modis procedendi in causis S. Officii* del cremonese Cesare Carena (1636), il *De officio S. Inquisitionis* (1666) di Tommaso Delbene, teologo e inquisitore di Taranto, e il *Manuale consultorum* di Francesco Bordoni (pubblicato postumo nel 1693). Meritano una menzione anche tutti quei trattati di diritto e di procedura criminale che ebbero grande riscontro in ambiente giuridico e che per questo ricoprono un ruolo di spicco anche nella sistematizzazione della tortura: il celebre *De maleficiis* di Angelo Gambiglioni (1472), dove si espongono le più osservate opinioni sulla tortura (quasi tutte le edizioni sono corredate dalle lunghe addizioni di Agostino Bonfranceschi da Rimini), la già citata *Practica causarum criminalium* di Ippolito Marsili, il *Tractatus varii* di Egidio Bossi (opera pubblicata postuma nel 1562), dove è compendiata la migliore dottrina criminale dell'epoca; il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani (pubblicato postumo nel 1590) e in fine le celebri *Sententiae receptae* (1568) di Giulio Claro, «un'autorità che nel suo campo non teme paragoni». Tra i trattati di diritto penale meno noti e nei quali tuttavia è dato ampio spazio alla tortura, il *Processus informativus* di Tranquillo Ambrosini (1598) e due opere di Flaminio Cartari, il *Tractatus de Executione Sententiae contumacialis Capto Bannito* (1587) e la *Praxis et theoricæ interrogandorum reorum libri quatuor* (1590). Un posto a sé, in fine, occupa l'opera monumentale di Prospero Farinacci, la *Praxis et theoricæ criminalis* (1589-1616), che, «pur tra le ridondanze d'un metodo scolastico spinto all'estremo, che la rendono quanto mai complicata e pesante, ha il gran merito di riassumere in sé e d'inquadrare in un suo rigido e sia pure antistorico sistema le agitazioni del pensiero e della dottrina criminale dei tre secoli precedenti». Alla tortura sono dedicate 16 delle 197 questioni (le 36-52; le questioni 36-42 furono anche estratte e pubblicate come *Decisiones criminales super quaestionibus et indiciis et tortura*). Dopo il Farinacci, in Italia si susseguono trattati e pratiche iperdotte e poco originali; tra le poche che vale la pena citare: la *Prattica criminale* di Lorenzo Priori (1663), la *Prattica universale* di Marco Antonio Savelli (1665) e la *Miscellanea di materie criminali, volgeri e latine* di Bartolomeo Melchiori (1741) per quando riguarda la Repubblica di Venezia; nel patrimonio della Chiesa: il *Tractatus ad defensam inquisitorum, carceratorum, reorum, & condemnatorum, super quocumque crimine* di Sebastiano Guazzini (1614) e le *Institutiones criminales* di Domenico Orsaio (1701); per il diritto criminale canonico: *De iudice regularium* di Francesco Ghisleri (1613), la *Practica criminalis* e il *De delictis et poenis* di Ludovico Maria Sinistrari (1693). Di un certo rilievo, non fosse altro che per l'aver introdotto la lingua italiana nel mondo giuridico, il *Dottor volgare* del cardinale Giovanni Battista De Luca (1673).

<sup>215</sup> Come sottolineato da Fiorelli, la dottrina straniera acquista maggior rilievo a partire dalla fine del Cinquecento (pp. 167-8). Dal momento che delle scuole giuridiche straniere in questo lavoro si parlerà poco, affido alla nota un elenco il più possibile esaustivo delle maggiori opere non italiane di cui bisogna tener conto per una storia dottrinale della tortura giudiziaria. Innanzi tutto, alcuni manuali ad uso degli inquisitori spagnoli: il *Directorum inquisitorum* del domenicano Nicolaus Eymerich (1376 ca), un classico che il canonista Francesco Peña avrebbe poi arricchito di un ampio commentario (1578); il *Repertorium inquisitorum*, manuale di autore anonimo del XV secolo che venne poi esaminato, emendato e infine pubblicato da un giureconsulto di Valenza nel 1494); importante per risonanza e indipendenza di giudizio il *De catholicis institutionibus* (1552) di Diego de Simancas, (talvolta Jacopo), vescovo di Badajoz (di quest'opera l'autore pubblicò sedici anni dopo un compendio intitolato *Praxis haereseos sive enchiridion iudicum violatae religionis*); il *De hereticis* dell'inquisitore valenzano Juan de Rojas. Ma i testi stranieri più influenti in materia di tortura sono probabilmente i manuali per la persecuzione delle streghe; quelli che qui interessano di più sono anche i più noti del genere: il *Malleus maleficarum* di Sprenger e Kramer: più di trentaquattro edizioni dal 1486 al 1669, quasi tutte in comode edizioni tascabili in-octavo; la *Démonomanie des sorcieres* di Jean Bodin (1580), tradotta in latino e nei volgari italiano e tedesco: nel quarto libro si trova una gran quantità di indicazioni sulla tortura delle streghe; nel *Tractatus de confessionibus maleficorum et sagarum* di Peter Binsfeld (1589), vescovo di Treviri, vi è la seconda parte del

Se la tortura riuscì a sopravvivere «attraverso epoche culturali abissalmente diverse»<sup>216</sup> fu perché la sua *ratio* serviva a perfezione la logica inquisitoria; per la sua compatibilità con l'idea soggiacente di *veritas* come *bonum universale* (giacché la tortura è la sola in grado di produrre con certezza i *verba veritatis*)<sup>217</sup> e, in egual misura, per la sua straordinaria produttività. Nessun altro metodo avrebbe permesso di colpire *legalmente* un numero così elevato di colpevoli, di procurare al giudice una così vasta messe di informazioni istruttorie, di risolvere rapidamente casi urgenti grazie alla confessione estorta ai testimoni e, in fine, di corrispondere alla società la sua «aliquota di crudeltà» senza degenerare in aberrazioni. Perciò, com'è stato più volte notato<sup>218</sup>, la lettura umanitaria della tortura non ha prodotto risposte valide (ammesso che la lettura umanitaria possa produrne in qualche campo della storia). Primo, perché la nozione di crudeltà è storicamente ingannevole; secondo, perché la crudeltà del mezzo, una volta che lo si sia contestualizzato, non risulta superiore a quella che fu la sua utilità sociale<sup>219</sup>.

La lettura più soddisfacente, più nota e più esaustiva, che per certi versi costituisce un mantra storiografico sulla tortura, è quella politico-istituzionale, suggellata (perché la sua prima formulazione si può dire che risalga a Lea)<sup>220</sup> in due celebri saggi di Mario Sbriccoli<sup>221</sup>. In

---

trattato - *Commentarius in titulum Codicis lib. IX de maleficiis et mathematici* – che contiene un importante esame delle teorie sulla tortura, corredato da esempi pratici; cito poi la *Demonolatreia* di Nicolas Rémy (1595), il magistrato francese che avrebbe condannato a morte più di 3000 persone, di cui 900 streghe; le *Disquisitiones magicae* del gesuita belga Martin Delrio (1599). Tra i trattati di diritto criminale canonico che hanno un qualche rilievo nella storia della tortura: la *Practica* di Juan Bernardo Diaz de Lugo (1543) e, per quanto riguarda il diritto criminale ordinario, le *Varie resolutiones* di Antonio Gomez (1552), opera che ebbe numerosi edizioni, oltre che in Spagna, in Italia e in Francia; vi è poi la *Practica rerum criminalium* (1554) del belga Joos de Damhouder, testo quasi interamente plagiato da un inedito del giurista Filips Wielant. Il primo e ultimo trattato sulla tortura che non sia scritto in latino è dell'avvocato spagnolo Antonio de Quevedo y Hoyos: si tratta del *Libro de indicios y tormentos* (1632), il quale, dice il Fiorelli, pur con qualche opinione originale, ricalca il metodo della scuola italiana. Dopo la seconda XVII secolo «la Spagna non fa più sentire alcuna voce di criminalista che sia ascoltata fuori dai confini». Ancora, in Belgio, il *De criminibus* di Anton Matthaeus (1644), indipendente dall'*opinio doctorum* e risalente con libertà di giudizio alle fonti del diritto romano. A partire dal XVII secolo, sarà la Germania a guidare il timone delle discipline criminali. Tra i testi più autorevoli, non solo in materia di tormenti, il *De quaestionibus et torturis* di Johan Zanger (1593), il *Tractatus de quaestionibus et torturis reorum* del professore di diritto criminale e feudale Heinrich Bocer (1607), il *De tortura et indiciid delictorum* di Otto Tabor (1667), testo metodologicamente pieno di personalità, e intriso di filosofia, scritto con erudizione classica e storica; cito in fine la celebre opera di diritto criminale di Benedict Carpzov, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635).

<sup>216</sup> FRANCO CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 415.

<sup>217</sup> Per una riflessione sul rapporto tra violenza e verità nella tortura e, più in generale, nei sistemi processuali che non ammettono sentenze di *non liquet*, vedi *infra*, cap. II, § 4.

<sup>218</sup> Cfr. MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 123, nota 23.

<sup>219</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 125.

<sup>220</sup> HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, pp. 447 ss; pp. 529-30.

<sup>221</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 27, Milano 1998 pp. 231 ss; ID., «*Tormentum idest torquere mentem*», cit.

accordo con questa interpretazione, la tortura fu uno strumento d'imperio<sup>222</sup>, interprete e garante, in abito giudiziario penale, dell'ideologia assolutistica sorta alla fine del Medioevo con l'affermarsi della monarchia papale e degli Stati nazionali e perfezionatasi in epoca moderna con le teorie sulla Ragion di Stato<sup>223</sup>. Perciò, se la premessa «negativa» della sua ricomparsa fu costituita dal vuoto lasciato dalle ordalie nella procedura penale, la premessa «positiva» fu la rafforzata coscienza dell'autorità pubblica "dovuta in parte al risveglio dell'idea romana, e alla necessità del potere giudiziario di supplire coll'uso della forza all'imperfezione del proprio ordinamento, non ancora sufficiente all'ufficio di quei più gravi uffici che l'accresciuta autorità dello Stato necessariamente gli affidava. La giustizia, anche e soprattutto penale, cessa a poco a poco d'essere amministrata dai signori feudali nei loro castelli di campagna [...]; la rinuncia [...] va a beneficio di governi regi accentrati o di governi comunali autonomi. [...] Lo Stato, qualunque nome esso abbia, riprendere le redini della giustizia"<sup>224</sup>.

Altro fattore decisivo, che è diretta conseguenza di quei rivolgimenti politici, fu l'importanza assunta nell'inchiesta medievale dal *crimen laesae maiestatis*<sup>225</sup>. È il reato politico per eccellenza, il più grave dei crimini eccezionali, il più polimorfo (sotto il suo nome i giuristi circostanziano decine e decine di reati)<sup>226</sup>; l'inchiesta lo pone in cima alla gerarchia dei delitti, all'imputato che ne è accusato non spetta alcuna garanzia di difesa, tutte le esenzioni dalla tortura, al suo cospetto, decadono<sup>227</sup>. È un reato, in fine, che nasce e che muore con la tortura, giacché «ogni volta che il *crimen laesae maiestatis* riappare nella storia, la tortura riappare con

<sup>222</sup> Come ha puntualizzato Giuliano Serges in merito alla tesi di Sbriccoli, «Il fatto che la tortura sia uno strumento giudiziario [...] non esclude la circostanza che essa possa avere una valenza politica e, anzi, che possa averla proprio in virtù della sua natura giudiziaria». GIULIANO SERGES, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in LEONARDO PACE, SIMONE SANTUCCI, GIULIANO SERGES (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Aracne Editrice, Roma 2011, p. 243.

<sup>223</sup> Ideologia «nata nel Cinquecento per indicare l'interesse dello Stato come criterio di valutazione dell'azione politica». Cfr. MARIO ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2008, p. 114.

<sup>224</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 70.

<sup>225</sup> Le origini del *crimen laesae maiestatis* risalirebbero addirittura all'epoca repubblicana romana e sarebbero riconducibili ai processi intentati contro ex magistrati portati davanti al tribunale dei tribuni: il nome di *maiestas*, infatti, era inizialmente riferito al potere di veto (*intercessio*) spettante al tribunato della plebe. A questo criterio dovevano essere ispirate le prime leggi *de maiestate*. La materia fu poi regolata in epoca imperiale, assorbendo completamente anche la casistica della *perduellio* (l'alto tradimento) e acquistando così un'accezione vastissima. Il crimine fu poi ripreso dalle leggi Franche e adeguato alle esigenze dello stato feudale con i suoi nuovi soggetti inviolabili (i baroni, il vescovo e i comuni). Il diritto canonico lo assimilò, coniando il suo gemello in campo spirituale, il *crimen laesa maiestatis divine*.

<sup>226</sup> Secondo la puntualissima definizione di Michele Pifferi: «Il *crimen laesae maiestatis* non esiste come fattispecie tipica, non è un singolo delitto definibile: è un contenitore all'interno del quale è possibile individuare una serie variabile e tendenzialmente sempre più ampia di comportamenti e accadimenti, che il legislatore o i giuristi riconducono a un'unità concettuale data dalla minaccia o lesione della *maiestas*». MICHELE PIFFERI, *Generalia delictorum: il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la «Parte generale» di diritto penale*, Giuffrè, Milano 2006, p. 377

<sup>227</sup> Cfr. MARIO SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 364.

lui»<sup>228</sup>. È opinione comune, infatti, che il diritto romano di epoca repubblicana abbia previsto l'uso della tortura solamente per gli schiavi (con qualche rara eccezione riguardo a stranieri o appartenenti alla plebe), e che la sua estensione agli uomini liberi abbia cominciato a diffondersi nella pratica processuale con l'avvento del Principato e con la relativa centralità assunta dal *crimen laesae maiestatis*, riordinato e ampliato a partire dalla *lex Iulia maiestatis*<sup>229</sup> emanata per volere di Augusto nell'8 d.C.<sup>230</sup>

L'idea dell'interdipendenza tra tortura e sistemi politici autoritari è quindi fondamentale per inquadrare l'istituto nel processo romano-canonico. Come ha detto Cordero, «nella metamorfosi inquisitoria [la tortura] ricrescerebbe anche se restassero sepolti i *Libri terribiles*»<sup>231</sup>; perché, se è il *Corpus iuris* l'autorità che l'accredita, è il sistema del sospetto e dell'intolleranza<sup>232</sup> che l'alimenta. Tecnicamente, invece, la tortura dipende dal cosiddetto sistema di prove legali, complicata gerarchia probatoria, di elaborazione canonistica<sup>233</sup>, che assegnava a ogni singola acquisizione dell'inchiesta – indizio singolo, indizio indubitato, numerosi indizi indubitati, prova, semiprova, etc – un valore specifico e cristallizzato dalla dottrina, tracciando davanti al giudice un percorso obbligato per arrivare a sentenza; spesso, passando per la tortura. Il corretto inquadramento dei rapporti tra *quaestio* e sistema di prove legali si deve a John Langbein. In un celebre saggio del 1977 lo storico americano ha demolito il paradigma evolucionistico, fino a quel momento solidissimo, che vedeva nell'abbandono della tortura il compimento della secolarizzazione, razionalizzazione e umanizzazione del diritto e individuava come principale causa della sua abolizione gli appassionati *pamphlet* dei

<sup>228</sup> ALEC MELLOR, *La torture*, Horizons litteraires, Parigi 1949, p. 97. La traduzione è mia.

<sup>229</sup> La *lex Iulia* stabiliva per questo crimine la pena dell'*interdictio aqua et igni* e la confisca del patrimonio; è a partire da essa che l'ambito applicativo del *crimen* si amplia, estendendosi a tutte le offese in qualunque modo arrecate alla dignità imperiale. Un editto di Diocleziano e Massimiano del 303 ne prescrisse l'uso per tutti i cristiani indistintamente, assimilando così il delitto di opinione a quello di lesa maestà e preparando la futura base giuridica alla persecuzione degli eretici da parte delle autorità cristiane.

<sup>230</sup> Recentemente, Carmela Russo Ruggeri ha messo in discussione la completezza di questa tesi, sostenendo che «Il numero e, soprattutto, la estrema varietà delle fonti — peraltro costantemente distribuite nel tempo — che riferiscono su episodi di utilizzazione della tortura nel campo della repressione criminale già dal periodo regio e repubblicano e nella prima età imperiale rende infatti a mio avviso difficilmente accettabile la loro globale spiegazione in termini di 'invenzioni storiografiche' e di 'abusi di potere'». CARMELA RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, Giuffrè, Milano 2002, p. 4.

<sup>231</sup> Cioè i libri 47 e 48 del Digesto che ordinavano il diritto criminale. La frase è di FRANCO CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, pubblicato da *Diario di Repubblica*, mercoledì 19 maggio 2004, p. 11.

<sup>232</sup> È la cosiddetta «tesi dell'intolleranza», che avrebbe «sovertito il modo tradizionale di intendere il diritto e di farne storia». Per Mereu, il *sospetto* inteso come presunzione di colpevolezza e *intolleranza* come matrice originaria del sospetto, sono le due forze agenti dietro la violenza legale. Cfr. ITALO MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit., pp. 7-10.

<sup>233</sup> Il sistema di prove legali, la cui terminologia compare già nel diritto romano, fu messo a punto dai canonisti a partire dall'XI secolo per dotare il modello dell'inchiesta di un contrappeso al potere del giudice-inquisitore. Cfr. GIORGIA ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 36, Giuffrè, Milano 2007, p. 54.

riformatori del Settecento<sup>234</sup>. Ma il «fairy tale degli scrittori Illuministi»<sup>235</sup> aveva distolto l'attenzione da un indizio più importante: alla fine del XVIII secolo il sistema di prove legali stava cadendo in desuetudine, laddove non fosse già stato espressamente abolito, e il diritto penale si stava progressivamente allontanando dai canoni romanistici che lo avevano contraddistinto<sup>236</sup>. Il decadimento delle prove penali sollevava automaticamente il giudice dall'obbligo formale di far procedere la condanna dalla *Regina probationum*, la confessione, consentendo, quindi, di saltare il passaggio della tortura; e questa, secondo Langbein, fu la reale causa della sua abolizione: la tortura stava diventando superflua. Ne ha giustamente concluso Giuliano Serges, che «per avere un sistema penale più efficacemente repressivo, si stabilirono una serie di istituti, a partire dalla *poena extraordinaria*<sup>237</sup>, che, aumentando a dismisura il potere arbitrario del giudice, rendevano possibile la condanna senza confessione e, così facendo, rendevano del tutto inutile la tortura giudiziaria»<sup>238</sup>.

Recentemente, Mathias Schmoeckel ha messo in discussione la tesi di Langbein, obiettando che il collasso di un sistema stabile come quello della tortura non sarebbe crollato dall'oggi al domani senza il forte contributo di uno «shock ideologico»; per Schmoeckel, che ha articolato la sua analisi a partire dalla cronologia dell'evoluzione settecentesca della pena, il problema morale della tortura posto dagli Illuministi e la crescente impopolarità dei mezzi legali sanguinosi furono, se non l'unica causa, il motore decisivo della transizione al nuovo sistema giudiziario<sup>239</sup>.

Secondo l'interpretazione storiografica prevalente, quindi, le premesse fondamentali della ricomparsa della tortura furono il declino dell'ordalia, la statalizzazione del diritto e la

<sup>234</sup> Cfr. JAMES Q. WHITMAN, *The Transition to Modernity*, in MARKUS D. DUBBER (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, p. 86.

<sup>235</sup> JOHN H. LANGBEIN, *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*, University of Chicago Press, Chicago 1977, p. 90.

<sup>236</sup> MARIA PIA PATERNÒ, *La critica alla tortura nell'illuminismo giuridico settecentesco*, in ALESSANDRA GIANNELLI, MARIA PIA PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Carocci, Roma 2004, pp. 64 ss.

<sup>237</sup> La tesi di Langbein si fonda sulla nozione di *poena extraordinaria*, istituto di età moderna che permetteva, in presenza di indizi urgenti e indubitati, di emettere la condanna saltando la confessione. Essa era stabilita dal giudice *iuxta qualitatem facti, et personae prout sibi convenire videbitur* [MASSIMO MECCARELLI, *Tortura e processo nei sistemi giuridici dei Territori della Chiesa. Il punto di vista dottrinale (secolo XVI)*, in BERNANRD DURAND, LEAH OTIS-COUR (a cura di), *La torture judiciaire*, cit., p. 699]. La *poena extraordinaria* consentiva, quindi, di saltare la tortura. Se questa era stata già eseguita, ma poi il reo non aveva ratificato la confessione resa sotto i tormenti, permetteva di procedere comunque alla condanna; lo stesso se l'imputato era stato torturato, ma non aveva confessato «del tutto» [Meccarelli, op. cit., pp. 697]. Quindi, se da un lato la *poena extraordinaria* potenziava le capacità persecutorie dell'inquisizione, dall'altro rappresentava un elemento di discontinuità in quel medesimo sistema, perché vi introduceva la libera valutazione del giudice e svincolava quest'ultimo dal compartimentato sistema di prove legali.

<sup>238</sup> GIULIANO SERGES, *La tortura giudiziaria*, cit., p. 311; cfr. anche nota 45 p. 232.

<sup>239</sup> MATHIAS SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Böhlau, Colonia 2000.

relativa affermazione di nuove politiche di repressione del dissenso. I suoi presupposti ideologici: una concezione dell'individuo non egualitaria, una concezione non garantista della giustizia, una concezione autoritaria del potere soggetta a tendenze totalitarie<sup>240</sup>. La sua abolizione, invece, il frutto della pressione delle idee illuministiche e dell'evoluzione del processo, sempre più orientato verso il principio del libero convincimento del giudice.

*A latere*, piccole voci in controtendenza sono emerse qua e là, non molto rilevanti ai fini di un inquadramento complessivo dell'istituto, né, in realtà, davvero in contrasto con la lettura politico-istituzionale. C'è l'arcinoto affresco di Michel Foucault, dove la tortura è ritratta come una versione autoritaria dell'ordalia bilaterale, con il giudice nella posizione dello sfidante<sup>241</sup>; c'è l'intuizione, mai veramente sviluppata, di Alec Mellor, che ha parlato della tortura come di un «faveur»<sup>242</sup>, ovvero come dell'ultima *chance* di salvezza offerta al reo gravemente indiziato. Quest'ultima affonda le sue radici in quella, assai più esplorata, che interpreta l'ordalia come

---

<sup>240</sup> GIULIANO SERGES, *La tortura giudiziaria*, cit., p. 274. Serges inserisce nella tradizionale lettura politico-istituzionale della tortura alcune interessanti osservazioni che riguardano il suo recupero nei diritti democratici moderni, in qualità di «tortura di salvezza» o «tecnica di persuasione» contro la minaccia del terrorismo, e propone, vista l'inadeguatezza delle precedenti definizioni nel descrivere la tortura anche come pratica compatibile con sistemi di matrice liberale, la sua riformulazione come «tortura di diritto pubblico», «individuando nel tentativo di controllo dell'ordine pubblico da parte di un potere soggetto a tentazioni autoritarie il fine ultimo ed intrinseco di qualunque trattamento presentato come *ad eruendam veritatem*», p. 235.

<sup>241</sup> MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 45. Vedi *infra*. Per il suo anticonformismo metodologico, oggi considerato datato, e per la pretesa di poter assegnare alla storia una funzione puramente critica libera da qualsiasi tipo di analisi seriale, la storiografia attuale si avvicina alle tesi di Foucault come a un bel fiore velenoso. Alcune sue intuizioni, tuttavia, meritano di essere citate, non fosse altro che per l'influenza che hanno avuto sugli studi successivi. Le sue pagine sulla tortura si iscrivono nella più ampia trattazione sui supplizi in epoca moderna e si devono inquadrare nell'analisi foucaultiana dei sistemi di dominio culturale e politico. Nel termine «supplizi» Foucault include tutte le tecniche legalizzate di violenza cui è assegnato, a seconda, uno scopo purgatorio, punitivo o inquisitorio. Il supplizio è quello finale del condannato a morte, quello *post-mortem* subito dal cadavere su cui la giustizia infierisce a scopo ammonitorio e quello dell'interrogato che, nelle segrete del carcere, viene messo a tortura. Quest'ultimo ingaggia con il giudice una sorta di tenzone cavalleresca nella quale sarà costretto a giocare, suo malgrado, il ruolo (originariamente volontario) del partner in duello. Per questa sua modalità di «gioco giudiziario» la tortura si mostra a Foucault come un'eco delle antiche prove ordaliche. Essa non rientra tra i mezzi con cui il potere sovrano manifesta pubblicamente la propria autorità (questa mansione è svolta dal supplizio della pubblica esecuzione); è piuttosto il mezzo di un potere disciplinare e burocratico che agisce privatamente (la tortura si infligge in segreto), all'interno di un'inchiesta segretamente condotta. Per tale ragione il fine ultimo della tortura non è, per Foucault, l'interesse del sovrano, ma l'interesse sociale, giacché la *quaestio* rientra nella sfera delle azioni di polizia, il cui obiettivo è il mantenimento della quiete pubblica. Che poi quest'ultima sia funzionale al mantenimento della quiete sovrana è un altro discorso. La storia dei supplizi mostra come questi svolgano una funzione sociale complessa non riducibile a un'istanza puramente repressiva. L'indubbio significato politico della tortura agisce per conto di un potere poliziesco prima ancora che sovrano. Questa precisazione appare tanto più importante se si tiene in considerazione, in un'ipotetica gerarchia dei ruoli per il controllo sulla società, l'importanza assegnata da Foucault alle forze specializzate nel mantenimento dell'ordine pubblico.

<sup>242</sup> ALEC MELLOR, *La torture*, cit., pp. 84-6. Il concetto è ripreso da ANTOINE ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime XVIe et XVIIIe siècles: audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1999, p. 89 e da ANABELLE BESTION, *La torture et le législateur en Europe*, in BERNARD DURAND, LEAH OTIS-COUR (a cura di), *La torture judiciaire*, cit., p. 853 ss.

mezzo di *grazia* per soggetti privi di credibilità giuridica<sup>243</sup> e, prima ancora, nell'idea che i soggetti accusati fossero considerati colpevoli *prima* della celebrazione della prova. Ciò contraddirebbe, come ha notato James Q. Whitman, l'assunto tradizionale degli *iudicia Dei* come prove preposte all'investigazione di fatti sconosciuti. Whitman, in particolare, respinge la tesi di John Langbein secondo cui ordalia e tortura sarebbero due volti della stessa «factual proof», l'una a carattere divinatorio, l'altra con pretese di scientificità, ma tutte e due funzionali all'ottenimento dell'impossibile «absolute certainty»<sup>244</sup>. Secondo Whitman, al contrario, ordalia e tortura non ebbero mai una reale pretesa investigativa, perché entrambe erano impiegate per risolvere cause con imputati «clearly guilty»; con la differenza che la tortura mostrava «less willingness to allow the guilt to escape»<sup>245</sup> (in accordo con la massima del *ne crimina remaneant impunita*) e i suoi soggetti erano costretti a *parlare*, mentre l'attore ordalico si limitava ad agire<sup>246</sup>.

Tanto le teorie di Whitman quanto quelle di Langbein, così come quelle di Foucault e di Mellor, rimandano più o meno direttamente alla tesi della similitudine tra tortura e purgazioni volgari, la cui prima formulazione storico-critica<sup>247</sup> si deve agli Illuministi, ma si trova già in nuce agli albori della critica abolizionista, i cui primi germogli risalgono agli inizi del Seicento<sup>248</sup>. Fino all'Ottocento, tuttavia, il paragone non si addentra granché nel diritto; ne

<sup>243</sup> I soggetti in questione, nel Medioevo, sono quelli impossibilitati a giurare (*purgatio canonica*). Tuttavia, la tesi dell'ordalia come mezzo di grazia non si applica solo all'ordalia germanica, ma all'ordalia in sé per sé come prova decisoria; comune, come abbiamo visto, alla maggior parte dei diritti arcaici. Per questa discussione vedi *infra*, cap. IV, § 4.1.

<sup>244</sup> Questa tesi è riformulata e ampliata da Langbein nel suo ultimo lavoro, che rappresenta un compendio di tutti i suoi precedenti studi: JOHN LANGBEIN, *The Legal History of Torture*, in SANFORD LEVINSON (a cura di), *Torture: a Collection*, Oxford University Press, New York 2004, in particolare vedi p. 94.

<sup>245</sup> JAMES Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit., p. 111.

<sup>246</sup> «The basic forms of factual proof in the system of judicial ordeals were no different from the basic forms of factual proof in the system of judicial torture. There was no transition from magical forms of proof to nonmagical forms of proofs. Both system made use of confession and witness testimony. The underlying assumption in both system was that the accused was, in the ordinary case, clearly guilty. The difference between the was that accused person and witnesses were not compelled to talk in the older system, whereas they were compelled to talk in the newer one, at least in theory». *Ivi*, p. 112. Le posizioni di Whitman sulla tortura devono essere calate nella sua più ampia trattazione sulla procedura criminale intesa come parte integrante della teologia del dubbio. Secondo Whitman, la dottrina sul principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* (che deve porre un limite alla libertà di convincimento del giudice e fornire delle garanzie all'accusato), fu elaborata all'inizio dell'era moderna per sollevare il giudice (o la giuria, nel caso dell'Inghilterra) dalla responsabilità morale della sentenza. Nella tradizione inglese di common law la *vox Dei* viene sostituita dalla *vox populi*, ovvero da una giuria composta da pari dell'accusato; nel sistema continentale, invece, la responsabilità della sentenza ricade sulla burocrazia inquisitoria, ovvero sul sistema di prove legali, che affida la soluzione decisiva del processo alla qualità delle prove fornite dai testimoni e, soprattutto, alla confessione del reo. Facendo dipendere la tortura dagli *indicia indubitata*, ovvero da indizi che non lasciano spazio al dubbio, la responsabilità morale della tortura non è direttamente imputabile al giudice, e neppure la sentenza che ne segue.

<sup>247</sup> Connotazione storico-critica per distinguerla dalla posizione ufficiale dei giuristi dello *ius commune*, che riconobbero alla tortura un'affinità con la *purgatio*; non tanto un'affinità logica, quanto strutturale, relativa all'organizzazione giudiziaria di quelle prove; un'affinità che fu ammessa (e sviluppata) solo in relazione alla *purgatio canonica* e al duello, e non all'ordalia unilaterale.

<sup>248</sup> Vedi *infra*, cap. IV, § 4.2.

restano cioè al di fuori alcune importanti riflessioni relative alla struttura dei due istituti. Gli argomenti introdotti dagli Illuministi furono essenzialmente due: che la tortura, come i giudizi divini, si fondava su una credenza (Dio non lascia perire l'innocente) e non su un assunto giuridico, quindi la tortura era superstiziosa ed estranea alle ragioni del diritto; che la tortura, come i giudizi divini, faceva violenza all'imputato *prima* che questi fosse stato trovato colpevole, quindi la tortura non era un mezzo di prova, ma una pena. Corollario: la tortura non è adatta a scoprire la verità né legittima in sede processuale. La tesi della similitudine è utilizzata dagli Illuministi per mettere in risalto arcaicità, irrazionalità e brutalità della *quaestio*; ogni discorso comparativistico, qui, è strumentale alla tesi abolizionista<sup>249</sup>. Ma un secolo più tardi, quando la *quaestio* non è che un ricordo, il paragone è diventato uno dei tanti tasselli che compongono il quadro storico-giuridico dell'istituto. Per Henry Charles Lea la tortura sostituisce virtualmente l'ordalia perché entrambe svolgono una medesima funzione decisoria<sup>250</sup>; anche la tortura, almeno ai suoi esordi, si rivolge a quelle categorie di uomini cui non è concessa la compurgazione<sup>251</sup>; lo spirito popolare non le distingue, in quanto prove ostensorie fondate sulla fede nell'intervento divino<sup>252</sup>; gli intellettuali, a loro volta, considerano le ordalie alla stregua di torture, non potendovi vedere altro che una forma di superstizione<sup>253</sup>. Per il teologo protestante Philip Shaff, altro importante storico della Chiesa del XIX secolo, quando le ordalie scompaiono dalle procedure, la loro *ratio* sopravvive nella tortura, che le ha sostituite, e che a ben vedere «rests on the same idea»<sup>254</sup>.

Per un'analisi più circostanziata della tesi della similitudine bisogna attendere gli anni '50 del Novecento, quando il capolavoro di Fiorelli dirige l'attenzione su un aspetto fino a quel momento trascurato: la tortura sarebbe un'ordalia solo se si potesse considerare la sentenza che ne deriva come un effetto necessario - «nel senso matematico della parola» - del suo risultato materiale; ma ciò non è corretto, perché «le prove ottenute colla tortura non erano stimate prove se non avevano conferma, da un lato, negli'indizi che necessariamente le precedevano e nelle altre prove che le potevano accompagnare e rafforzare; dall'altro, per la confessione estorta e qualche volta per la stessa testimonianza, nella solenne ratificazione che la convalidava»<sup>255</sup>. In altre parole: la tortura non può essere considerata, tecnicamente, una

---

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> HANERY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 442.

<sup>251</sup> *Ivi*, p. 467.

<sup>252</sup> *Ivi*, p. 522.

<sup>253</sup> *Ivi*, p. 403.

<sup>254</sup> PHILIP SCHAFF, *History of the Christian Church*, Charles Scribner, New York 1884, vol. IV, Mediaeval Christianity. A.D. 590-1073, p. 363.

<sup>255</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 155-6.



prova decisoria, e pertanto la sua affinità con l'ordalia è molto meno stringente di quanto non sembri a una prima lettura<sup>256</sup>.

L'autorevolezza e l'intelligenza di questo argomento appongono una pietra tombale sulla questione della similitudine, che si riapre solo nel 1989 con *Diritto e ragione* di Luigi Ferrajoli. Prova ordalica e *per tormenta* si mostrano al filosofo del diritto come prodotti del medesimo paralogismo (l'idea che possano esistere regole induttive sufficientemente universali da garantire la verità dell'induzione giudiziaria), che come conseguenza porta all'eliminazione della mediazione del giudice e riduce la prova a mera esternazione di ciò che è già scritto nel testo di legge (prova legale) o è già deciso dalla divinità (ordalia)<sup>257</sup>.

La maggior parte degli studiosi ha rifiutato questa tesi, ricordando che la complessità storica si sottrae per definizione alle analisi eccessivamente meccanicistiche. Ecco, in sintesi, i principali argomenti opposti dalla storiografia più recente alla tesi della similitudine rimodellata da Ferrajoli: accostare tortura e ordalia è ingenuo poiché si pretende di far retroagire categorie appartenenti alla modernità; la tortura non può dirsi realmente affine all'ordalia perché quello che l'ordalia si limita a mostrare (verità rivelata) la tortura si è impegnata per trovarlo (verità ricercata); l'esito materiale dell'ordalia dà immediato corso alla sentenza definitiva, mentre la confessione estorta con la tortura deve essere ratificata al di fuori dei tormenti; l'ordalia si fonda esplicitamente sull'intervento divino, la tortura assolutamente no; l'ordalia è *one shot*, la tortura, invece, è ripetibile.

L'indubbia validità di queste obiezioni non risulta così dirimente quando esse vengano messe in relazione con la massima della irripetibilità dei tormenti oltre il numero prestabilito. Per l'imputato che raggiunge questo traguardo senza confessare l'assoluzione si mostra come effetto necessario e immediato della negativa anche «nel senso matematico della parola»; per cui, se non è la tortura nel complesso ad assomigliare all'ordalia, lo è l'ultima sessione, quella non più ripetibile, che si inserisce nel processo romano-canonico come una più sobria manifestazione dell'antico *deus ex machina* ordalico. Il discorso è valido solo se il giudice rispetta questa norma, ovvero se fa coincidere la *tortura praticata* con la *tortura regolata*<sup>258</sup>, quella ideale, moderata e prudente voluta della dottrina. Su quest'ultima, Sbriccoli ha insinuato nel suo saggio più famoso «un'ipotesi paradossale»: che la tortura regolata sia stata «uno dei luoghi di incubazione di alcuni aspetti del garantismo moderno»; non in senso figurato, né come un'anticipazione bizzarra e arbitraria, ma nel senso di un «contributo di

<sup>256</sup> Sull'argomento di Fiorelli vedi *infra*, cap. IV, § 1.

<sup>257</sup> Ferrajoli, più in generale, ha messo in relazione le prove ordaliche con le prove legali. Per un'analisi più dettagliata delle sue tesi vedi *infra*, cap. III, § 2.

<sup>258</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., pp. 127.

metodo»<sup>259</sup>. In sostanza, per Sbriccoli, il «finto garantismo»<sup>260</sup> e la «normativa rinnegante»<sup>261</sup> non furono, nella tortura, né così finti né così rinneganti. Cerchiamo di inquadrare meglio i termini di questo discorso.

Il garantismo come dottrina si sviluppa a partire dal XVIII secolo e si afferma con la Rivoluzione Francese; prevede, in linea generale, una serie di principi che, benché filosoficamente non omogenei, formano nel loro insieme un sistema coerente e unitario volto ad assicurare «il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l'arbitrio»; ovvero, ancora secondo una definizione di Ferrajoli, uno «schema *epistemologico* di identificazione della devianza penale»<sup>262</sup>. Da ciò dovrebbe risultare pacifico che la tortura – che ammette il pregiudizio di colpevolezza, presuppone un giudice non imparziale, muove da verità precostituite e attua un modello giudiziario a scarsissima tutela dell'individuo e minima attendibilità del giudizio<sup>263</sup> - sia perfettamente antigarantista<sup>264</sup>. L'interrogante ha solo poteri, l'interrogato solo doveri e il suo processo si fonda sulla regola «non curamos de modo, dummodo habeamus affectum»<sup>265</sup>. L'effetto ricercato è la confessione, mentre qualunque modello garantista nega alla confessione ogni ruolo decisivo<sup>266</sup>. Sbriccoli, cionondimeno, ha riconosciuto nella *quaestio* un paradossale ma reale elemento di civiltà giuridica: un garantismo metodologico latente, il primo accenno a una tecnica di limitazione e di disciplina dei poteri pubblici. Questa «tecnica» è inaugurata dal sistema di regole formali elaborato dai giuristi per prevenire l'abuso – ma anche l'uso disinvolto - della *quaestio*. Nella dialettica

---

<sup>259</sup> Ivi, pp. 126-7.

<sup>260</sup> «Fonti fluide, confuse casistiche sugli indizi, finto garantismo tramandato quale *paper rule*, tartufesche invettive contro l'abuso nella 'pratica', nominata a bocca storta come fenomeno remoto, cloacale, intellettualmente irrilevante; così i sapienti tengono in vita un istituto guasto fin dalla cellula germinale, lasciando allo *iudex-carnifex* quanto spazio vuole; [...] i cosiddetti abusi appartengono alla fisiologia dello strumento. Siccome rende lo adoperano senza tanti scrupoli. Altrettanto visibile l'effetto morale inquinante: avendo in mano arnesi simili, i malriusciti infieriscono; sarebbe un miracolo se questa crudeltà professionale su degli inermi non inneschasse pulsioni aggressive». FRANCO CORDERO, *La fabbrica della peste*, Laterza, Bari 1984, pp. 140-44.

<sup>261</sup> La normativa rinnegante è, per Italo Mereu, la tecnica comune ai testi di diritto criminale scritti tra XVI e XVII secolo: essa prevede una regola generale che viene enunciata e un'infinità di controregole che la esautorano, così che le regole certe mancano e le decisioni vere e proprie finiscono con l'esser rimesse «all'arbitrio di chi comanda». Cfr. ITALO MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit., pp. 20-1.

<sup>262</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 6. Ferrajoli (p. 69) ha fissato il modello garantista ideale in dieci principi assiologici tra loro non derivabili: *Nulla poena sine crimine; Nullum crimen sine lege; Nulla lex (poenalis) sine necessitate; Nulla necessitas sine iniuria; Nulla iniuria sine actione; Nulla actio sine culpa; Nulla culpa sine iudicio; Nullum iudicium sine accusatione; Nulla accusatio sine probatione; Nulla probatio sine defensione*.

<sup>263</sup> GIULIANO SERGES, *La tortura giudiziaria*, cit., p. 232-3, nota 45.

<sup>264</sup> Per un'ampia discussione sulla natura antigarantista, antidemocratica e antiumanitaria della tortura, non solo di antico regime, rimando ancora una volta a Giuliano Serges, in particolare pp. 232-36; pp. 275 ss.

<sup>265</sup> LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 623.

<sup>266</sup> Ivi, p. 624.

processuale quel sistema di regole assume il significato di un limite che la potestà pubblica si autoimpone per garantire il cittadino sul terreno dei suoi diritti fondamentali<sup>267</sup>.

Ma c'è una regola più garantista delle altre, secondo la quale il reo che resiste senza confessare fino al termine di tormenti prescritti deve essere assolto *ipso facto* e giudicato migliore «*quam ante accusationem*». È una regola connotativa più che disciplinare. Non riguarda propriamente il comportamento del giudice, né la sfera d'applicazione formale della tortura; non si occupa di stabilire su che base torturare, come torturare e chi torturare, ma di delimitare e connotare il potere della tortura. È da questa regola, d'altronde, che la tesi della similitudine tra ordalia e tortura trae uno dei suoi argomenti di maggiore forza, proprio perché essa configura la *quaestio* come dispositivo finalizzato a decidere la colpevolezza o l'innocenza del reo, a seconda che egli superi o non superi la prova. E chi è questo reo? In base all'aritmetica probatoria e alla gerarchia di credibilità medievale, un imputato poco o per nulla fededeigno (per *status*) su cui gravano indizi gravi o gravissimi; in poche parole, un colpevole, o un quasi certamente colpevole. La «tortura regolata», quindi, si presenta come *un mezzo non interamente controllabile dal giudice per perseguire imputati quasi certamente colpevoli*. Non sfugge il forte contrasto tra questa definizione e l'ideologia autoritaria e antigarantista del sistema inquisitorio. La quasi certezza della reità, messa in relazione con l'incertezza della pena, suggerisce che la funzione della tortura non sia stata esclusivamente condannatoria, né la sua valenza politico-istituzionale interamente ortodossa. Naturalmente si tratta di un contrasto teorico, potenziale, perché nella pratica la tortura dà i risultati per cui è stata istituita ed è quindi perfettamente in linea con la *ratio* inquisitoria. Ma è comunque sufficiente per avviare una riflessione più approfondita sulla sua *ratio* ordalica e, più in particolare, sul rapporto tra *ratio* ordalica e garantismo. Garantismo non nell'accezione moderna costituzionale, ovviamente, né in quella dottrinale che il termine assume a partire dal XVIII secolo, ma come prima individuazione di un problema etico-giuridico, che è la tutela dell'individuo nei confronti dello Stato, che proprio l'eccessiva sproporzione tra individuo e Stato rende individuabile. La *ratio* ordalica si configura quindi come un primo tentativo di soluzione, giacché essa si traduce in una regola che, per quanto soggetta a interpretazioni<sup>268</sup>, giudici imprevedibili e normative «rinneganti»<sup>269</sup>, pone un limite effettivo all'azione del

<sup>267</sup> Per una discussione critica di questa tesi vedi *infra*, cap. II, § 4.

<sup>268</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, § 2.

<sup>269</sup> La tarda dottrina inventa, non a caso, la «tortura con riserva di prove». Essa prevede che l'erogazione della tortura sia preceduta dall'avvertimento che gli elementi di prova raggiunti fino a quel momento siano dati per acquisiti a prescindere dall'esito della prova, in modo tale che l'eventuale sopportazione dei tormenti da parte del reo non abbia l'effetto di purgarli, ovvero di annullarli. Se poi il reo mantiene la negativa, invece di essere rimesso in libertà può essere tenuto in prigione per un tempo determinato o anche indeterminato, nell'attesa che

potere pubblico nell'ambito del processo penale, agendo idealmente contro l'abuso della forza coercitiva dello Stato, contro la slealtà processuale e contro la violazione del diritto divino inteso come «giustizia naturale, laica, compensativa, basata sul sentimento comune di ciò che è giusto ed equo»<sup>270</sup>. Esaminato da questa prospettiva, il garantismo «annidato» appare come qualcosa di più pervasivo e sfuggente rispetto a un contributo di metodo sperimentato nelle formalità architettate dalla dottrina. La tortura, nella sua goffa e incoerente declinazione ordalica, limita se stessa, e così facendo introduce nel processo romano-canonico un elemento di contraddizione che ha meno a che vedere con la divinazione e più con un germinale principio personalista, che permea e connota l'istituto e lo rende teoricamente utilizzabile pro reo e «in praeiudicio reipublicae»<sup>271</sup>.

---

si presentino nuovi indizi. Questa pratica, legalizzata dall'*Ordonnance criminelle* del 1670, da una parte è il segno di un'evoluzione in senso pienamente e maturamente autoritario del diritto, e in particolare della giurisprudenza dei Parlamenti, dall'altro, rivela tutta la sfiducia dei giuristi e dei legislatori nei confronti del mezzo [GIORGIA ALESSI, *Il processo penale*, cit., p. 106]. Come dirà assai finemente Gaetano Filangieri, è lo Stato stesso a non riporre più alcuna fiducia negli effetti della tortura, pur continuando a ricorrervi. Cfr. *infra*, p. 225.

<sup>270</sup> Come ha specificato Alessandro Giuliani, la tradizione dell'*ordo iudiciarius* aveva assunto il diritto divino come fondamento etico, attribuendogli però un'accezione laica, indissolubilmente legata alla definizione di diritto naturale e, più in generale, al principio di uguaglianza processuale sviluppatato a partire dalla filosofia aristotelica. Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 535. Cfr. *infra*, cap. II, § 2 e in particolare § 2.3.

<sup>271</sup> È un'espressione usata dal giurista spagnolo Antonio Gomez in riferimento alla massima assolutoria della tortura. Cfr. *infra*, p. 185.

## CAPITOLO II

### LA TORTURA COME CONTRADDITTORIO

## Premessa. Il problema dell'etica e della razionalità nell'interpretazione storica di ordalia e tortura

La parola tortura, dal verbo latino *torquere*, torcere, indica una forma di violenza, sia fisica che morale, finalizzata a estorcere informazioni, o intesa come pena corporale. L'idea che possa anche essere inflitta senza alcuno scopo, quale espressione di mera brutalità, rientra nell'accezione generica che il termine ha assunto a partire dal XIX secolo, via via che esso andava perdendo la propria connotazione di atto legale. Attualmente la tortura è vietata dal diritto internazionale umanitario ed è soggetta a una dura censura etica da parte della società civile, almeno quella parte relativa ai paesi che hanno sottoscritto la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura. Cionondimeno, è noto che alcuni corpi speciali o «paralleli» degli Stati moderni continuano a farne uso a scopo prevalentemente inquisitorio, il che ha posto la tortura ai margini, ma non ancora al di fuori, del diritto.<sup>272</sup> Questa posizione liminare ha complicato il lavoro degli storici, che a più riprese hanno sentito il bisogno di approcciarsi

---

<sup>272</sup> Dopo la Seconda Guerra Mondiale, la tortura ha fatto la sua ricomparsa nelle democrazie occidentali come pratica illegale tacitamente ammessa, di fatto utilizzata da enti polizieschi, militari e parastatali per estorcere informazioni o indurre comportamenti ritenuti di rilevanza strategica. Sebbene le campagne per i diritti umani avviate a partire dagli anni Settanta abbiano avuto come esito decisivo la firma della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (1984), ratificata nel 1998 da 122 paesi, la posizione delle democrazie occidentali nei confronti della tortura non è univoca. È noto che Stati Uniti abbiano finanziato ricerche di tipo psichiatrico per scoprire forme più raffinate ed efficaci di tortura [GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Laterza, Bari 2009, p. 16] e che il cosiddetto *Kubark*, manuale di tortura che circolava tra gli agenti della C.I.A. durante la Guerra Fredda, sia stato aggiornato e riutilizzato dagli agenti della base militare di Guantanamo [cfr. GIULIANO SERGES, *La tortura giudiziaria*, cit., p. 317]. Studiosi come Alan Dershowitz e Michael Walzer ne hanno predicato la compatibilità con il sistema democratico e la liceità a fronte di *necessità* [*Ibid.* Dershowitz ne ha addirittura consigliato una puntuale disciplina legislativa]. I rapporti redatti da organizzazioni internazionali come Amnesty International e Human Rights Watch testimoniano che la tortura è attualmente molto diffusa anche nei paesi democratici. In Italia il dibattito è stato riaperto da un saggio di recente pubblicazione, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto* (2013); gli autori, Massimo La Torre e Marina Lalatta Costerbosa, sostengono che «il vaso di Pandora» sia stato riaperto alla fine degli anni Ottanta in Israele, quando la commissione Landau fu incaricata di esprimere un parere sulla legittimità delle pratiche violente di interrogatorio cui polizia e servizi segreti sottoponevano i palestinesi sospettati di attività terroristiche. La commissione espresse parere favorevole in riferimento ai casi in cui l'estorsione di informazioni tramite tortura avesse ancora potuto impedire il verificarsi di eventi distruttivi. A questa tesi, anche nota come *ticking bomb* - già teorizzata da Diderot, che si disse sfavorevole all'abolizione della tortura *in caput sociorum* [cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 256] e da Jeremy Bentham [cfr. il problema dei *Manoscritti Twining* di Bentham in GIULIANO SERGES, *op. cit.*, pp. 307 ss.] - si oppone la ragione antiutilitaristica secondo cui legittimare l'uso della tortura, seppure nella prospettiva di salvare altre vite, equivalga a legittimare l'uso della tortura *tout court*. Secondo l'argomento della cosiddetta «slippery slope», la «china scivolosa», una concessione, seppure minima, all'uso legalizzato di una pratica illegale, comporta conseguenze imprevedute che sono, tuttavia, prevedibili. «La caduta dell'inibizione iniziale rispetto al male evidente fa sì che non ci siano più barriere insuperabili contro questo e la sua ripetizione e variazione. [...] Una volta che si accetti di torturare in un caso non ci saranno più limiti inviolabili per la tortura in altri casi». MASSIMO LA TORRE, MARINA LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna 2013.

alla tortura come a un indicatore dello sviluppo etico e razionale di una determinata società. Tra i primi a rilevare il vizio di questa impostazione metodologica vi fu Alessandro Manzoni, che nella *Storia della colonna infame* rimproverò Verri per certe imprecisioni e iperboli che a suo parere appannavano la lucidità storica delle *Osservazioni sulla tortura*. Verri vi aveva lavorato tra il 1760 e il 1777; folgorato dagli atti del processo a Guglielmo Piazza e Gian Giacomo Mora, cittadini milanesi torturati e giustiziati come untori nel 1630, egli articolò le proprie critiche all'interno dell'exasperata cornice di fanatismo, irrazionalità, violenza e superstizione di cui la tortura era in parte corollario in parte scaturigine e i giuristi di antico regime, per averla concepita e disciplinata, i maggiori responsabili<sup>273</sup>. E «l'argomento era stringente, come nobile e umano l'assunto»<sup>274</sup>, e anche veramente necessario visto che lo scopo di Verri era la delegittimazione della tortura e del sistema inquisitorio; «ma dalla storia, per quanto possa esser succinta, d'un avvenimento complicato, d'un gran male fatto senza ragione da uomini a uomini, devono necessariamente potersi ricavare osservazioni più generali, e d'una utilità, se non così immediata, non meno reale. Anzi, a contentarsi di quelle sole che potevan principalmente servire a quell'intento speciale, c'è pericolo di formarsi una nozione del fatto, non solo dimezzata, ma falsa, prendendo per cagioni di esso l'ignoranza de' tempi e la barbarie della giurisprudenza»<sup>275</sup>.

Le *Osservazioni* erano uscite nel 1804, postume, per volontà dell'autore, ma nel frattempo erano accadute alcune cose degne di nota: in Italia la tortura era già stata abolita in Lombardia (1789) e in Piemonte (1798) e il *Dei delitti e delle pene* (1764) di Cesare Beccaria (e in parte del «piccolo cenacolo di patrizi lombardi riuniti intorno alla forte personalità di Pietro Verri e del Fratello Alessandro»<sup>276</sup>), ovvero l'opera che avrebbe «plasmato i Lumi del diritto

---

<sup>273</sup> Secondo il Verri, «niente sta scritto nelle leggi nostre», sicché l'uso della tortura «fu unicamente appoggiato alle dottrine dei criminalisti [...]. Uomini adunque oscuri, ignoranti e feroci [...] con tristissimo raffinamento ridussero a sistema e gravemente pubblicarono la scienza di tormentare gli uomini, con quella tranquillità medesima con la quale si descrive l'arte di rimediare ai mali del corpo umano: e furono obbediti e considerati come legislatori, e se ne fece un serio e placido oggetto di studio, e si accolsero nelle librerie legali i crudeli scrittori che insegnarono a sconnettere con industrioso spasimo le membra degli uomini vivi, e a raffinarlo colla lentezza e coll'aggiunta di più tormenti, onde rendere più desolante e acuta l'angoscia e lo estermio. Tali libri, che avrebbero dovuto con ragione ricoprire i loro autori d'una eterna inominia e che, se fossero in lingua volgare e comunemente letti più che sono, o farebbero orrore alla nazione ovvero spegnendo in essa i germi di ogni umana virtù, la compassione e la generosità dell'animo, la precipiterebbero nuovamente verso il secolo di barbarie e di ferro, tai libri, dico, presero fralla oscurità credito, e venerazione acquistarono presso gli stessi Tribunali e, sebbene mancanti dell'impronta della facoltà legislativa e, meri pensamenti di uomini privati, acquistarono forza di legge, legge illegittima in origine, e servono tuttavia per estermio de' sospetti rei anche nel seno della bella, colta e gentile Italia [...]». PIETRO VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, a cura di Silvia Contarini, Bur, Milano 2006, pp. 141-2.

<sup>274</sup> ALESSANDRO MANZONI, *Storia della colonna infame*, Bur, Milano 2009, p. 16.

<sup>275</sup> *Ibid.*

<sup>276</sup> La storiografia ha ormai ridimensionato l'idea secondo cui Beccaria si sarebbe limitato a mettere per iscritto idee altrui, e in particolare quelle di Pietro Verri (che in una lettera al fratello scrisse «mi meraviglio come abbia potuto cucire insieme il libro [...] di cui le idee erano più quelle dei suoi amici che non le sue». Cionodimeno, è

penale»<sup>277</sup>, già circolava da diversi anni in tutte le principali lingue europee. Parallelamente alla critica umanitaria e umanistica, Beccaria aveva posto la questione della improduttività giuridica della tortura, prendendo di mira, più che l'istituto, il sistema giudiziario, al di fuori del quale la *quaestio* doveva rivelare la sua ultroneità. Egli riuscì dove altri avevano fallito, o meglio, contribuì più di chiunque altro al processo di riforme che dal 1730 stava conducendo all'abolizione legale della tortura in diversi Stati europei; alla maturazione di una nuova coscienza storica che meno di un secolo dopo avrebbe consentito di guardare alla tortura come a una questione «necessariamente relativa»<sup>278</sup>. Il relativismo storicistico avviato da Montaigne e raccolto da Manzoni avrebbe trovato alla fine del XIX secolo uno sviluppo sistematico e coerente nell'opera di Wilhelm Dilthey e Oswald Spengler; tuttavia, l'aura gotica che circondava la tortura non era così semplice da dissipare, e lo spettro della «ignoranza de' tempi e della barbarie della giurisprudenza» tornò ad aggirarsi nei primi studi contemporanei sulle istituzioni medievali. Storici come Henry Charles Lea, Andrew Dickson White, William Edward Hartpole Lecky, che lavorarono su una grande mole di fonti e su scale temporali e spaziali vastissime, seppero valutare con finissima sensibilità tutte le implicazioni, le sfumature, i dettagli dell'enorme materiale che intendevano ordinare, ma il sollievo e la convinzione di appartenere a un'epoca in cui la ragione ha ormai trionfato sulla superstizione, l'umanità sulla violenza, hanno gettato sulle loro opere l'ombra positivista dell'«humanitarian-progressivist model»<sup>279</sup>, quella visione progressista, razio-centrica, che «con sguardo fisso si poggia sulla storia di un popolo, cogliendone in forma gretta tutte le piccolezze»<sup>280</sup>, immaginando di poterlo classificare in base alle maggiore o minore idoneità delle procedure e delle istituzioni che ne compongono il sistema giuridico. Ma l'intento enciclopedico, a tratti romantico, di ripercorrere fin dalle origini la storia di istituti giuridici

---

accertato che il *Dei delitti* fu anche il frutto del lavoro collettivo dei redattori de *Il Caffè*, peridico di ispirazione illuminista uscito tra il 1764 e il 1765, e che il capitolo sulla tortura sia stato scritto in buon parte sulla base dei suggerimenti di Verri. ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 402; EMANUELE GREPPI, ALESSANDRO GIULINI, (a cura di), *Carteggio di Pietro Verri e di Alessandro Verri dal 1766 al 1797*, vol. VII, Cogliati, Milano 1931, p. 186.

<sup>277</sup> L'espressione è di MICHEL PORRET, *Beccaria*, Il Mulino, Bologna 2013, p. 12.

<sup>278</sup> ALESSANDRO MANZONI, *Storia della colonna infame*, cit., p. 38. E poco oltre, riferendosi ai giuristi e agli interpreti che si trovarono a dover regolare e normalizzare l'istituto della tortura: «Vennero essi forse a confondere un ordine stabilito di più giusti e umani principi, a balzar di posto dottrine più sapienti, a turbar, dirò così, il possesso a una giurisprudenza più ragionata e più ragionevole? A questo possiamo risponder francamente di no [...]».

<sup>279</sup> EDWARD PETERS, *Torture*, Basil Blackwell, Oxford and New York 1985, p. 77 ss.

<sup>280</sup> La definizione è di Anton Friedrich Justus Thibaut, filosofo e giurista tedesco che ebbe una grande influenza sullo studio delle discipline giuridiche a metà del XIX secolo, tradotta e riportata da Antonio Procida Mirabelli di Lauro in *Comparazione e storia nello studio del diritto del tempo presente*, in PIETRO CERAMI, MARIO SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica. II. Ricordando Giovanni Crisculi*, Giappichelli Editore, Torino 2013, p. 61.



medievali per individuarvi «certain phases of human society and progress»<sup>281</sup> - che percorre, ad esempio, tutta l'opera di Lea,<sup>282</sup> e in particolare *Superstition and Force* - ha il merito di aver portato per la prima volta all'attenzione della storiografia la questione della corrispondenza tra storia giuridica e storia della civiltà.<sup>283</sup> Allo storico del diritto si è aperta la dimensione della lunga durata, nella quale egli può cogliere con maggiore profondità i caratteri di tradizioni giuridiche che il solo diritto positivo sarebbe insufficiente a rappresentare, essendo queste «a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, and the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught»<sup>284</sup>.

La nozione di tradizione giuridica pone il sistema giuridico in relazione alla specifica cultura di cui esso è parzialmente espressione,<sup>285</sup> ed è precisamente da questa cultura, e non dalla propria, che lo storico può estrarre le uniche tendenze valoriali utili a una definizione di razionalità. E tuttavia, la logica del relativismo applicata al problema della razionalità può risultare quanto mai astrusa o esasperante. Infatti, se non ci sono problemi di sorta ad accettare l'idea di diverse culture, l'idea di diverse razionalità sembra scontrarsi con ostacoli apparentemente insuperabili. Per risolvere il *busillis*, la storiografia dell'ultimo secolo ha adottato come criterio euristico la concezione weberiana di razionalità intesa come adeguatezza dei mezzi impiegati per il perseguimento di un determinato scopo<sup>286</sup>. Al centro

---

<sup>281</sup> HENRY CHARLES LEA, *Superstition and Force*, cit., p. 3.

<sup>282</sup> Sull'approccio di Lea, cfr. WALTER KUDRYCZ, *The Historical Present: Medievalism and Modernity*, A&C Black, Londra 2011. Lea prende però le distanze dall'«humanitarian-progressivist model», quando in *Forza e Superstizione* afferma: «Fieri della nostra generazione presente, noi ridiamo delle incoerenze alle quali si abbandonavano i padri nostri», *op. cit.*, p. 95.

<sup>283</sup> Come ha messo in luce Edward Peters, «the remark for which Henry Charles Lea is probably best remembered is found in the Preface to the 1878 revised printing of his first book, *Superstition and Force*... [where] Lea observed categorically and for the first time in American historical writing that 'the history of jurisprudence is the history of civilization'». In EDWARD PETERS, *Henry Charles Lea: Jurisprudence and Civilization*, in «Second Annual Lawrence J. Schoenberg Symposium on Manuscript Studies in the Digital Age», *Lex Scripta: the Manuscript as Witness to the History of Law*, vol. 2, University of Pennsylvania, Philadelphia 2010, p. 1.

<sup>284</sup> JOHN HENRY MERRYMAN, ROGELIO PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford 2007 (1969), p. 2.

<sup>285</sup> John Merryman distingue tra «tradizione giuridica» e «sistema giuridico». Mentre quest'ultimo implica una precisa coerenza interna e fa riferimento all'insieme delle istituzioni, delle procedure e delle regole, la tradizione ammette per definizione la complessità e la contraddizione di informazioni che, benché tramandate dal passato, sono incessantemente rielaborate dalla comunità, che vi attinge in modo selettivo e creativo per rispondere di volta in volta alle proprie esigenze. *Ibid.*

<sup>286</sup> Le distinzioni di Weber hanno valore euristico e non sostanziale, sono cioè «utopie razionali che si incontrano raramente o mai in modo puro nella realtà empirica» e hanno altresì lo scopo di permettere di determinare se un giudizio si orienta più nel senso del formalismo e della razionalità o nel senso del materialismo e dell'irrazionalità. JULIEN FREUND, *La crisi dello Stato tra decisione e norma. Saggi di filosofia del diritto e teoria politica*, a cura di Agostino Carrino, Guida Editore, Napoli 2008, p. 192.

della questione è stata posta quindi la «struttura finalistica»<sup>287</sup> dell'oggetto di indagine, ovvero la qualità della relazione tra mezzo e fine, mentre ogni parametro logico-empirico, a causa della sua invincibile soggettività, è stato lasciato in secondo piano.

Poniamo, a questo punto, il caso emblematico delle ordalie. Lo storico interessato a stabilire la loro minore o maggiore razionalità dovrà essenzialmente tenere conto della loro funzionalità rispetto allo scopo per cui furono impiegate. In quest'ottica, le ordalie dovrebbero risultare perfettamente *razionali rispetto allo scopo*<sup>288</sup>, in accordo con la nota definizione weberiana, e razionali in quanto dotate di senso, cioè coerenti con l'insieme di proposizioni sul mondo che gli individui medievali *dovevano* ritenere vere per poter adattare la propria mente al mondo.<sup>289</sup> La questione, però, non è così semplice come sembra.

La Chiesa romana, specialmente a partire dal XII secolo, considerò invece le ordalie come *rationali contrariae*<sup>290</sup>, cioè come dei costumi irrazionali. La loro «specificità irrazionalità»<sup>291</sup> non dipendeva dalla loro illogicità, quanto dalla loro non-canonicità, cioè dalla loro natura di *superstitio*, l'errore teologico che si contrappone alla *veritas* incarnata dal diritto canonico.<sup>292</sup> Le ordalie, quindi, erano irrazionali in quanto *adinventiones*, ed erano delle «invenzioni» in quanto consuetudini create dal volgo al di fuori della tradizione canonica.<sup>293</sup> L'irrazionalità,

---

<sup>287</sup> NICHOLAS RESCHER, *La razionalità. Indagine filosofica sulla natura e i fondamenti della ragione*, Armando Editore, Roma 1999, p. 177.

<sup>288</sup> Weber pone come fondamento della sua sociologia il concetto dell'agire sociale, cioè di un agire essenzialmente riferito all'agire altrui. Su questa base egli individua quattro tipi ideali di agire sociale razionale: 1) *L'agire razionale rispetto allo scopo* orienta l'azione in base allo scopo, ai mezzi e alle conseguenze concomitanti, misurando razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi e gli scopi in rapporto alle conseguenze ad anche i diversi scopi possibili in rapporto reciproco. 2) *L'agire razionale rispetto al valore* si fonda sulla certezza nell'incondizionato ed indiscutibile valore di un determinato comportamento in quanto tale, prescindendo dalle sue conseguenze. La razionalità rispetto al valore sottomette i mezzi al valore assoluto attribuito allo scopo. Questo tipo di razionalità pone l'accento non sul valore in quanto tale, non sulla scelta, ma sul suo carattere incondizionato; il senso dell'agire non rimanda a uno scopo da raggiungere, ma risiede nel valore in sé dell'agire stesso. 3) *L'agire razionale rispetto agli affetti* si ha quando l'azione riflette stati d'animo o affetti. 4) *L'agire razionale rispetto alla tradizione* si ha quando l'azione riflette abitudini acquisite e consolidate nella tradizione. MAX WEBER, *Economia e società. Sociologia politica*, a cura di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Milano 1981, Vol. 4 (*Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga 1922); cfr. anche DANIELA TRIGGIANO, *Introduzione a Max Weber. Da Economia e società a Sociologia della religione*, Meltemi, Roma 2008, p. 23 ss.

<sup>289</sup> Il filosofo Pascal Engel ha parlato in questo senso della «tendenza alla verità» delle credenze collettive: «la credenza [...] tende alla verità, nel senso che le credenze sono il tipo di stati mentali che devono essere veri per far sì che la mente si adatti al mondo». PASCAL ENGEL, *Volontà, credenza e verità. Lezioni veneziane di filosofia*, Jouvence, Roma 2014, p. 57.

<sup>290</sup> Cfr. *supra* pp. 54-5.

<sup>291</sup> MATHIAS SCHMOECKEL, *Ein sonderbarbares Wunderwerk Gottes. Bemerkungen zum langsamen Rückgang der Ordale nach 1215*, in «Ius Commune», 26, 1999, p. 153.

<sup>292</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 156-7.

<sup>293</sup> Può essere interessante notare, a questo proposito, che una delle argomentazioni principali di Verri a supporto della sua tesi sulla irrazionalità e arbitrarietà della tortura giudiziaria attiene proprio al fatto che la tortura non era stata istituita né dalle leggi né dai testi sacri (§ 12, *Uso delle antiche nazioni sulla tortura*), ma era invece il frutto dei «meri pensamenti di uomini privati» (cit., p. 142).

per gli intellettuali del Medioevo, non consisteva in una perversione logica, ma etico-religiosa<sup>294</sup>.

La posizione assunta dalla Chiesa romana decurta *ipso facto* le ordalie della loro *razionalità rispetto al valore*, giacché, se il senso di questo tipo di agire è riposto nel valore - in questo caso religioso - incondizionatamente riconosciuto all'agire stesso, il disconoscimento di quest'ultimo da parte dell'autorità religiosa priva l'agire di una parte delle sue premesse di razionalità.<sup>295</sup> Ma anche la razionalità finalistica che la storiografia ha attribuito alle ordalie<sup>296</sup> - o razionalità rispetto allo scopo - non è, a ben vedere, così semplice da stabilire, e ciò proprio a causa dell'indeterminatezza storica dello scopo in questione. Le ordalie dovevano portare alla luce fatti oscuri, oppure dovevano portare a conclusione processi stagnanti? Il loro fine all'interno della società era quello di ricompattare delle piccole comunità in perenne subbuglio, oppure era di permettere a vescovi e signori di attuare il diritto in modo persuasivo, rapido e inappellabile? E ancora: le ordalie servivano a condannare le *infames personae*, o, viceversa, servivano a ringraziarle, dando loro un'ultima possibilità di salvezza?

È probabile che le ordalie non ebbero uno scopo univoco, come non è univoca la base teorica delle fonti normative medievali; ed è probabile che la funzione attribuita loro variasse a seconda dei contesti, dei luoghi e del grado di istruzione dei singoli soggetti coinvolti,<sup>297</sup> così come variava la concezione della loro canonicità e, quindi, la loro utilità ai fini della causa giuridico-religiosa, il che rende incerta, o quanto meno intricata, la definizione della loro razionalità in termini finalistici e weberiani.

Dal momento che questo *impasse* epistemologico non è ancora stato risolto in modo soddisfacente, si assumerà per buona l'idea, peraltro weberiana, che l'ordalia sia espressione

---

<sup>294</sup> ENNIO CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Giuffrè, Milano 1962, p. 108.

<sup>295</sup> Da sottolineare il fatto che, per Weber, l'agire razionale rispetto al valore è già, in sostanza, un agire irrazionale, giacché il senso dell'azione non è riposto in un risultato che è al di là di questa, ma nell'azione in quanto tale, in virtù del suo valore assoluto, mentre l'azione tende a essere realmente razionale tanto più adeguatamente tende al raggiungimento di uno scopo.

<sup>296</sup> È questa, di fatto, la posizione assunta dalla storiografia recente riguardo al problema della razionalità delle ordalie. Cfr. JEAN GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Age*, cit., p. 99 ss.; REBECCA V. COLMAN, *Reason and Unreason in Early Medieval Law*, in «Journal of Interdisciplinary History», 4, 1974, p. 571 ss.; PETER BROWN, *Society and the Supernatural*, cit., pp. 133-151; CHARLES M. RADDING, *Superstition to Science. Nature, Fortune, and the Passing of the Medieval Ordeal*, in «American Historical Review», 84, 1979, pp. 945-969; ROUL C. VAN CAENEGEM, *Reflexions on Rational or Irrational Modes of Proof in Medieval Europe*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 58, 1990, pp. 263-279; ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, *Discorso conclusivo*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (sec. V-VIII)*, Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo, II, Spoleto 1994, pp. 1243-1276; MATHIAS SCHMOECKEL, *Ein sonderbares Wunderwerck Gottes*, cit., p. 153 s.; FRANÇOIS BOUGARD, *Rationalité et irrationalité des procédures autour de l'an mil. Le duel judiciaire en Italie*, in *La justice en Van mil*. Actes du colloque du 12 mai 2000, Collection Histoire de la justice, Parigi 2003.

<sup>297</sup> È questa, in somma sintesi, la tesi di fondo di Robert Bartlett.

di un diritto irrazionale, o *formalmente* irrazionale<sup>298</sup>, e ciò semplicemente perché la sentenza che ne deriva è ottenuta attraverso mezzi diversi da quelli controllabili razionalmente.<sup>299</sup> La sua istanza irrazionale e carismatica interessa questa ricerca nei termini in cui essa si è conservata a fronte del processo di razionalizzazione del diritto; questo aspetto riguarda, più in generale, l'irriducibilità dell'elemento irrazionale - formale o materiale - all'interno del sistema giuridico.

Fatte queste premesse, il problema della «specificità razionalità» della tortura dovrebbe essere finalmente posto.

I filosofi del diritto sanno che un sistema privo di irrazionalità dovrebbe basarsi su proposizioni interamente dedotte da presupposti esclusivamente giuridici, il che è impossibile in termini pratici, dal momento che «il diritto si applica a una realtà che non è giuridica per essenza»<sup>300</sup> e che dunque «razionalizza solo ciò che è razionalizzabile, ma non fa arretrare il

---

<sup>298</sup> Weber distingue tra diritto formale (influenzato da norme astratte e generali precedentemente formalizzate) e diritto materiale (influenzato da imperativi etici, massime politiche o regole di opportunità utilitaristiche). Il diritto formale, che ha maggiore titolo per essere razionale, può ricadere nell'irrazionalità allo stesso modo del diritto materiale, da cui le quattro categorie fissate da Weber: 1) *diritto formale irrazionale*: la sentenza si basa sulla rivelazione o sull'oracolo 2) *diritto formale razionale*: i giudizi si riferiscono a giudizi precedenti, a un codice, a uno statuto, a regole sistematizzate e dunque a concetti astratti giuridicamente elaborati. È formalmente razionale ogni diritto che consideri solo le caratteristiche univoche della fattispecie (l'univocità delle caratteristiche ha natura puramente logica e dà vita a regole puramente astratte, oppure l'univocità delle caratteristiche ha un'evidenza puramente sensibile come nella pronuncia di una parola, di una formula o di un rito) 3) *diritto materiale irrazionale*: è un atto arbitrario che si fonda sul personale sentimento del giudice e dell'arbitro: nella decisione assumono rilevanza valutazioni concrete del caso singolo – siano esse di natura etica, affettiva o politica – e non invece norme generali 4) *diritto materiale razionale*: si riferisce a norme esterne al diritto come libri sacri, editti di conquistatori, norme morali, politiche o ideologiche. È razionale non in quanto coerente con il calcolo e la logica, ma in quanto coerente con il raggiungimento di uno scopo, o rispetto a valore (tuttavia, l'agire secondo i valori è sempre irrazionale rispetto allo scopo in quanto non tiene conto delle possibili conseguenze). Le tipologie del diritto weberiano, e in particolare la tipologia della razionalità formale, continuano a rappresentare un modello euristico preminente nella sistematizzazione della pluralità delle esperienze di razionalizzazione relative al diritto (Cfr. LORENZO D'AVACK, FRANCESCO RICCOBONO, *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli 2004, p. 168); questa distinzione può essere tuttavia ricondotta, nella sostanza, a quella tradizionale tra giustizia e validità, o tra legittimazione esterna e interna. Un sistema penale, o un suo singolo istituto, si dicono legittimi dal punto di vista esterno se sono ritenuti «giusti» in base a criteri morali, politici, razionali, naturali, soprannaturali, eccetera (ciò che Weber indicherebbe come razionale dal punto di vista materiale); si dicono invece legittimi dal punto di vista interno se sono considerati «validi», cioè conformi alle norme di diritto positivo che ne disciplinano la produzione (per Weber, formalmente razionali). Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 197-8.

<sup>299</sup> MAX WEBER, *Economia e società*, cit., Vol. 4, p. 223 e per una sintesi sull'argomento cfr. GIOVANNI TARELLO, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna 2001, Vol. 31, p. 383; JULIEN FREUND, *La crisi dello Stato tra decisione norma*, cit., p. 190. Per Weber l'esempio ideale di diritto irrazionale è la giustizia del cadì, pratica attraverso la quale il giudice musulmano regolava le liti sulla piazza del mercato e sentenziava senza essere legato ad alcuna norma o precedente, ma solo sull'onda della sua ispirazione. Nell'esempio ideale del cadì rientrano tutte quelle decisioni di giustizia prese in modo spontaneo o indiscriminato, come è nel caso della giustizia popolare e dei tribunali del popolo. Il linciaggio rientra in questa categoria, così come, secondo Weber, il diritto di grazia, insieme a tutto ciò che può essere definito come giustizia arbitraria, la quale comprende, sempre secondo Weber, anche l'istituzione delle corti d'assise o delle giurie popolari, a dimostrazione del fatto che persino nei sistemi più razionali continuano a sussistere irriducibili forme di irrazionalità.

<sup>300</sup> JULIEN FREUND, *La crisi dello Stato tra decisione norma*, cit., p. 192.

diritto irrazionale».<sup>301</sup> Più precisamente, secondo Weber, a impedire la formazione di un formalismo interamente razionale subentra l'interesse materiale<sup>302</sup>: il diritto, in nome di principi di natura etica, religiosa, politica, o puramente utilitaristica, si trova a volte a dover «contestare la sua razionalità formale»<sup>303</sup>. La dinamica della «contestazione» fa al caso della tortura giudiziaria. Se, da un lato, essa ci appare come un istituto formalmente razionale, poiché la sentenza cui dà vita non si lega più all'interpretazione di segni divini ma a un meccanismo probatorio precedentemente fissato dalla razionalità calcolatrice della dottrina, dall'altro, l'espedito risolutivo di dare all'imputato la possibilità di salvarsi resistendo al dolore dota la tortura di un aspetto inequivocabilmente irrazionale. Perché? Perché se i giuristi non avessero dato al reo questa possibilità, la tortura non avrebbe potuto vantare alcuna pretesa investigativa, non avrebbe avuto scopo. E un istituto privo di scopo è un istituto privo di funzione legale, quindi senza senso. *Per essere razionale la tortura giudiziaria aveva bisogno dell'elemento irrazionale*. Il turbamento della razionalità inquisitoria attivato dalla tortura risponde a un principio che Weber definirebbe materiale, e materiale in quanto etico: impedire alla giustizia di essere perfettamente autoritaria. Ciò che si cercherà di sostenere nelle pagine che seguono è che la tortura abbia fornito alla tradizione giuridica la possibilità di *contestare* la difettosa - poiché germinale - razionalità formale del processo inquisitorio in nome di una più consolidata e condivisa istanza etica. Come si vedrà, l'espedito risolutivo della purgazione tramite tortura, ripristinando idealmente il *certamen*, si richiama a un ideale di parità ed esercita anche solo simbolicamente, o in potenza, una funzione compensativa rispetto ai forti squilibri messi in atto dal processo inquisitorio.<sup>304</sup> La componente ordalica della tortura non ha, quindi, una valenza religiosa; la sua ragion d'essere non è di conservare nel processo il legame con la divinazione, ma il rapporto con quella forma declinante di giustizia che Mario Sbriccoli ha definito «negoziata»<sup>305</sup>, cioè soddisfattoria, antiburocratica e comunitaria, in contrapposizione a quella egemonica, fondata sullo squilibrio tra diritti individuali e interesse pubblico. Di quest'ordine asimmetrico la tortura è

---

<sup>301</sup> *Ivi*, p. 191.

<sup>302</sup> La nostra epoca rivendica spesso principi di diritto materialmente irrazionali e lo fa precisamente in nome di principi di giustizia. Ne sia da esempio la crescente importanza assunta dalle audizioni di psichiatri e periti che introducono nel processo un elemento materiale spesso giuridicamente irrazionale, dove il paradosso consiste nel credere che questi interventi rafforzerebbero realmente la razionalità del giudizio. Cfr. *Ivi*, p. 192-3.

<sup>303</sup> *Ivi*, p. 192.

<sup>304</sup> Dal momento che nel processo inquisitorio la figura dell'accusatore è incorporata in quella del giudice, il principio di parità tra le parti è traslato nel rapporto dialettico tra giudice e reo, come si vedrà in modo approfondito.

<sup>305</sup> MARIO SBRICCOLI, *Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in MARCO BELLABARBA, GERHARD SCHWERHOFF, ANDREA ZORZI (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 345-364.

sia portavoce che contestataria. Nel suo legame con l'ordalia essa non recupera la divinazione, ma il contraddittorio; l'etica cui tende non è trascendente, ma laica, costituzionale. Al centro di questo discorso c'è la questione della violenza legale e rituale come privilegio, cioè come concessione che la sfera pubblica fa alla sfera privata. Come si vedrà, laddove si affaccia o diventa preponderante l'idea della verità processuale come necessaria e assoluta, si pone il problema della predeterminazione dell'azione giudiziaria e della prevaricazione del «giusto secondo natura». La prova giudiziale cruenta, in quanto *certamen*, afferma l'*incertezza* della *res* e ribadisce l'*individualità* del *reus*.

## 1. Dal rito accusatorio al rito inquisitorio: modelli idealtipici e procedure

Il processo inquisitorio succedeva a una «composita prassi processuale [...] che solo convenzionalmente può essere detta accusatoria»<sup>306</sup> e che gradualmente soppiantò, salvo sopravvivenze e contaminazioni, il monopolio privato dell'accusa, il principio della composizione tra le parti e tutto il sistema di prove fenomeniche che per secoli vi era stato connesso.

Il raffinato modello accusatorio di origine attica elaborato dell'*ordo udiciarius* si intreccia, agli albori del Medioevo, alle consuetudini delle società germaniche. All'epoca delle invasioni, la *Fehde*, o vendetta privata, aveva già conosciuto una sensibile evoluzione da che il *mallum* aveva cominciato ad ammettere che alcune lesioni, invece di essere riparate col sangue, potessero essere risarcite attraverso il versamento di una somma di denaro<sup>307</sup>. La composizione della lite era affrontata come questione privata, arbitrata da un'assemblea la cui priorità era porre fine alla disputa nel minor tempo possibile per ricostituire la pace sociale. Il principale ostacolo alla rapidità e all'efficienza del meccanismo della giustizia privata era rappresentato dalle eventuali incertezze sulla causa in corso: incertezze sull'identità del responsabile dell'offesa, incertezze sulla fondatezza o meno dell'accusa. Qualunque *impasse* giudiziario, differendo la soluzione della controversia, riagitava lo spettro delle faide familiari; per scongiurarlo, la prassi prescriveva di ricorrere all'ordalia o al duello.

È stato notato che la storia del diritto penale può essere considerata come la storia di una lunga lotta contro la vendetta privata:<sup>308</sup> il passo decisivo in questa evoluzione, o lo stesso atto di nascita del diritto penale<sup>309</sup>, è stato compiuto in tempi remoti<sup>310</sup> con la dissociazione tra la figura del giudice e quella della parte offesa, quando, cioè, il rapporto bilaterale tra offeso e

<sup>306</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 114.

<sup>307</sup> La risoluzione in chiave economica del processo penale è tipica dei popoli germanici. Lasciare la composizione pecuniaria alla trattativa tra le parti o a incerte consuetudini risultò tuttavia una soluzione eccessivamente aleatoria giacché le parti più deboli facilmente si sarebbero trovate in una situazione di squilibrio. Per porvi rimedio furono escogitati i cosiddetti tariffari, tabelle minuziosamente concepite dove si assegnava uno specifico valore pecuniario a ogni genere di lesione; ogni valore era ricavato dal valore di riferimento del cosiddetto *wergild* (guidrigildo), ovvero il prezzo intero dell'uomo libero. Il più antico esempio di tariffario a noi pervenuto è contenuto nella Legge Salica (510 ca.). Cfr. ENNIO CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, cit., p. 51; pp. 87-8.

<sup>308</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 327.

<sup>309</sup> *Ivi*, p. 328.

<sup>310</sup> Il primo documento storico che attesta il passaggio dalla giustizia domestica a quella della città risale alla Grecia antica ed è contenuto nella legge di Draconte, emanata, secondo Aristotele, durante l'arcontato di Aristecmo (620-621 a.C.). *Ivi*, p. 342, nota 17.

offensore viene sostituito da un rapporto trilaterale nel quale un'autorità giudiziaria si presenta come figura terza e imparziale all'interno della disputa. Una definizione sintetica di questa antica concezione del processo si trova nella formula, adottata dai primi glossatori, dell'affare penalistico come *actum trium personarum*,<sup>311</sup> una questione a tre tra attore, convenuto e giudice. Ai primi due *l'ordo iudiciarius* assegnava piena parità di poteri: onere della prova per l'attore, presunzione di innocenza per il convenuto. Inoltre, dal momento che l'avvio di un processo era percepito come turbamento degli equilibri collettivi, era anche previsto che, qualora l'attore non fosse riuscito a dimostrare la fondatezza dell'accusa, egli avrebbe dovuto riparare al turbamento procurato alla collettività subendo la medesima pena originariamente prevista per il convenuto. L'intero sistema era concepito per la soddisfazione dell'offeso e dei suoi *proximi*; ad essi la giustizia criminale assegnava il ruolo di protagonisti nel dramma pubblico del processo. Non vi era, in questo tipo di giustizia, alcuna garanzia di punizione del colpevole<sup>312</sup>, dal momento che la causa penale era concepita nei termini di una lite privata. Essa prevedeva che offeso e offensore mettessero in scena fisicamente, attraverso il superamento di prove ordaliche, o dialetticamente, attraverso l'elaborazione dei temi di prova, un *certamen* giudiziario il cui esito non avrebbe condotto necessariamente alla verità, giacché il giudice, che non era chiamato a investigare, ma ad arbitrare, si sarebbe limitato a dichiarare l'esito della contesa.

La tutela dell'innocente - il principio secondo cui è preferibile assolvere un colpevole che condannare un innocente - vale come principale criterio distintivo tra il modello accusatorio e il modello inquisitorio, la cui logica snaturò la concezione del diritto penale come tutela dei diritti fondamentali<sup>313</sup> volgendolo in sistema di controllo disciplinare, ovvero in un più efficace strumento per la difesa del diritto sovrano. Il rito inquisitorio ribaltò di fatto la *ratio* del diritto penale, perché ribaltati erano i principi che il diritto, alle soglie del XIII secolo, era chiamato a realizzare nella società. In Europa si assisteva all'affermazione di nuovi soggetti politici e a una generale redistribuzione dei poteri: essi andavano trasferendosi dalle campagne alle città, dalle città agli stati regionali, dagli stati regionali alle monarchie nazionali; a questa riorganizzazione politica ne seguiva di riflesso una giudiziaria, che trasferiva autonomia e potere dal soggetto privato al soggetto pubblico, dall'accusatore al giudice. Il processo *per inquisitionem iudicis ex officio suo*, diffusosi rapidamente nelle pratiche di giustizia e nelle norme statutarie dell'Europa continentale, spezzava in modo definitivo il

---

<sup>311</sup> «*Iudicium est actum trium personarum*». Su questo cfr., ad esempio, FRANCO CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1294.

<sup>312</sup> FRANCO CORDERO, *Guida alla procedura penale*, UTET, Torino 1986, p. 45.

<sup>313</sup> Ovvero in quanto beni che non è lecito ledere né con i delitti né con le punizioni.



monopolio privato dell'accusa restringendo a due i soggetti del processo: eliminato il ruolo dell'accusatore, la figura del giudice, fattosi inquisitore, radunava presso di sé le funzioni di accusa e di giudizio. L'inquisitore poteva procedere *ex officio*, a sua discrezione, sull'onda di un semplice sospetto e senza bisogno di rispettare alcun obbligo nelle modalità di acquisizione delle prove. Si seppellivano le antiche regole del *certamen* dialettico; la segretezza degli atti negava definitivamente ogni possibilità di confronto tra le parti; l'obbligo di stilare un verbale scritto di tutte le deposizioni aboliva l'oralità del processo. Al *reus* indagato spettava adesso la presunzione di reità e la carcerazione preventiva che ne deriva, stravolgendo in tal modo il principio dell'onere della prova (*accusanti non neganti incubit probatio*), cioè uno dei fondamenti processuali del riscoperto diritto romano, i cui brocardi, cionondimeno, continuarono a puntellare l'imperterrita *opinio doctorum* di epoca moderna<sup>314</sup>. Per porre un limite formale allo sconfinato potere del giudice, i canonisti elaborarono «singolari *escamotages* compensatori»<sup>315</sup> tra i quali il più determinante e rappresentativo fu il cosiddetto sistema di prove legali<sup>316</sup>. Il processo si trovò ingabbiato in un rigido schema di proporzione tra entità delle prove ed entità delle pena che soppiantò il normale adeguamento della condanna alle circostanze oggettive e soggettive del delitto,<sup>317</sup> il che, agli occhi dello storico, non favorì le aspirazioni di razionalità cui era improntato il nuovo modello. Ma il paradosso principale di questa evoluzione fu il ruolo assegnato alla tortura giudiziaria. Intesa nell'architettura probatoria quale unico strumento in grado di assicurare al giudice la confessione («Regina delle prove»), essa divenne l'architrave dell'intero sistema di prove legali, *conditio sine qua non* di qualunque processo cui facessero difetto un numero sufficiente di prove per condannare.

I tratti fin qui descritti delineano un modello che, almeno per ciò che riguarda i secoli XII e XIII, in pratica si presenta raramente o mai nella sua forma pura e ideale. Come è stato notato,

---

<sup>314</sup> L'evidente perversione del diritto romano non valse a mettere in dubbio la prassi inquisitoria, che la maggior parte dei giuristi di epoca moderna dichiarava, «con rassegnato realismo» [MARIO SBRICCOLI, «*Lex delictum facit*». *Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., I, p. 253], invalsa e dominante. Le uniche critiche vennero dall'area francese. In particolare, il magistrato Pierre Ayrault difese i valori del processo accusatorio contro la degenerazione del processo inquisitorio, la pubblicità del giudizio contro le procedure segrete, l'uso della scrittura contro l'oralità, enorme arbitrio del giudice contro ogni prerogativa di difesa da parte dell'accusato. Cfr. PIERRE AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques*, (prima edizione: 1576), Laurens Sonnius, Parigi 1604.

<sup>315</sup> «...Che rispecchiano perfettamente aporie e risorse della cultura giuridica medievale: elaborare meccanismi raffinati e teorici di limitazione del potere del giudice, indicandone, al tempo stesso, i possibili antidoti». Esempio perfetto di questo meccanismo è l'invenzione della tortura con riserva di prove. GIORGIA ALESSI, *Tra rito e norma*, cit., p. 54.

<sup>316</sup> «Dove il termine "legale" sta ad indicare la presenza di una regola, e non l'intervento di una legge positiva». *Ibid.* Vedi anche *supra* p. 68.

<sup>317</sup> GIORGIA ALESSI, *Tra rito e norma*, cit., p. 54.

«su un piano di storia generale della procedura, possiamo dire che non esiste l'inquisizione come forma idealtipica di processo, ma diverse procedure inquisitorie che seguono schemi e disegni politici propri»<sup>318</sup>. Nel caso, ad esempio, dell'imputato in grado di fornire garanzie fideiussorie e presentare le proprie difese, l'inchiesta medievale ammetteva i testimoni di parte e consentiva che il processo si svolgesse secondo le regole dialettiche dell'*ordo*; la colpa era così diluita nel confronto incrociato dei teste, il cui esito produceva una verità processuale, cioè dialettica e probabile.<sup>319</sup> Altri tipi di procedure diedero vita a modelli conflittuali, nei quali la torsione inquisitoria non fu sufficiente a eludere regole che si ritenevano mutuate da precetti divini.

---

<sup>318</sup> MASSIMO VALLERANI, *Modelli di verità. Le prove nei processi inquisitori*, in CLAUDE GAUVARD (a cura di), *L'enquête au moyen âge*, École française de Rome, Roma 2008, p. 123.

<sup>319</sup> *Ivi*, p. 133.

## 2. La tradizione retorica dell'*ordo iudiciarius*

La svolta inquisitoria portò a uno stravolgimento di tutte le regole che avevano definito per quasi due millenni la struttura del processo penale, la cui formulazione risaliva addirittura agli albori della civiltà occidentale, ovvero, come sintetizzato sommamente da Ferrajoli, «a quella ricca e raffinata tradizione retorica e topica dell'*ars disserendi, inveniendi e iudicandi* che ebbe origine nella Grecia classica ad opera degli oratori classici, fu sviluppata da Aristotele, fu ripresa, attraverso Ermagora di Temno, da Cicerone e dai giuristi romani di età imperiale e poi tramandata, per il tramite di Cassiodoro, Boezio e Isidoro di Siviglia, alla cultura giuridica medioevale dei secoli IX-XIII»<sup>320</sup>. Questa raffinata tradizione identificava la *forma probandi* con le regole del *certamen* dialettico - regole logiche e regole della giusta condotta nel dialogo - e come tale fu recepita dall'*ordo iudiciarius*, che la integrò alla sofistica, fondando la procedura su tre concezioni fondamentali: la verità vi è sempre intesa come conoscenza pratica (il suo campo di ricerca è la *doxa*, il suo contesto è l'etica, il suo strumento è la logica); il tipo di prova privilegiata è sempre l'*argumentum*, cioè la prova come risultato di un ragionamento; il processo è incentrato sul contraddittorio e si fonda sull'uguaglianza tra le parti.

L'espedito di purgazione ammesso dalla tortura, oltre a richiamarsi alle ordalie del processo germanico, stabilisce un legame ideale con alcuni dei principi che sono alla base di questa tradizione: il *certamen* dialettico è resuscitato sul terreno del supplizio, con giudice e suppliziato nel ruolo delle parti, mentre l'ammissione dell'elemento irrazionale (cioè specificamente ordalico), pur essendo in apertissima contraddizione con il concetto di prova come *argumentum*, ha l'effetto di sottrarre autonomia alla potestà e alla razionalità calcolatrice (e deviante) del giudice per restituirne una parvenza al suppliziato, al suo valore individuale, agendo in funzione compensatoria nei confronti delle ineguaglianze processuali. Il valore precipuamente ordalico della tortura, in sintesi, ne alimenta un altro, meno esplicito ma altrettanto significativo, che rimanda alla filosofia isonomica dell'esperienza accusatoria. Così come questa esperienza emergeva da una prassi composita e contraddittoria - in essa si incontrano la tradizione retorica di origine aristotelica e sofistica con le consuetudini comunitarie e guerresche delle società germaniche, la necessità logica della dialettica e quella risolutiva dell'intervento trascendente - allo stesso modo il rapporto della tortura con

---

<sup>320</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 116.

l'ordalia risulta composito e contraddittorio. Le ordalie stesse soggiacevano a una logica in forte contraddizione con l'*ordo iudiciarius*. Conservando un principio ordalico, il processo romano-canonico ha conservato (si potrebbe dire preservato) la contraddizione, prima ancora che l'ordalia. In questo senso, il significato del rapporto tra tortura e ordalia non deve essere cercato nella continuità dell'elemento divinatorio, ma nella continuità di quella contraddizione. Il suo significato rimanda, più in generale, al valore della prova cruenta, che non si esaurisce nel portato ordalico, giacché la tortura addensa al suo interno un più significativo contenuto etico.

## 2.1 La verità come conoscenza pratica

L'interpretazione medievale della dialettica aristotelica è allegata alla sofistica, intesa come «patologia dell'argomentazione», ovvero la ricerca selettiva di una verità che si fa strada attraverso le mancanze e gli errori contenuti nelle argomentazioni della parte avversa (sofismi).<sup>321</sup> Un sofisma non è solo un errore logico, ma anche un atto ingiusto. La sofistica è infatti una prassi pedagogica strettamente connessa al comportamento etico. Lo stesso Protagora sosteneva che i suoi insegnamenti potessero rendere «migliori» i giovani, laddove con «migliore» egli intendeva *kalòs kai agathòs*.<sup>322</sup> La sofistica, mostrando agli uomini i propri errori, insegna loro a essere buoni, oltre che ragionevoli. I maestri medievali affermeranno, non a caso, che il fine della dialettica è *mentientem manifestare*<sup>323</sup>, così come quello del

---

<sup>321</sup> La tesi di Alessandro Giuliani è che, nella storia della riflessione sulle tecniche della ragione più adatte all'esperienza giuridica, l'*ordo iudiciarius* rappresenti il momento di convergenza tra retorica, dialettica e sofistica, tre distinte discipline argomentative della filosofia, unite da una comune logica nella ricerca della verità. Il dominio di questa verità è sempre il campo dell'opinione (*doxa*) e della ragione pratica (relativa ai valori mutevoli dell'esperienza quotidiana), ed è per contro alieno alla verità necessaria delle scienze apodittiche e dimostrative. La dialettica si basa su ragionamenti confutatori atti a delimitare la rilevanza degli argomenti utili alla valutazione giuridica ed è improntata all'assoluta uguaglianza tra le parti; la sofistica è concepita dall'*ordo iudiciarius* come «patologia dell'argomentazione», ovvero ricerca degli errori nell'argomentazione della parte avversa, da distinguere decisamente dalle schermaglie capziose dell'eristica (degenerazione della Prima Sofistica il cui obiettivo era la confutazione a prescindere dal contenuto). La retorica è, in senso aristotelico, un'arte che usa consapevolmente il potere irrazionale della parola (la parola può imitare e quindi contraffare) e il suo potere razionale (la parola consente la costruzione di un ragionamento logico, lo perfeziona) al fine di trovare la via più adatta alla persuasione. Questa via deve rispettare una forma, che è puramente ornamentale, estetica, e una sostanza, data dal valore pragmatico della parola. La dialettica corrisponde dunque al momento del giudizio, la retorica a quello dell'invenzione, intesa come parte del discorso dedicata alla scelta e alla selezione degli argomenti. Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Logica del diritto. b) teoria dell'argomentazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975; cfr. anche il chiaro ed esauriente saggio di FRANCESCO CERRONE, *Alessandro Giuliani: un'idea di ragione critica, dialettica e controversiale per il diritto*, in «Archivio di diritto e storia costituzionali», <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Cerrone-AlessandroGiuliani.pdf>, 2009.

<sup>322</sup> Cfr. DANIELE VIGNALI, *I sofisti: retori, filosofi ed educatori*, Armando editore, Roma 2006, p. 36.

<sup>323</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., pp. 523-4.

sapiente è «*non mentiri de quibus novit*»<sup>324</sup>. Essi ritengono il discorso persuasivo legato alla sofistica meno fallace e più etico del discorso dimostrativo, e la verità pratica, relativa al dominio della *doxa*, più etica e meno fallibile della verità dimostrativa; una verità che «è come la luce, che dal contrasto sfavilla di due corpi, che si percuotono a vicenda,»<sup>325</sup> cioè il risultato di un confronto, di uno spoglio dell'irrelevante che conduce, di sottrazione in sottrazione, a una conclusione accettabile, cioè a un'asserzione verosimile, nella quale è dunque implicita un'ammissione di fallibilità.

Come ha spiegato Giuliani, «l'individuazione degli errori nell'argomentazione permette di evitare le vie impercorribili della ricerca, selezionando le inferenze argomentative rilevanti, mediante regole di esclusione. La sofistica insomma rinvia ad una teoria della conoscenza consapevole della debolezza delle facoltà della ragione umana [...]. La possibilità dell'errore non è in relazione alla percezione dei sensi (i quali possono ingannarsi, ma non possono ingannare), ma al procedimento inferenziale: la sofistica pertanto è il capitolo fondamentale della teoria dell'argomentazione, in quanto analisi delle inferenze argomentative irrilevanti»<sup>326</sup>. Il frutto di questa analisi è sempre «*veritas, non verboritas*»<sup>327</sup>; si tratta di una *veritas* pratica<sup>328</sup>, come pratica è la disciplina del diritto. Essa si interessa all'agire umano e il sapere che riguarda l'agire umano non può prescindere dalla vitalità del suo oggetto. L'agire umano è per definizione mutevole, variegato e incerto: non si svela al *logos* che pretende di conoscerlo, di congelarlo in uno schema inflessibile, ma al «*logos* che vuole agire»<sup>329</sup>. Infatti, «chi pretendesse di avere un sapere etico esatto, con l'esattezza vedrebbe sfumarsi immediatamente il sapere, in quanto la prospettiva di partenza, sull'agire umano, sarebbe sbagliata»<sup>330</sup>.

<sup>324</sup> «Et haec duo secundum Philosophum pertinent ad opus sapientis, scilicet non mentiri de quibus novit, quantum ad primum; et mentientem manifestare posse, quantum ad secundum», TOMMASO D'AQUINO, *Commento alla Lettera a Tito*, cap. I, lect. 3.

<sup>325</sup> «Qual'altro mezzo più sicuro di conoscere la verità o la falsità di un detto, che di confrontarlo con altro di un diverso testimone?». La definizione di Pagano si trova in *Principj del codice penale e logica de' probabili per servire di teoria alle prove nei giudizj criminali* (1819); io la riporto da FRANCESCO MARIO PAGANO, *Opere filosofico-politiche ed estetiche*, Vol. I, Tipografia e Libreria Elvetica, Capolago 1837, p. 472.

<sup>326</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., pp. 523-4.

<sup>327</sup> «Unde et ad phrasim conciliandam, et totius philosophiae investigationes, sophisticae exercitatio plurimum prodest: ita tamen, ut veritas, non verboritas, sit hujus exercitii fructus». GIOVANNI DI SALISBURY, *Metalogicon* (1159), IV, 22, Clement Webb, Oxford Clarendon, 1929, p. 189.

<sup>328</sup> Cioè relativa e complessa, non apodittica e dimostrativa. Soprattutto, è una verità «in accordo con il desiderio retto». Aristotele intende infatti l'azione (*praxis*) come inseparabile dalla scelta (*proairesis*), che è il risultato dell'incontro tra il desiderio di raggiungere un fine e i mezzi adoperati per raggiungerlo; se il desiderio alla base della scelta è buono e il calcolo è corretto dal punto di vista logico, il risultato è un verità pratica, la quale, dunque, è inseparabile dall'etica.

<sup>329</sup> FRANCESCA RIGOTTI, *La verità retorica: etica, conoscenza e persuasione*, Feltrinelli, Milano 1995, p. 36.

<sup>330</sup> Per Aristotele non esiste una sola verità né una sola via d'accesso per raggiungerla: ciò che interessa è il modo in cui la riflessione etica può arrivare a conoscerla. IGNACIO YARZA, *La razionalità dell'etica di Aristotele. Uno studio su Etica Nicomachea I*, Armando Editore, Roma 2001, p. 34.

La verità di cui è oggetto il processo dell'*ordo iudiciarius* non ha soltanto un valore logico, ma anche assiologico: essa è solo progressivamente accessibile alla conoscenza e secondo un ordine di priorità fondato sul valore dei fatti e delle cose, non sulla loro oggettività. Una verità che non è determinabile attraverso il ricorso a un calcolo perché il vero e il falso non rappresentano gli unici criteri del giudizio; in esso devono concorrere anche le valutazioni della giustizia, le opportunità e le conseguenze di una scelta. La verità è custodita nell'uomo, nella sua esperienza e nella sua capacità di metterla a frutto; per questo la testimonianza umana, intesa in senso ampio, ha un assoluto primato tra le prove del processo dialettico;<sup>331</sup> in questo primato è sottintesa l'idea che lo scopo del processo non sia ricercare la verità (com'è per il processo inquisitorio), ma ricercare la giustizia. Questa idea carica il processo dell'*ordo* di una connotazione etica che non è affatto estranea al discorso scientifico, visto che il discorso scientifico, nella concezione aristotelica, è, e deve essere, etico.<sup>332</sup>

## 2.2 La prova come *argumentum*

Il percorso sofistico che conduce a una verità etica e probabile privilegia prove di tipo astratto: al segno tangibile (*experimentum*) antepone il discorso intangibile (*argumentum*); solo quest'ultimo, confinato il controverso e il propriamente inaccessibile, è in grado di accedere a qualsiasi tipo di questione,<sup>333</sup> perché, a differenza della prova *experimentum* che ha

<sup>331</sup> «Affidare ad una ragione individuale – per quanto onnisciente (poco importa se di un legislatore o di un giudice) – la ricerca del fatto è contro le istanze della ragione pratica, che è basata sulla divisione della conoscenza. Il contraddittorio insomma è un ineliminabile strumento di ricerca della verità in un settore legato – sia nella questione filosofica come nella controversia giuridica – a quella prova naturale costituita dalla testimonianza umana». ALESSANDRO GIULIANI, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in «Rivista di Diritto Processuale», 43, 1988, p. 606 s.

<sup>332</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Logica*, cit., p. 17. Il discorso scientifico, naturalmente, non è estraneo neppure alla «logica del probabile» di tradizione retorica, anzi, la scienza moderna e il metodo scientifico concepiscono la verità soltanto come probabile e non come necessaria. La verità in matematica, se si assume con Russell che «la matematica pura è l'insieme di tutte le proposizioni della forma «*p* implica *q*» in cui *p* e *q* sono proposizioni che contengono una o più variabili e né *p* né *q* contengano costanti che non siano costanti logiche» (*Principles of Mathematics*, 1903), la verità delle proposizioni matematiche, quindi, sta solo nel corretto uso delle regole di inferenza, cioè nel fatto che la proposizione *q* segua effettivamente dalla proposizione *p*, ma questa verità non ha nulla a che vedere con la realtà del mondo esterno. Inoltre, in accordo con Kurt Gödel, matematico e filosofo noto per i suoi contributi sull'incompletezza delle teorie matematiche, nessuna costruzione matematica che si basi su assiomi iniziali può essere completa: esisteranno sempre, al suo interno, proposizioni che danno luogo ad antinomie. La matematica può produrre modelli applicabili alla realtà, ma tali modelli in sé non sono veri o falsi, solo coerenti. Anche per la fisica le singole proposizioni non sono mai definitivamente vere e devono essere suffragate dall'esperienza, soprattutto devono essere falsificabili, cioè deve essere concepibile un'esperienza che, se si verificasse, le contraddirebbe. Così la fisica aristotelica è stata sostituita da quella newtoniana, quella newtoniana da quella einsteiniana, la penultima conservando la sua applicabilità a velocità molto inferiori a quella della luce. Quindi, nella scienza, un fenomeno o un paradigma non sono mai definitivamente «veri», ma solo molto *verosimili*. Per una sintesi di questi problemi cfr. RAFAEL A. MATINEZ (a cura di), *La verità scientifica*, Armando Editore, Roma 1995.

<sup>333</sup> È questo uno dei più importanti contributi della dottrina di Ermagora di Temno (I secolo a.C.), il cui pensiero ci è pervenuto da fonti latine, Cicerone *in primis*. La tradizione giuridica ha combinato la retorica e la dialettica

per oggetto il fatto e deve quindi scontrarsi con i limiti imposti alla scienza dalla natura, la prova *argumentum* ha per oggetto l'affermazione del fatto<sup>334</sup> ed è sempre alimentata dall'inesauribile fonte del ragionamento<sup>335</sup>. Tuttavia, perché l'*argumentum* sia possibile, deve esistere un preciso «ideale etico di normalità»<sup>336</sup> con il quale la prova possa costantemente confrontarsi. Più precisamente, la prova come *argumentum* si fonda su questo ideale di normalità. Esso attiene, innanzi tutto, all'idea di ciò che è probabile. Il suo campo è la comune opinione, nella quale il normale rappresenta il modello convenzionale di ciò che è preferibile ai fini della convivenza sociale e, quindi, di ciò che è preferibile *eticamente*, intendendo qui etica come una «filosofia della condotta umana»<sup>337</sup> che orienti l'individuo nelle scelte morali della vita quotidiana. Tale pratica è indissolubilmente connessa alla persuasione, perché, oltre che alle virtù, essa deve essere improntata alla ragionevolezza.<sup>338</sup> Il normale quindi è

---

aristotelica con la retorica di Ermagora, che a sua volta il filosofo riconduce nell'ambito della filosofia attraverso la dialettica; non si collega direttamente alla retorica aristotelica, ma a quella stoica, da cui Ermagora riprende il concetto di *zétema* (ricerca di conoscenza); essa è, come afferma Giuliani, essenzialmente «giudiziale», poiché si realizza nel processo in quanto ambito privilegiato del discorso argomentativo, fondato sul contraddittorio. Il problema del contraddittorio è affrontato da Ermagora attraverso l'introduzione del concetto di *status causae* – termine che può essere reso con «questioni», «controversie giuridiche», «centri di argomentazione», ovvero è il modo in cui una causa si presenta in un dibattito, quindi la determinazione della sua questione principale. Gli *status* si distinguono in *rationales* (questioni attinenti alla ricostruzione fattuale) e *legales* (attinenti all'interpretazione della legge); la dottrina degli *status* riguarda la logica seguita nella formazione delle controversie. Sebbene Ermagora distingua fra *status rationales* e *legales*, nella pratica non esiste una differenza reale fra i due tipi, dal momento che nella questione di fatto (*coniectura*) sono sempre impliciti gli aspetti valutativi e i suoi riflessi giuridici: anche quando la questione riguarda l'accertamento di un mero fatto, il conoscere appare sempre e comunque come un valutare. Il risultato del contraddittorio, quindi, non è mai razionale, ma sempre ragionevole, poiché esso non si affida al fatto, ma all'*argumentum*, che è, detta con le parole di Cicerone, *ratio quae rei dubiae faciat fidem* (Topica, 2, 8).

<sup>334</sup> Nella prova *argumentum*, che è poi la prova d'elezione del diritto, «l'oggetto della prova potrà considerarsi provato quando si sarà verificata la coincidenza tra l'affermazione probatoria e il risultato di prova». L'oggetto della prova corrisponde dunque a un «enunciato fattuale» a carattere assertivo, dal che si deduce che la prova verte su asserti, non su fatti. GIULIO UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino 1995, p. 28. Sull'enunciato fattuale come oggetto della prova cfr. anche ID, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 89-90; MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano 1992, p. 91 ss e GIOVANNI TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli Editore, Torino 2013, p. 169 ss.

<sup>335</sup> Il ragionamento è a tal punto inesauribile, cioè autoalimentato dalla logica intrinseca al sistema isonomico, che il contraddittorio, che ne rappresenta l'essenza, si configura quasi come giudice *de facto*: il percorso dialettico e sofistico seguito dalle parti è strutturato in modo tale da *mostrare* al giudice ciò che egli dovrà solo dire (*ius dicere*). È il rilievo dato al contraddittorio a determinarne la funzione puramente dichiarativa, che fa della sentenza una «giustificazione della decisione pratica». Infatti, «al giudice non è consentita alcuna supplenza nella ricostruzione del fatto, poiché nessuna prova può dirsi caratterizzata dall'evidenza tale da sfuggire al controllo del contraddittorio, al cui esito è legata la scelta del giudice tra due ipotesi argomentative e, quindi, la sua responsabilità professionale per denegata giustizia». ALFREDO BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in ALFREDO GAITO (a cura di), *La prova penale*, UTET, Torino 2008, p. 26. Si pensi solo a come il divieto imposto al giudice di supplire al contraddittorio nella ricostruzione dei fatti si sia trasformato, nel processo inquisitorio, nell'esatto opposto, una volta rinnegati il contraddittorio e la struttura triadica del processo.

<sup>336</sup> MARCO VERSIGLIONI, *Prova e studi di settore*, Giuffrè, Milano 2007, p. 27.

<sup>337</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, in «Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società nazionale di Scienze», Lettere ed Arti in Napoli, vol. LXXXV, Napoli 1974, p. 156.

<sup>338</sup> L'etica di Aristotele rappresenta un'ermeneutica della normalità intesa come lo standard di razionalità imposto dalla polis. «La felicità del cittadino è felicità normale, umana, ma è la *polis* a porre e a rendere possibile la normalità. [...] Soltanto essa attua l'interazione, perché soltanto in essa prende realtà quella dimensione

ragionevole ed «eticamente impegnato»<sup>339</sup>, comporta attenzione verso la quotidianità dell'esperienza collettiva. Questa è la sola forma di ragionamento che consenta una valutazione adeguata dei casi eccezionali, mentre le scienze apodittiche, non comprendendo la fallacia della ragione né l'instabilità dei fatti della vita, non possono neppure risolverli. A chi voglia trattare la prova come *argumentum* dovranno quindi essere noti l'essenza e gli effetti delle cose. Sono precisamente questa essenza e questi effetti a comporre l'ideale etico della normalità, fissato nella locuzione latina *id quod plerumque accidit*: ciò che accade più spesso, ciò che accade di solito. In questo sistema, l'onore della prova non può che essere inteso che come onere della persuasione, incombente su chi ha inteso «mettere in discussione l'idea del normale»<sup>340</sup>. Ricade quindi sull'accusa, mentre al convenuto è riservato il diritto a non autoaccusarsi<sup>341</sup>, principio fondamentale introdotto in funzione compensativa dello squilibrio – psicologico e simbolico, oltre che giudiziario – venutosi a creare tra accusato e accusatore nell'atto medesimo dell'accusa.

### 2.3 Il processo come contraddittorio

Il principio di assoluta uguaglianza tra le parti è l'essenza del modello processuale elaborato dall'*ordo iudiciarius*. L'impalcatura argomentativa, fondata sul carattere negativo, selettivo e giustificativo della prova, e la metodologia dialettica che si sviluppa al suo interno, hanno le loro scaturigini proprio nella difesa del convenuto, ovvero nell'importanza assegnata dall'ordine giuridico isonomico<sup>342</sup> al contraddittorio - la dinamica triadica in cui le parti,

---

simbolica che sta alla base di ogni intesa. Non esiste un linguaggio privato. E soltanto nell'ambito della *polis* sussiste quella normalità che reprime l'opposizione tra interesse privato e bene comune, rendendo di norma preferibile per l'individuo comportarsi in modo utile alla comunità e sanzionando la condotta parassitaria. Il proverbio 'A colui che una volta mente, nessuno mai più creda!' ha una validità soltanto in un contesto di vita trasparente; per chi ogni giorno parla con altri uomini che non si conoscono tra loro, tale proverbio non possiede né significato né interesse. La riduzione della contingenza operata dalla virtù, la razionalità diventata abitudine, viene resa possibile e rafforzata grazie alla riduzione della contingenza della normalità garantita dalla *polis*. ROBERT SPAEMANN, *Felicità e benevolenza*, Vita e pensiero, Milano 1998, p. 79.

<sup>339</sup> FRANCESCO CERRONE, *Alessandro Giuliani*, cit., p. 19.

<sup>340</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 525.

<sup>341</sup> Ovvero il principio opposto a quello implicito nel sistema della tortura, dove è necessario che l'accusato «parli contro se stesso». In Inghilterra, dove il sistema penale era tradizionalmente avverso alla tortura, il *nemo tenetur se detergere* ha trovato largo riconoscimento e in anticipo sugli altri sistemi europei, fin dalla prima metà del XVIII secolo. Cfr. su questo il classico VITTORIO GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel penale italiano*, Giuffrè, Milano 1972.

<sup>342</sup> Alessandro Giuliani distingue tra due fondamentali concezioni dell'ordine giuridico, quali esiti opposti del «conflitto perenne tra logica e retorica sul terreno del diritto probatorio». Il primo ordine è definito isonomico, il secondo asimmetrico, e i modelli puri che li rappresentano sono rispettivamente il rito accusatorio dell'*ordo iudiciarius* medievale e il processo prussiano del XVIII secolo, quale esempio insuperato di rigorosa realizzazione del principio inquisitorio. In questa antinomia di ordini si manifesta con nettezza la posizione «del giudice di fronte al fatto». Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in «Sociologia del diritto», XIII, 2,3, 1986; ID, *Prova*, cit.



dialetticamente, si confrontano con un giudice terzo.<sup>343</sup> L'equità, ovvero «ciò che è giusto secondo natura», necessita per realizzarsi di un pari trattamento giuridico. Un glossatore la identifica con Dio stesso, in quanto armonia che si realizza nell'uguaglianza dialettica, ovvero nella divisione della conoscenza nel contraddittorio: «Aequitas est rerum convenientia quae in paribus causis iura desiderat. Item Deus, qui secundum hoc quod desiderat, aequitas dicitur. Nihil autem est aequitas quam Deus»<sup>344</sup>.

L'uguaglianza nella parola rinvia a quel valore fondamentale a cui i greci dettero il nome di *isegoria*, il diritto equamente distribuito di prendere la parola in assemblea<sup>345</sup>; le regole probatorie del processo dialettico sono improntate a questo principio di uguaglianza e svolgono una funzione compensativa rispetto agli inevitabili squilibri processuali. Esse prevedono per il convenuto il diritto a non autoincriminarsi e quello di avere un confronto con i testimoni d'accusa; vietano al giudice di supplire nella ricostruzione del fatto e gli impongono di impedire abusi e di eliminare eventuali ineguaglianze. Anche le ineguaglianze simboliche devono essere bandite dal processo. Nei *Problemata*, voluminosa raccolta di tradizione aristotelica<sup>346</sup> dove le più disparate questioni vengono affrontate sotto forma di domanda e risposta, al quesito sul perché in tribunale la destra<sup>347</sup> sia riservata all'accusato, si risponde che la ragione consiste nella necessità di concedere un favore alla difesa, il cui rischio nel processo è maggiore. E ancora: perché, nel caso di dissenso tra i giudici, si procede sempre all'assoluzione, anche se i voti sono ugualmente suddivisi? Perché è sempre preferibile assolvere un colpevole che condannare un innocente.<sup>348</sup> Un'illimitata libertà di interrogazione avrebbe effetti illogici e ingiusti: chi dubita, deve sempre pronunciarsi a favore dell'accusato; infatti la sua inferiorità rispetto all'accusa è nella natura delle cose e per questo egli deve beneficiare di una *ratio compensandi* che mantenga in equilibrio l'ordine isonomico. Per rispettarlo è inoltre necessario che il ruolo di ogni soggetto partecipante alla controversia

---

<sup>343</sup> Non a caso i primi topici, ossia le prime raccolte di argomenti logico-retorici, nascono dall'esigenza di dotare l'accusato di strumenti idonei alla propria tutela in giudizio. Cfr. SIMONA CARLOTTA SIGNOTTI, *Prova, diritto, verità*, in ALFREDO GAITO (a cura di), *La prova penale*, cit., p. 13.

<sup>344</sup> «L'equità è quell'armonia di fatti che esige un pari trattamento giuridico a parità di cause. Dio stesso può essere qualificato come equità. L'equità è, infatti, null'altro che Dio». La frase è attribuita da Kantorowicz al glossatore Martino Gosia. Sul concetto di «*aequitas canonica*» cfr. GIULIANO BRUGNOTTO, *L'aequitas canonica. Studio e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 1999, in particolare p. 74.

<sup>345</sup> Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 524.

<sup>346</sup> I *Problemata* sono stati attribuiti, oltre che ad Aristotele, anche ad Alessandro di Afrodisia e a Cassio lo Iatrosofista.

<sup>347</sup> Giacché «secondo natura, la destra è più forte della sinistra». ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 7, 1134 b.

<sup>348</sup> *Problemata*, XXIX, 12, 951. Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., nota 16, p. 524.

sia vagliato da un'azione di regolamento dei confini del giudice, delle parti e dei testimoni<sup>349</sup>. La necessità di questo controllo deriva dalla consapevolezza della netta frattura tra fatto percepito e fatto dedotto e, dunque, tra la funzione del testimone e quella del giudice: se si permettesse al teste un'inferenza, egli si sostituirebbe al giudice. Ogni contaminazione dei ruoli comporterebbe squilibrio e quindi *perversio ordinis*, ovvero la degenerazione delle regole logiche ed etiche del dialogo e, di conseguenza, una «violazione dei principi della giustizia naturale»<sup>350</sup>. Si può dire che questi «principi», o *iura naturalia*<sup>351</sup>, rappresentino per

<sup>349</sup> *Ibid.* Per definire questa azione di controllo Alessandro Giuliani utilizza l'espressione «*actio finium regundorum*», provvedimento attraverso cui, in età classica, un proprietario poteva richiedere la divisione giudiziale dei confini del proprio immobile rispetto ai confini di un immobile confinante.

<sup>350</sup> *Ibid.*

<sup>351</sup> Una definizione esauriente del concetto di diritto naturale non rientra nelle capacità di questo testo ed è d'altronde un'impresa ardua anche per i filosofi del diritto. Come scrisse Rousseau, «conoscendo così poco la natura, e accordandosi così male sul significato della parola *legge*, sarà ben difficile convenire su una definizione di legge naturale» [JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Discorso sull'uguaglianza*, Prefazione]. La storia dell'idea di legge naturale è stata segnata da semplificazioni e mistificazioni tali che oggi risulta difficile maneggiare questo concetto senza suscitare «la diffidenza e il sospetto» [cfr. *l'Introduzione* al testo di REGINALDO M. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 2000, p. 6 ss.]. Affido quindi alla nota un chiarimento sui termini in cui lo utilizzo, e cioè soprattutto in relazione ai concetti di uguaglianza e di equità. Aristotele fonda la distinzione del giusto (e del diritto) in naturale e legale (positivo). Il giusto secondo natura non è sistematizzabile in uno schema fisso; cioè, il giusto naturale non ha norme, non ha leggi scritte. Il diritto, cionondimeno, ha validità proprio perché si fonda sul diritto naturale, che ha valore universale. Il diritto positivo invece non è valido ovunque, ma solo fin dove si estende l'autorità del legislatore. Il giusto positivo è dunque in gran parte arbitrario. Secondo la dottrina aristotelica, «il legislatore parte sì dal giusto naturale, ma aggiunge a questo dato qualcosa in base alla propria volontà, per renderlo completamente giusto» [MICHEL VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaka Book, Milano 1986, p. 51]. Esso sarà tanto più giusto quanto più istituirà o farà rispettare i rapporti di uguaglianza. Nell'*Etica*, uno dei due significati di «giustizia» è proprio «uguaglianza», un'identificazione che dota il termine di un'accezione positiva fino a quel momento sconosciuta e che si protrarrà per tutto lo svolgimento del pensiero occidentale. Cicerone, che riprende il pensiero di Aristotele e la sua evoluzione insita nelle idee sul diritto degli Stoici, presenta lo *ius naturae* come fondamento della legislazione e utilizza la parola *aequitas* come «sinonimo di diritto in senso universalissimo» [GIULIANO BRUGNOTTO, *L'aequitas canonica*, cit., p. 69], comprendendovi sia il diritto naturale che il diritto positivo. Nel periodo classico del diritto romano lo *ius* è inteso come un «diritto costituito dall'*aequitas* nel senso di giustizia naturale», come l'avevano inteso Aristotele e Cicerone. La Patristica, più interessata all'elaborazione teologica del dato evangelico, riconobbe la presenza in tutti gli uomini della legge naturale come dono di Dio; ma è nell'Alto Medioevo e in particolare nei commentatori del *Decretum* di Graziano che il concetto di diritto naturale elaborato dalle dottrine aristoteliche viene recuperato e sistematizzato insieme al concetto ciceroniano di *ius naturae*; concetto che, trasfigurato e vitalizzato dal cristianesimo, viene assunto come base di tutta la legislazione ecclesiastica e civile [cfr. RAIMONDO SPIAZZI, *Enciclopedia del pensiero sociale cristiano*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1992, p. 211 ss.]. Come osserva Calasso, il concetto di equità, ereditato «immediatamente dalla tradizione antica, conserva ancor fresche le tracce della sua origine da un mondo non giuridico, benché dissimulate dal velo di una parola che nel diritto romano classico aveva designato un principio squisitamente giuridico, anzi addirittura il fine supremo di tutto il diritto: cioè a dire l'eguaglianza [...] la forza vitale 'quae in paribus causis para iura desiderat' [Topica, 4, 23] e che informa tutto il sistema di diritto positivo» [FRANCESCO CALASSO, *Medio evo del diritto, I, Le fonti*, Giuffrè, Milano 1954, p. 332]. Per Isidoro di Siviglia, equo è ciò che è giusto secondo natura: «Aequus, est secundum naturam iustus dictus, ab aequalitate, hoc est ab eo quod sit aequalis; ut et aequitas appellata ab aequalitate quadam scilicet» (*Etymologiae*, X, 7). Diritto naturale ed equità hanno in Dio la radice comune (*natura is est Deus*), dimodoché il diritto canonico deve prevalere su quello civile. «Così caricato dal pensiero canonistico di una valenza religiosa irresistibile, era ovvio che il diritto naturale, per definizione misura dell'equo e dell'iniquo, fosse portato ad assumere una valenza polemica nei confronti del diritto positivo e a diventare, all'occasione, forza eversiva della norma vigente qualora risultasse ingiusta» [ENNIO CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, cit., p. 244]. Nel *Prologo* della *Summa decretorum* (metà del XII) di Paucapalea, glossatore canonista, si trova quella che, secondo la maggior parte degli studiosi, è la prima riflessione sulle origini del processo penale [Cfr. GIOVANNI MINUCCI, *Diritto e processo*

il processo dell'*ordo iudicarius* non già semplicemente il principale oggetto di tutela, ma, per così dire, il suo materiale propellente. Il processo dialettico, infatti, ha un carattere extrastatuale<sup>352</sup> che non ammette dipendenze da volontà ordinatrici esterne: il processo dipende solo da sé stesso, le regole dialettiche sono la sua forza animatrice e queste regole sono direttamente mutate da «una concezione procedurale del diritto naturale»<sup>353</sup>. Esse sono traduzione formale ed espressione pratica del precetto di uguaglianza e di reciprocità delle parti, che è l'*aequitas*, ovvero Dio stesso: *nihil autem est aequitas quam Deus. L'aequitas*, quindi, è giustizia naturale. E la giustizia naturale è sia il fine della norma che la sua forza

---

*penale nella prima trattatistica del XII secolo: qualche riflessione*, in MARIO ASCHERI, FRIEDRICH EBEL, MARTIN HECKEL, ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, WOLFGANG PÖGgeler, FILIPPO RANIERI, WILHELM RÜTTEN (a cura di), «*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*». *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Vienna 2003, pp. 281-2], che risalirebbe alla violazione commessa da Adamo ed Eva nel paradiso terrestre, la quale avrebbe dato vita a un giudizio (*placitandi forma*) con interrogatorio e sentenza. L'*ordo iudicarius* medievale, rispettando la forma di quel primo processo e le disposizioni giudiziarie del Deuteronomio, rispecchia la volontà divina e rivendica origini paradisiache [Cfr. ANDREA PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel secolo XII*, Giappichelli, Torino 1997; sull'archetipo divino del *placitum* cfr. anche ANDREA MARCHISELLO, *Il principio del processo: osservazioni sulle origini del Iudicium nello Speculum aureum di Roberto Maranta (1476-1534)*, in «*Historia et ius*», 2012, <http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/marchisello.pdf>]. La cultura dell'*ordo iudicarius* sottopose di fatto ogni norma a un giudizio di equità e quindi di conformità allo spirito del diritto canonico e della teologia. Martino Gosia, considerato il caposcuola dei canonisti, sostenne l'assoluta coincidenza del diritto naturale col diritto canonico, ponendo l'*aequitas* all'esterno del diritto, poiché extrastatuale è la realtà del diritto, che può arrivare a imporre la disapplicazione di alcune norme perché giudicate inique. Bulgaro, caposcuola dei civilisti, propose un'immagine diversa dell'*aequitas*, riconosciuta nella giustizia «naturale» dei rapporti umani e perciò reperibile anche nelle fonti del *Digesto* che rievocano gli interventi del pretore rivolti a riequilibrare un'ingiustizia prodotta dalla legge scritta. L'*aequitas* non è intesa come un criterio esterno di giudizio per le leggi, ma come la forza interna che le ha fatte nascere e che può ancora trovarsi in esse. In questo senso, l'*aequitas* è giustizia naturale e anche il fine stesso della norma, ciò che le dà quella forza di razionalità di cui necessita la proposizione normativa. Nota Alessandro Giuliani che, anche se il fondamento etico dell'*ordo* fu ricercato nel diritto divino, «si trattava di una giustizia naturale, laica, compensativa, basata sul sentimento comune di ciò che è giusto ed equo» [ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 535]. In sintesi, dunque, il processo medievale è manifestazione di una ragione pratica e sociale (che si realizza tramite l'apporto delle prassi) il cui principale oggetto di tutela sono gli *iura naturalia*. Tutelando gli *iura naturalia*, l'*ordo* tutela la parte sia dal giudice che dal principe. L'*ordo* non tollera ingerenze o alterazioni perché è fondato su leggi immutabili donate all'uomo da Dio. Le leggi naturali realizzano l'ordine divino impedendo «al diritto positivo di essere un mondo chiuso, indurito nel suo presente» [JULIEN FREUND, *La crisi dello Stato tra decisione e norma*, cit., p. 30].

<sup>352</sup> Ancora in epoca di tardo diritto comune lo *stylus* legale, ovvero la *consuetudo curiae*, a determinate condizioni e purché *rationabilis*, si riteneva dovesse essere osservato anche *contra ius*. Tuttavia, come avverte l'autore del *De iudiciis in genere* (citato come T. Carnevalius, ma, più probabilmente, Giuseppe Carnevali, giurista marchigiano), «*nullus stylus potest praevalere contra ius naturale*». TIBERIUS CARNEVALIUS, *De iudiciis in genere, executive et concursu creditorum*, T, II, Napoli 1641, disp. VIII, sect. I, n. 10, 178. Per la definizione classica di *stylus* cfr. GIAMBATTISTA DE LUCA, *Dello stile legale*, Appendice al libro XV del *Theatrum veritatis et iustitiae*, Venezia 1726, II, n. 2, 532. Anche l'intromissione del principe, e in generale l'intervento di qualsiasi volontà esterna, avrebbe rappresentato non l'*ordo*, ma la *perversio ordinis*, e si sarebbe tradotta in un'azione odiosa quanto quella di alterare la moneta. In definitiva, secondo l'ideologia medievale, la procedura, con la sua base sapienziale, preesisteva al potere politico, non era sottoposta ad esso; garantiva non soltanto il diritto di difesa nei giudizi, ma anche il diritto di resistenza nei confronti di autorità esterne [NICOLA PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano 2007, § 7, *L'ordo iudicarius e il suo carattere extrastatuale*, p. 33 ss]. Tra i secoli XVI e XVIII la giurisprudenza approfondì la dottrina dei limiti del principe di fronte ai precetti della giustizia naturale riprendendo il vecchio brocardo *iura naturalia sunt immutabilia*. Cfr. GINO GORLA, *Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti del potere del principe nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVII*, Olschki, Verona 1982.

<sup>353</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 535.

interna. Pertanto *l'ordo iudicarius* è sia espressione che garanzia di uguaglianza, e realizzazione della giustizia naturale.

### 3. La *ratio compensandi* della tortura giudiziaria

#### 3.1 *Purgatio seu experimentum*

Uno degli aspetti fondamentali del sistema di prove legali elaborato dalle dottrine tardomedievali fu l'esclusione di tutte le forme di prova soprannaturale e la riduzione del giuramento a nient'altro che un sostegno dell'affermazione.<sup>354</sup> Ciononostante, la tortura giudiziaria potrebbe a ragione essere considerata come un mezzo di prova soprannaturale, poiché «elle suppose l'intervention de Dieu: Dieu donnera à l'innocent la force de résister à la douleur»<sup>355</sup>. Questa contraddizione – il rifiuto del soprannaturale dell'*inquisitio* e il richiamo al soprannaturale della tortura – è tanto più notevole se si considera che, come ha messo bene in evidenza John Langbein<sup>356</sup>, il sistema di prove legali si fondava interamente sulla tortura. La contraddizione tra *ratio iuris* dell'ordinamento e il principale mezzo di prova del processo non è circostanza estranea neppure all'esperienza accusatoria. Ammettendo il ricorso all'ordalia, infatti, si permetteva a una volontà esterna di intervenire nel blindato equilibrio dialettico dell'*actium trium personarum*, si contraddiceva la scelta assiologica del *id quod plerumque accidit* e la *ratio probabilis* del giudizio. Che l'*experimentum* divino fosse in qualche modo incompatibile con lo *ius* era un'idea che gli intellettuali del Medioevo avevano messo in circolazione fin dai tempi in cui l'ordalia aveva cominciato a diffondersi nelle corti europee, agli inizi dell'IX secolo. Il diritto canonico aveva ammesso l'ordalia *de facto* in quanto costume caro al popolo e strumento utile per produrre sentenze irrefutabili, ma non *de iure*, in quanto estranea alle Scritture. Questa impostazione non nasceva semplicemente dalla necessità di trovare un compromesso tra le esigenze del volgo e l'elaborazione colta del diritto. Era, piuttosto, il frutto della mediazione tra il modello greco e romano, le consuetudini germaniche e l'evoluzione del diritto come dato rivelato. Da questo ricco deposito di tradizioni classiche, germaniche, patristiche e bibliche avrebbe preso forma, attraverso l'opera di rielaborazione e sistematizzazione dei glossatori, la disciplina del processo romano-canonico. La sua laboriosa costruzione, come ha notato Giorgia Alessi, rappresenta di per sé «una delle più intriganti e irrisolte contraddizioni del processo medievale e moderno: quella tra le radici classiche e le

<sup>354</sup> JEAN-PHILIPPE LÉVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, cit., p. 43.

<sup>355</sup> JOHN GILISSEN, *La preuve en Europe du XVIe au debut du XIXe siècle*, in *La Preuve*, cit., II, 17, p. 788. E poco oltre: «La torture apparaît donc au moment où disparaissent les preuves irrationnelles; par rapport aux ordalies, elle constitue un adoucissement et une rationalisation relative», p. 789.

<sup>356</sup> JOHN H. LANGBEIN, *Torture and the law of proof*, cit., pp. 10-2.

più recenti norme canonistiche, dettate in larga misura sotto la pressione dell'emergenza eretica»<sup>357</sup>. Tale tensione è riscontrabile nel travagliato, sussultorio percorso del processo accusatorio, che proprio all'inizio del suo declino, tra XII e XIII secolo, veniva contestualmente recuperato e ripensato, nei suoi caratteri essenziali di giudizio formale e isonomico, da insigni giuristi quali Tancredi e Guglielmo Durante.<sup>358</sup>

Tuttavia, oltre che con il dato generico di questo pluralismo, la contraddizione contenuta nell'ordalia e proseguita dalla tortura deve essere messa in relazione con la loro comune funzione decisoria.

L'idea del diritto come sistema di vincoli imposti alla potestà punitiva a tutela dei diritti dell'individuo era alla base del processo dell'*ordo*; si realizzava attraverso il rispetto delle regole formali dell'*iter* probatorio e grazie al carattere invalidante di ogni violazione a esse connessa. Ciò implicava, come condizione necessaria, l'adempimento del principio dell'onere della prova, espresso nella massima del diritto civile *actore non probante, reus absolvitur*. Ma questo principio, come già notava Lea<sup>359</sup>, versava in perfetta incompatibilità con le premesse giuridiche dell'ordalia: nella maggior parte dei casi era il *reus* a sostenerla e quindi a doversi incaricare della prova, e ciò appunto per sopperire a un *actore* non sufficientemente *probante*. Il principio accusatorio dell'onere della prova, inoltre, comportava automaticamente l'evenienza del *non liquet*, soluzione che invece non era accettabile nel processo germanico e che risulta implicitamente esclusa da tutta quanta la teoria giuridica dell'ordalia. Ordalia e tortura, quindi, assolvono la medesima funzione anti-*non liquet* all'interno dei rispettivi sistemi

<sup>357</sup> GIORGIA ALESSI, *Tra rito e norma*, cit., p. 52.

<sup>358</sup> «Tra XII e XIII secolo, la ripresa dello schema dell'*ordo iudiciarius* secondo i lineamenti formali tramandati dal diritto romano, sembrò annunciare la sostituzione di una precisa e tipizzata sequenza di atti – il processo – alle più immediate ed atecniche cadenze del giudizio altomedievale o del *placitum* feudale. Riapparvero, a scandire i giudizi, il libello introduttivo; l'*actio* e l'*exceptio*; la *litis contestatio*, che fissava i termini esatti della contesa; la *sententia* di cui erano fissati con precisione i requisiti di validità. Certo il paradigma degli *ordines* sembrava ritagliato assai più per il giudizio civile che per il penale: e tuttavia l'idea della tipicità dell'attività del giudice e delle parti si imponeva, attraverso la produzione letteraria destinata a chiarire tempi e modi del processo, all'intero campo della giurisdizione. Sembrava soprattutto farsi largo, attraverso questo tipo di riflessione dottrinarica, la consapevolezza del carattere formale del processo e delle conseguenti inevitabili nullità derivanti dal mancato rispetto delle regole. L'*ordo iudiciarius* del canonista Tancredi indicava, quali motivi di nullità della sentenza, non solo la mancanza di giurisdizione, ma anche l'assenza della forma scritta, la violazione dello *jus scriptum* e, in via generale, il mancato rispetto delle regole dell'*ordo*. Lo stesso testo insisteva, ripetendo una massima accreditata, sulla maggiore chiarezza delle prove necessarie per il giudizio penale, rispetto a quello civile. La concezione degli *ordines* sembrava così prospettare, nello spazio del giudizio, quella strettissima relazione tra regola formale e tutela dei diritti che costituisce l'essenza del principio di legalità. Alla fine del XIII secolo, la tradizione degli *ordines* fu autorevolmente ripresa dall'opera prestigiosa del giurista Guglielmo Durante, che ripropone il carattere invalidante – per la sentenza – del mancato rispetto delle forme procedurali, ed esalta le origini 'paradisiache' dell'*ordo*, il cui archetipo sarebbe stato rappresentato dal contraddittorio tra Dio e Adamo, in merito alla fatale disobbedienza. Ma il recupero del carattere formale ed isonomico del giudizio non ebbe, nel capo del penale, lunga vita. Lo *Speculum iudiciale* di Durante venne pubblicato alla fine del XIII secolo: nel 1252, papa Innocenzo IV, con la bolla *Ad extirpanda*, autorizzava l'uso generalizzato della tortura nella repressione dell'eresia, ordinando nel contempo che la bolla fosse inserita negli statuti comunali». *Ivi*, pp. 52-3.

<sup>359</sup> HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 272.

legali, solo che, mentre l'ordalia adombra l'isonomia del processo accusatorio poiché contraddice il principio ugualitario dell'onere della prova, nel modello inquisitorio la tortura sembra invece rievocare quell'isonomia e, parzialmente o simbolicamente, ripristinarla, ponendo un freno alla logica espeditiva e iper-razionale del sistema di prove legali. Ci si dovrà domandare: se l'ordalia aveva rappresentato una contraddizione per l'ordine isonomico, in che modo la componente ordalica della tortura dovrebbe invece rievocare quell'ordine?

Gaetano Filangieri, giurista di primo piano del XVIII secolo, fa alcune osservazioni che sono di grande interesse a riguardo.

Trattando dell'intimazione all'accusato, provvedimento con il quale si catturava il contumace per costringerlo ad andare in giudizio, Filangieri nota che la giustizia accusatoria ricorreva a mezzi coercitivi solo quando il delitto era molto grave, o quando era messa in discussione la legittima autorità. E aggiunge:

Questa era una guerra che l'interesse pubblico faceva alla libertà privata; ma in questa guerra i principi della giustizia erano rispettati, e il cittadino che si trovava in questo conflitto, si avvedeva sempre che la mano che lo perseguitava era quella d'un padre e non d'un tiranno. Egli si confermava in questa giusta e piacevole opinione, allorché veniva presentato al magistrato competente. Egli trovava il suo accusatore, sentiva la sua accusa, e rispondeva al magistrato sull'interrogatorio che gli faceva circa la verità di quanto veniva asserito contro di lui.<sup>360</sup>

Quando il sistema penale accusatorio ricorre a pratiche brutali, lo fa per ragioni urgentissime, ma si comporta da padre, non da tiranno, sempre rispettando «la semplicità, la chiarezza, il rispetto che si deve al cittadino»<sup>361</sup>, senza violarne i diritti fondamentali. Lo stesso ragionamento Filangieri lo applica ai giudizi di Dio. Essi rientrano, ovviamente, tra i provvedimenti «forti»; la giustizia vi ricorre per risolvere cause delicate nelle quali è necessario produrre una sentenza o a favore o contro il convenuto. E tuttavia, il giurista dichiara di preferire quella giustizia, quelle prove, al sistema inquisitorio e alla tortura:

Alcune poche riflessioni ci faran vedere [...] quanto sia più facile trovare un principio di ragione e di giustizia in quelli [i giudizi di Dio] che in questa [la tortura]; e quanto la dignità civile abbia perduto, piuttosto che guadagnato, in questo cambiamento.<sup>362</sup>

---

<sup>360</sup> GAETANO FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Glauco Masi, Livorno 1827, Tomo II, cap. VI, *L'intimazione all'accusato, e la sicurezza della sua persona*, in particolare p. 216.

<sup>361</sup> *Ibid.*

<sup>362</sup> *Ivi*, p. 254.

Di quelle «poche riflessioni», che in realtà coprono pagine e pagine della *Scienza della legislazione*, e che costarono al giurista fatiche incomparabili rispetto agli altri oggetti della sua opera<sup>363</sup>, si parlerà più nel dettaglio nell'ultimo capitolo. Per il momento è utile sottolineare il fatto che, per Filangieri, i giudizi di Dio non contraddicevano il principio della salvaguardia del cittadino; che quella legge, se non ne garantiva la sicurezza, «*favoriva ed ispirava l'opinione di questa sicurezza, che [...] costituisce gran parte della civile libertà*»<sup>364</sup>. È in questa precisa prospettiva che si vuole inquadrare il rapporto tra *ratio* ordalica della tortura e ordine isonomico. Un ordine, cioè, rispettoso della libertà individuale.

Il principio di sicurezza del cittadino dovette retrocedere e in fine eclissarsi dinnanzi alle emergenze politiche e religiose del XIII secolo, che solleciteranno la «torsione inquisitoria delle procedure relative ai malefici e, in via più generale, la netta affermazione di una dimensione sostanzialistica dell'intera sfera penale»<sup>365</sup>. A questa dimensione «sostanzialistica» corrisponde una verità «sostanziale»<sup>366</sup> posta come fine necessario del

---

<sup>363</sup> «Niun oggetto di quest'opera mi è costato tante meditazioni e tanti esami; in niun oggetto l'incertezza e il timore hanno tanto accompagnate le mie ricerche, quanto in questo; in niuna parte della legislazione la correzione mi è sembrata più necessaria; in niuna mi è sembrata più difficile». *Ivi*, p. 285.

<sup>364</sup> *Ivi*, in cap. IX, *Parallelo tra Giudizi di Dio de' tempi barbari, e la tortura*, p. 261. Il corsivo è mio.

<sup>365</sup> «Tuttavia, la pienezza di un modello inquisitorio 'a parti intere' troverà piena applicazione soltanto nella recezione secolare delle grandi ordinanze cinquecentesche e nella pratica dei tribunali del s. Ufficio. Ancora per molti decenni, all'interno di pratiche – almeno nella realtà comunale italiana – contraddittorie ma non immemori delle formalità degli *ordines* e del modello accusatorio classico, non soltanto le diverse forme di apertura del processo – denuncia, accusa, inquisizione – occuperanno il campo, spesso convivendo come brani od episodi diversi all'interno della stessa vicenda processuale. Inoltre, ed è questa la notazione più importante, perché l'estensione della logica antieretica a tutto il campo dei malefici [...], e l'equiparazione del reo/nemico – con tutte le sue pesanti conseguenze antigarantiste – avvenne assai gradatamente, e fu circondata da una grande consapevolezza, dai parte dei giuristi dottori, della pericolosità e della discutibilità teorica di un processo senza accusatore, e con l'utilizzazione di strumenti di indagine di natura afflittiva». GIORGIA ALESSI, *Tra rito e norma*, cit., p. 53.

<sup>366</sup> O «materiale», secondo la definizione di Alessandro Giuliani (*Prova*, cit., p. 531 ss.) e in accordo con la chiarissima analisi di Ferrajoli: «La verità cui aspira il modello sostanzialistico del diritto penale è la cosiddetta verità *sostanziale* o *materiale*, cioè una verità assoluta e onnicomprensiva in ordine alle persone inquisite, priva di limiti e di confini legali, raggiungibile con qualunque mezzo al di là di rigide regole procedurali. È evidente che questa pretesa verità sostanziale, essendo perseguita al di fuori di regole e controlli e soprattutto di un'esatta predeterminazione empirica delle ipotesi di indagine, decade a giudizio di valore, di fatto largamente arbitrario; e che il cognitivismo etico su cui si basa il sostanzialismo penale risulta inevitabilmente solidale con una concezione autoritaria e irrazionalistica del processo penale». Il modello penale formalistico, al contrario, fonda le proprie sentenze su una «verità *formale*, o *processuale*, raggiunta con il rispetto di regole precise e relativa ai soli fatti e circostanze ritagliati dalla legge come penalmente rilevanti. Questa verità non pretende di essere *la* verità; non è conseguibile mediante indagini inquisitorie estranee all'oggetto processuale; è di per sé condizionata al rispetto delle procedure e delle garanzie di difesa. È insomma una verità più controllata quanto al metodo di acquisizione ma più ridotta quanto al contenuto informativo di qualunque ipotetica verità sostanziale: nel quadruplice senso che è circoscritta alle tesi accusatorie formulate sulla base delle leggi, che deve essere suffragata da prove raccolte attraverso tecniche prestabilite normativamente, che è sempre una verità solamente probabile e opinabile, e che nel dubbio o in difetto di accuse o di prove ritualmente formate prevale la presunzione di non colpevolezza, ossia della *falsità formale* o *processuale* delle ipotesi accusatorie». LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 17-8. Ferrajoli propende esplicitamente per il formalismo perché la sua teoria del garantismo penale ha numerosi elementi in comune con la logica formalista; tra questi, l'esigenza di imporre limiti formali alle definizioni del legislatore, l'aspirazione a un'assoluta neutralità del giudizio e alla maggiore riduzione possibile della discrezionalità del giudice.



processo, insofferente alle regole formali, priva di confini legali e da raggiungersi a ogni costo. Essa presuppone un giudice funzionario e inquisitore che aggiudichi alla giustizia – sia per mandato implicito che per deriva della macchina giudiziaria – il maggior numero possibile di colpevoli. Il reo, da soggetto ipertutelato, diventa il nemico della società; regicida, falsario, eretico o ribelle che sia. Il suo crimine va accertato nella sua «datità», senza sottigliezze, sulla base di un ideale della conoscenza rigido, prefissato, cartografico. Il processo si ripropone come creazione artificiale: «non il luogo della comunicazione e del dialogo, ma dell'informazione e del calcolo»<sup>367</sup>. L'*inquisitio* è, di fatto, un sistema interamente fondato sulla logica del sospetto.<sup>368</sup> Se in epoca di riti accusatori e pubblici si riteneva che l'accusa, essendo un'azione perturbativa, arrecasse un preciso danno alla collettività, nell'inchiesta segreta questo danno si considera arrecato dal sospetto *tout court* all'autorità pubblica; e così come l'accusatore aveva pagato in prima persona l'accusa infondata, il reo inquisito pagherà ora in prima persona il sospetto che ha dato vita all'inchiesta, quand'anche esso sia infondato. «Non si poteva essere – scrive Foucault – innocentemente oggetto di un sospetto»<sup>369</sup>. Il reo, colpevole o meno, appare perduto, e lo è tanto più è grave il crimine per il quale è indagato. Nel caso del reato di stregoneria, per fare un esempio classico, l'esigenza di condannare streghe, nel XVII secolo, si dimostrò di gran lunga superiore alla loro effettiva esistenza. L'eccezionalità del crimine (la stregoneria è equiparata al crimine di lesa maestà perché la strega offende la maestà divina) consentiva al giudice di agire *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii* (sommariamente, senza ostacoli, senza clamori e soprassedendo sulla normale procedura). La strega quindi era in suo dominio: se confessava subito era perduta; se negava ma il giudice riteneva gli indizi o le prove sufficienti a condannarla, era perduta; se il giudice non aveva indizi sufficienti a condannarla poteva ordinare la tortura al fine di estorcerle quanto bastava, ed era perduta. Che speranza di salvezza poteva avere la strega? L'unica, per quanto pallida, risiedeva appunto nella sua capacità di resistere ai tormenti senza confessare. Questo espediente rendeva la tortura, alternativamente, *extrema ratio* per condannare ed *extrema ratio* per assolvere; ambivalenza peraltro perfettamente in linea con la sua funzione decisoria, nella quale è anche sottintesa una sottile identificazione, come si è

<sup>367</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 526.

<sup>368</sup> Questo aspetto è stato efficacemente esplorato da ITALO MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit.

<sup>369</sup> MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 46. Come si vedrà, con Alberto Gandino, e prima ancora con Goffredo da Trani ed Enrico da Susa, la *fama*, ovvero «publica, seu famosa insinuatio vel proclamatio communis ex sola suspitione et incerto auctore proveniens» [ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea super Titulis Decretalium*, Claudius Servanius, Lione 1556, ad X 3.2.10] diventerà condizione sufficiente a comminare la tortura, mettendo così in relazione la *sola suspitione* con la *purgatio*. Cfr. *infra*, cap. III, § 3.1.

detto<sup>370</sup>, tra la forza che scagiona la strega e il Dio che interviene nell'ordalia. Questa identificazione assume un significato ancora più specifico se messa in relazione con l'uso ricorrente del verbo *purgare*, con il quale la maggior parte dei commentatori fa riferimento al decadere immediato degli indizi a carico del reo per effetto del suo silenzio sotto tortura. Il verbo rimanda alle *purgationes* medievali (di cui l'ordalia era una versione volgare e il giuramento una versione canonica) e al relativo termine *purgatio*, entro cui si esprimevano, alternativamente o congiuntamente, un significato espiatorio e un significato satisfattorio.<sup>371</sup> Questo carattere ibrido poneva l'accento sia sulla sfera interiore che su quella esteriore dell'accusato, nella fattispecie del torturato, il quale otteneva così dall'avvenuta purgazione sia una purificazione interiore che una riparazione esteriore. Purificazione e riparazione hanno entrambe come oggetto il sospetto che ha generato l'inchiesta; entrambe non comportano un accertamento fattuale, ma un ricongiungimento (con Dio e con la società); entrambe, ancora, hanno un carattere marcatamente fenomenico, cioè immediatamente, manifestamente ri-conoscibile piuttosto che conoscibile, pensato a misura di un rito orale e pubblico. Esse mostrano, ma non di-mostrano, l'innocenza del reo. In questo senso, la tortura si presenta proprio come un *experimentum*, un fatto esperito attraverso la sofferenza del convenuto. Dio non viene esplicitamente chiamato in causa dal giudice che la prescrive, ma la sofferenza è garanzia di verità, e non solo perché, come afferma l'inquisitore Bernarndo Gui, «vexatio dat intellectum». L'uomo non ha in sé le risorse per resistere al dolore, ma una forza miracolosa può soccorrerlo se egli ha dalla sua parte la verità, che è Dio stesso; infatti, «chi ha mani innocenti e cuore puro, chi non pronunzia menzogna, chi non giura a danno del suo prossimo, otterrà benedizione dal Signore, giustizia da Dio sua salvezza» (Salmi, 24, 4-5). Dio parla nel silenzio del *patiens*; solo la resistenza al dolore può produrre quella verità ultima di cui è in cerca il giudizio umano, incerto e limitato. Non è una verità che riguarda il fatto, ma una verità che riguarda l'uomo. Se la *purgatio* è purificazione ed espiazione del sospetto – intendendo con ciò che essa non prende di mira il fatto, ma l'uomo e il suo ambiente – ciò che più influisce sul risultato dell'*experimentum* non è se egli ha commesso o non commesso il fatto, ma se egli deve o non deve essere salvato.

---

<sup>370</sup> Cfr. *supra*, p. 9.

<sup>371</sup> Su questo cfr. *supra*, cap. I, § 6.

### 3.2 Purgare l'infamia, spiare il sospetto

Questo disinteresse per la realtà materiale del delitto, in apparenza discorde dai parametri scientifici dell'inquisizione, deve essere messo in relazione con l'importanza assegnata dal sistema giuridico medievale ai concetti di fama e di infamia.

Nei giudizi canonici altomedievali l'oggetto della *purgatio* era lo *scandalum*<sup>372</sup>, cioè il *rumor* che aveva dato vita al *suspicium* abbattendo l'*infamia* sul sospettato. I decretisti, più precisamente, si erano serviti del termine *suspicio* come sinonimo del concetto di *infamia facti*,<sup>373</sup> una specie dell'infamia, distinta dall'*infamia iuris*<sup>374</sup>, e più generica, coincidente con «quelle forme di indegnità che, prima ancora di interessare l'ordinamento, suscitano la pronta e vigile risposta della comunità»<sup>375</sup>. In sostanza, una forma di discredito sociale che non trova necessariamente una corrispondenza nei fatti. Con Roffredo Beneventano, «illa dicitur infamia facti, quando homines credunt aliquem esse malum»<sup>376</sup>. È la *mauvaise réputation*. Per i canonisti la sua definizione è direttamente collegata a quella del suo rimedio, che è, appunto, la *purgatio canonica*. Se portata a termine con successo la *purgatio* rimuove socialmente l'*infamia*, anche se la sua completa remissione è riservata a Dio.

Nelle prime inchieste *ex officio* la cosiddetta *inquisitio fama*, volta ad accertare la fondatezza del *rumor*, rappresentò una fase procedurale ineludibile. Per Innocenzo III, nelle cui decretali è enunciata buona parte dei principi guida della nascente procedura<sup>377</sup>, l'oggetto dell'inchiesta non viene individuato propriamente nella *veritas* intesa come verità sui fatti, ma nella *fama*

---

<sup>372</sup> Nelle decretali del Registro di Gregorio Magno, dove si trovano le prime disposizioni pontificie in tema di giuramento purgatorio, nel riferirsi a questi giuramenti, prescritti a ecclesiastici infamati, il pontefice vi fa talvolta riferimento come a *inquisitiones*; ma, essendo ancora epoca di strettissima osservanza delle regole accusatorie dell'*ordo*, l'ipotesi è che il termine stia ad indicare non una forma di processo, quanto una misura disciplinare nella quale si è reso necessario l'intervento pontificio, conseguentemente adattata alle procedure imperiali. Cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 53-4.

<sup>373</sup> Con l'elaborazione del sistema di prove legali il termine *suspicio* cominciò a essere utilizzato in alternativa a *praesumptio*, il che gli attribuì un significato distinto da quello d'*infamia*. La distinzione tra i due termini fu quindi il risultato della messa a punto di quella teoria, e più specificamente di quella delle presunzioni, che però era in parte stata ispirata proprio dalla loro originaria corrispondenza. «L'elaborazione della teoria delle presunzioni legherà la *praesumptio probabilis* (originariamente determinata dalla *mala fama*) all'idea di *probatio semiplena*. Proprio in quanto prova *semiplena*, però, la presunzione probabile si poté parzialmente affrancare dal rapporto esclusivo con la *purgatio canonica* e con la *fama*». *Ivi*, p. 379.

<sup>374</sup> L'*infamia iuris*, o infamia legale, già presente del diritto romano, si applica in seguito a una sentenza giudiziale o in relazione a un crimine particolarmente grave. Cfr. FRANCESCO MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Editrice Gianotta, Catania 1985, p. 79.

<sup>375</sup> *Ivi*, p. 172.

<sup>376</sup> ROFFREDO BENEVENTANO, *Libelli iuris canonici, Quaestiones sabbatinae*, Avignone 1500, Ristampa anastatica Ex officina Erasmiana, Augustae Taurinorum 1968, tit. *De purgatione canonica*.

<sup>377</sup> Trusen ha visto nell'introduzione del processo inquisitorio una precisa manovra politica di Innocenzo III contro i dissidenti interni alla Chiesa, ecclesiastici e alti prelati, che si opponevano ai suoi progetti di riforma. Cfr. WINFIREN TRUSEN, *Der Inquisitionsprozeß*, cit., pp. 168-230.

intorno ai fatti, ovvero nello *scandalum*<sup>378</sup>. Nella decretale *Inter sollicitudines* (1199) egli affronta il caso del decano di Nevers che, accusato di eresia, rifiuta di sottomettersi alla *purgatio*, che ritiene illegittima in assenza di un accusatore. Ma Innocenzo loda la condotta del vescovo delegato, che sulla base della *fama publica* ha intrapreso l'inchiesta *ex officio* «ad detergendam tamen huius mortifere pestis [...] radicem, ex officio tuo, fama publica deferente,

---

<sup>378</sup> Nel suo saggio sui modelli di *veritas* Massimo Vallerani enuclea sostanzialmente tre tipologie di inchiesta, alle quali sono associati tre relativi criteri di validazione delle prove. 1) Nel sistema innocenziano, che rappresenta uno dei primi modelli incentrati sulla nozione guida di *veritas*, l'*inquisitio* si presenta come una formula pensata e regolata al fine di proteggere l'istituzione ecclesiastica dai suoi stessi membri. Il sospetto che un ecclesiastico abbia infangato il corpo della Chiesa macchiandosi di crimini come la simonia, l'eresia e il concubinaggio dà vita a una preliminare *inquisitio famae* che, se dovesse confermare i sospetti, aprirebbe la procedura. Il fatto è qui necessariamente meno rilevante della fama sul fatto. Il precedente di questo *modus operandi* è assai autorevole: Dio, prima di distruggere Sodoma, ha indagato se al *clamor* corrispondessero le opere. In questo genere di inchiesta l'interesse superiore della Chiesa diventa base dell'*inquisitio* e serve a giustificare l'eversione dell'*ordo*, insita nella prenoscenza che il giudice ha dei fatti. L'infamia viene personificata, ovvero trattata come soggetto accusante, nel quale si identifica la *vox populi* della parrocchia tradita dall'ecclesiastico *infamatus*. Trovare un sostituto, per quanto formale e astratto, dell'accusa, significa mantenere integro il modello triadico dell'*ordo*: «l'estensione delle funzioni della fama da *referente* (o *deferente*) a *denunciante*, ha permesso di superare formalmente l'obiezione maggiore sollevata dai prelati accusati, ancora fortemente legati alla struttura garantista dell'*ordo iudicii*» [MASSIMO VALLERANI, *Modelli di verità*, cit., p. 126]. Nel modello innocenziano la *veritas* da accertare è quindi lo *scandalum*. 2) Un secondo modello di inchiesta è individuato da Vallerani nella linea dura, e poco riguardosa del diritto colto, di Alberto Gandino [cfr. DIEGO QUAGLIONI, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 29, Bologna 1999, pp. 49-63] e dei magistrati comunali del Duecento. Il diritto canonico stabiliva che anche i giudici dei tribunali laici potessero avviare un'inchiesta senza accusatore, ma che, come previsto dal sistema inquisitorio ecclesiastico mutuato dalle decretali di Innocenzo III, una volta individuato un *reus* lo schema successivo dovesse seguire le regole istituite dall'*ordo*. Sul modello innocenziano, ovvero sull'accertamento del fatto attraverso il riflesso della sua fama e sulla necessità di una seconda fase improntata al modello accusatorio, si formeranno gran parte delle inchieste giudiziarie penali nelle città italiane. Gandino, tuttavia, nel suo *Tractatus de maleficiis*, insiste sulla superiorità dell'inchiesta sopra l'accusa. L'inchiesta infatti è più efficace *ratione veritatis*, mentre l'accusa non si occupa affatto di indagare la verità. Quindi chi non vuole procedere *per inquisitionem* non ha cuore di scoprire la verità ed evidentemente è colluso col reo. L'equazione, per quanto ardata, evidenzia l'emergente primato di un nuovo tipo di *veritas* di cui Gandino è un precoce e influente portavoce. È una *veritas* che coincide con la *culpa*. Per Gandino «trovare la verità» equivale infatti a «punire la colpa», il che fa della pena la «meta irrinunciabile della giustizia» [*Modelli di verità*, cit., p. 130]. 3) Ai modelli inquisitoriali ecclesiastico e laico, fondati sulla certezza del *semel malus, semper malus* e quindi sul ruolo di assoluta preminenza assegnato alla fama del *reus*, si affianca quello del processo «politico», il cui esempio classico e in qualche modo archetipico sono le *causes célèbres* ispirate da Giovanni XXII nel primo ventennio del Trecento. Il modulo è quello della congiura portata a termine con l'ausilio del diavolo: cospiratori, negromanti o ebrei accusati di aver perpetrato omicidi e sortilegi (Vallerani distingue opportunamente tra le inchieste dei primi due anni del pontificato di Giovanni XXII contro ecclesiastici incolpati di aver attentato alla sua vita tramite sortilegi e le inchieste più prettamente politico-istituzionali contro diversi signori italiani accusati di *rebellio*). Le radici di questo modello affondano nella politica antiereticale inaugurata dal XI secolo; l'occulto vi gioca un ruolo centrale, l'azione perseguita è la *rebellio* contro la maestà divina e pontificia, la tortura ne è l'espressione più coerente. I processi ostentano un rigido rispetto per la correttezza della forma giuridica ma, all'atto pratico, rappresentano un completo rovesciamento del modello inquisitorio classico. Questo tipo di processo non ricerca la *veritas* poiché essa è già data per scontata a monte dell'azione giudiziaria: per i suoi fautori «*sapiens potest videre quod probatio, scilicet veritas iam inventat negociacionem precessit*» [*Modelli di verità*, cit., p. 142]. Le prove che, in un modello inquisitorio classico, sarebbero state valide all'avvio dell'inchiesta, nel modello politico sono sufficienti a emettere la sentenza. Si parte dunque dalla verità per poi pretendere o ricercarne una sorta di auto-dimostrazione attraverso la redazione manicale dei capi d'accusa. L'inchiesta vera e propria è superflua, dovendo essa suffragare delle accuse già ritenute valide in partenza; così che l'istruzione del processo, tanto minuziosa quanto predeterminata, si presenta, più che come il momento dell'accertamento giudiziario, come quello della propaganda politica e dell'affermazione ideologica, in una sorta di monologo del potere.

voluisti plenum inquirere veritatem»<sup>379</sup>. Per il papa, infatti, l'*inquisitio* deve essere avviata in presenza di una *fama publica deferente*<sup>380</sup>; la *purgatio* che ne consegue potrà eventualmente mostrare l'innocenza dell'*infamatus*, ma è il giudizio a doverne dimostrare la non colpevolezza (da cui l'endiadi *purgatus absolutusque*)<sup>381</sup>. Anche nella nascente pratica inquisitoria, dunque, il concetto di *purgatio* continua a indicare la rimozione dell'*infamia*, senza alcun riferimento all'accertamento fattuale, cioè alla ricerca della verità dimostrativa,<sup>382</sup> e l'uso del verbo *se purgare* in riferimento allo scopo e agli effetti della tortura ne indica una funzione soddisfattoria priva di accezioni dimostrative.

È da notare, inoltre, che nessuna delle *veritates* individuate da Massimo Vallerani come modelli rappresentativi delle diverse procedure inquisitorie medievali<sup>383</sup> si adatta al significato di verità come concordanza con la realtà. Per Alberto Gandino la scoperta della *veritas* è da ritenersi l'unico vero scopo del processo; e tuttavia, nel suo *Tractatus*, i termini *veritas* e *culpa* si alternano concettualmente senza differenza<sup>384</sup>, prospettando un tipo di procedura che, mentre ricerca la verità, sta già punendo la colpa. L'*inquisitio veritatis* ha quindi una valenza espiatoria, oltre che inquisitoria, espressa al massimo grado nell'*inquisitio veritatis per tormenta et corporis dolorem*. La celebre massima innocenziana «rei publicae interest ne crimina remaneant impunita» sottolinea proprio questa «necessità della pena come meta irrinunciabile della giustizia»<sup>385</sup>. Si pensi, citando ancora Vallerani, al modello dell'inchiesta «politica» rappresentato dai processi per *rebelio* di Giovanni XXII,<sup>386</sup> nei quali l'azione giudiziaria parte dalla verità, si istruisce cioè a partire da un *notorium* che sarà poi confermato dall'esposizione dei capi d'accusa.

<sup>379</sup> HEINRICH SCHMIDINGER, DAM WANDRUSZKA (a cura di), *Die register Innocenz' III*, Publikationen des historischen Instituts beim Österreichischen Kulturinstitut in Rom, Roma-Vienna 1979, p. 114.

<sup>380</sup> Tale *fama*, essendo *publica*, deve essere rimossa dalla *purgatio*, ma essendo allo stesso tempo *deferente*, cioè denunciante, si sostituisce nell'inchiesta alla figura latente dell'accusatore, lo impersonifica virtualmente nel giudizio. Così la fama è sia l'oggetto della *purgatio* che uno dei tre soggetti del giudizio, in ottemperanza alla struttura triadica dell'*ordo*. Questo passaggio della fama da oggetto a soggetto è elaborato nella lettera *Licet Heli*, nella quale Innocenzo III spiega che «non tamquam idem ipse sit actor et iudex, sed quasi fama deferente vel denuntiante clamore officii sui dubitum exequatur». *Ivi*, p. 478. Cfr. MASSIMO VALLERANI, *Modelli di verità*, cit., p. 126.

<sup>381</sup> Cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 54.

<sup>382</sup> Le circostanze della *purgatio* del *reus infamatus* riguardano direttamente il problema dell'assimilazione del giuramento di purgazione alla tortura giudiziaria, per la cui trattazione rimando al prossimo capitolo.

<sup>383</sup> Cfr. *supra* nota 378.

<sup>384</sup> «Sic facilius poterit culpa invenire; per quam facilius veritas invenitur; inquisitio maioris est efficacie tam ratione iudicis quam cause veritatis; item rei publice interest et etiam iudicis, invenire hoc crimen et prevenire; quia quantum potest iudex veritatem tenetur inquirere».

<sup>385</sup> MASSIMO VALLERANI, *Modelli di verità*, cit., p. 130.

<sup>386</sup> Cfr. *supra* nota 378.

## 4. La tortura come contraddittorio

### 4.1 La necessità dell'incertezza

Le procedure inquisitorie, all'atto pratico, non interpretano *strictu sensu* la verità materiale al cui raggiungimento sono state preposte. Alla loro funzione politico-ideologica è sufficiente, per realizzarsi, la sovversione dell'ordine isonomico, ma il tipo di verità ricercata si trasfigura di volta in volta, sfuggendo al rigore degli enunciati e alle pretese di scientificità.

Se il reo è colpevole fino a prova contraria, allora il suo crimine è vero prima della celebrazione del processo. Dimostrare il contrario, cioè contestare l'accusa, non rientra tra le sue facoltà, ma dipende, semmai, dai limiti che le regole di valutazione imporranno al giudice al momento di stabilire il valore delle prove. La difesa, quando è ammessa, può eccepire l'esistenza di fatti giustificativi come alibi, infermità mentale, legittima difesa,<sup>387</sup> ma solo nella fase finale del processo, quando il quadro delle prove si è ormai consolidato. L'inquisito, per sua natura, è già un colpevole, e la tortura è il suo unico strumento di salvezza. 'Perderlo', cioè lasciare che sfugga alla condanna, è di fatto l'unico deterrente all'avvio della causa, l'unico punto di incertezza, l'unica posta che il potere giudiziario acconsente a mettere nella partita del processo. Il giudice lo fa con gli elementi di prova che ha riunito nell'inchiesta e che dovranno considerarsi nulli se l'accusato supererà i tormenti col silenzio; anche il boia lo fa con l'esecuzione, che per essere portata a termine con successo esige una certa abilità tecnica e, non in subordine, l'assenso divino; requisiti che, venendo a mancare, comporterebbero il fallimento dell'esecuzione e subito, secondo la consuetudine, la liberazione del condannato. In entrambi i casi il reo ha vinto, la potestà ha perso<sup>388</sup>. Questa alea imposta ai rappresentanti

<sup>387</sup> Cfr. ADHÉMAR ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle*, cit., p. 146 ss.

<sup>388</sup> Nel caso del boia questa «posta» può rivelarsi particolarmente alta. Il boia che si accanisce sul condannato di cui per inabilità tecnica o altra causa non riesce a portare a termine l'esecuzione finisce spesso per essere aggredito e addirittura ucciso dalla folla inferocita: «Il fallimento di una esecuzione perché non praticata in maniera conforme a quanto stabilito dalla legge (e desiderato dalla folla), oppure il prostrarla anche quando qualcosa interveniva a interromperla (la rottura della corda, un colpo mal assestato, la resistenza fisica del reo), significava porsi contro regole di giustizia [...]. Perseverando in una esecuzione che non era avvenuta regolarmente, il manigoldo [cioè il boia] poteva essere considerato, da un lato, una sorta di pasticcione, di incompetente; dall'altro un vigliacco che si accaniva contro chi da reo finiva per tramutarsi in vittima. [...] Non attuandosi alcun tipo di giustizia (o vendetta) si mutano i rapporti tra le parti e chi non ha saputo rappresentare la comunità, chi non ha saputo riportare l'ordine, diventa il colpevole: il designato a essere oggetto di una punizione collettiva. Il manigoldo diventa il criminale, il suppliziato 'un oggetto di pietà o di ammirazione' [Foucault]: di ammirazione per la sua resistenza al dolore, di pietà per la irragionevole violenza con cui si cerca, invano, di impartirgli una morte che avrebbe dovuto essere immediata». ENRICA GUERRA, *Un'eterna condanna. La figura del carnefice nella società italiana tardo medievale*, Franco Angeli, Milano 2003, pp. 163-5.

della giustizia capitale agisce nel processo inquisitorio come un riflesso della *ratio compensandi* accusatoria, azione di contenimento e di compensazione che doveva controbilanciare l'inevitabile svantaggio in cui si trovava il convenuto, mantenendo artificialmente – poiché *naturalmente* non era possibile – una situazione di parità tra i contendenti.

L'assenza di confini reali dell'arbitrio del giudice, l'impossibilità del contraddittorio, sono in realtà limitanti per la causa della verità, e lo svantaggio in cui versa il reo *tortus* è eticamente inaccettabile, poiché rappresenta una violazione dei principi di equità e di giustizia istituiti dal diritto naturale. Nell'abolire il *iudiciale certamen* il potere pubblico pretende di aver risolto a proprio vantaggio il conflitto tra autorità e libertà individuale, ma la schiacciante supremazia della prima sulla seconda getta l'ombra delle predeterminazione sull'azione giudiziale; l'assenza di confini della potestà giudiziaria toglie incertezza al processo, lo rende statico e monologante, apre un vuoto di senso nella meccanica di dimostrazione<sup>389</sup>. La tortura, a fronte di tutto questo, è vivificante. Essa drena incertezza nelle vene del giudizio, riserva all'imputato un momento nel quale egli può far valere la propria causa contro il giudice e sfuggire alla soggettività del suo operato, rompere la rigida predeterminazione delle ipotesi di indagine. Foucault ha giustamente sottolineato che le sofferenze imposte dalla tortura sono ingiuste solo se il *patiens* è colpevole<sup>390</sup>. Se il *patiens* è innocente si devono considerare salvifiche, poiché costituiscono il suo unico mezzo per dimostrarlo. Solo nella tortura può rinascere il *certamen*: il modello inquisitorio puro non ne prevede alcuno. La sua cruenza rievoca lo schema del duello ordalico: in quello la veracità è veicolata dall'attacco, in questa dalla difesa, per cui il reo vince tenendo e perde confessando<sup>391</sup>; entrambi hanno una natura epistemologicamente ibrida, dove la struttura ludica della prova si sovrappone alla valenza etico-giuridica del giudizio<sup>392</sup>. La produzione rituale della verità rimanda allo stesso tempo al

---

<sup>389</sup> L'ipergarantismo, o anche, con Cordero, il «finto garantismo» del sistema di prove legali rappresenta proprio questo: il tentativo di mantenere nel processo una parvenza di autenticità e di incertezza. L'ossessione per la spontaneità della confessione, che non doveva riferirsi a cose impossibili, che andava formulata davanti al tribunale competente e, nel caso fosse stata ottenuta coi tormenti, confermata nuovamente dal reo lontano dagli strumenti di tortura e in tutta coscienza, tutte queste cautele avevano il fine di vincolare l'accusato alla procedura, attestare la verità e genuinità dell'istruttoria.

<sup>390</sup> MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 45.

<sup>391</sup> In un celebre passaggio di *Sorvegliare e punire* Foucault sostiene che «tra il giudice che ordina la *quaestio* e il sospettato che è torturato si svolge ancora quasi una sorta di combattimento cavalleresco». L'assimilabilità della tortura al duello non è, ovviamente, un'intuizione foucaultiana. I giuristi, come si vedrà, definirono l'analogia tra i due istituti a livello di premesse giuridiche ed effetti probatori, fin dai tempi di Baldo e poi in tutta la trattatistica sul duello fra XV e XVI secolo. Cfr. capitolo successivo.

<sup>392</sup> A proposito della metamorfosi del duello da prova di forza a prova di verità, Ennio Cortese rilevava che tale trasformazione «rendeva ibrido e ambiguo il procedimento germanico che conservava la sua struttura di gara ludica e al contempo assumeva una parvenza di giudizio etico-giuridico». ENNIO CORTESE, *Le grandi linee*, cit., p. 104.

giuramento purgatorio, dove all'affermazione di innocenza si è sostituito il silenzio come prova negativa di non colpevolezza.

#### 4.2 Problemi di comparazione

Il parallelo tra tortura e mezzi di purgazione appare di per sé giustificato, oltre che suggestivo; tanto più che, come vedremo, l'assimilabilità della tortura alle *purgationes* era nota anche a gli stessi giuristi dello *ius commune*. Ma sostenere che la sua «ordalicità» abbia istaurato un dialogo col principio del contraddittorio solleva alcuni problemi inerenti alla filosofia stessa dell'*ordo iudiciarius*. Vediamo quali.

Innanzitutto, l'*ordo* rifiuta categoricamente la relazione tra verità e violenza<sup>393</sup>, giacché quest'ultima, verbale o fisica, è inconciliabile con la ricerca della verità pratica (*doxa*). Al contrario, e per ovvie ragioni, la tortura si fonda su quella relazione, e ciò in perfetta armonia con la filosofia inquisitoria. Quest'ultima ammette nel processo due tipi di verità: la prima è la *verità formale*, cioè una verità fittizia, convenzionale, resa valida non dalla sua corrispondenza con la realtà di fatto ma dalla correttezza formale con la quale vi si perviene; verità, quindi, come termine ultimo di un percorso probatorio formalmente ineccepibile; la seconda è la *verità materiale*, l'*epistème*, una forma di conoscenza che si ritiene oggettiva, come la verità scientifica, e il cui valore si suppone assoluto, come la verità rivelata. La *verità formale* si avvale della prova intesa come *ratio*, un tipo di accertamento il cui fine non è la conoscenza sul fatto ma la fine della disputa; la *verità materiale* si fonda invece sulla prova intesa come *experimentum*, cioè una verifica empirica che segue regole d'inferenza basate su esperimenti non casuali. Va specificato, in proposito, che la convivenza tra prova-*ratio* e prova-*experimentum* non inficia la coerenza del processo inquisitorio. Esso accoglie, piuttosto, i postulati di epistemologie in apparente contraddizione, in virtù di un comune fondamento basato sul modello formale, burocratico e calcolante del processo, dal quale sono escluse l'attività critica del giudice e il principio di uguaglianza tra le parti, e nel quale «fissazione formale del fatto e prova sono due aspetti dello stesso problema»<sup>394</sup>. Inoltre, la prova-*ratio* completa e stabilizza l'assetto asimmetrico, giacché la sola prova-*experimentum* non consentirebbe di concludere rapidamente il processo<sup>395</sup>. Ne deriva, in sintesi, un modello

<sup>393</sup> Secondo Giuliani proprio in ciò consiste la grande rivoluzione dell'*ordo* rispetto al processo germanico. Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 531.

<sup>394</sup> *Ivi*, p.526.

<sup>395</sup> Essa infatti rende precaria la possibilità di un controllo dell'attività decisoria del giudice ed è contro «l'economia della ricerca», dal momento che l'assimilazione della prova giuridica a quella scientifica allarga smisuratamente il campo d'indagine.



processuale nel quale la complessità del giudizio è drasticamente ridotta e la controversia è sostituita da un «calcolo» che consente di pervenire in ogni caso alla decisione della causa. La *quaestio* è perfettamente compatibile con questo modello<sup>396</sup>. La violenza, infatti, suppone un percorso dimostrativo molto simile a quello dell'esperimento scientifico, nel quale le operazioni di laboratorio forzano la natura a produrre una risposta riconoscibile e univoca (*l'epistème*); allo stesso tempo, se adoperata secondo le regole, la *quaestio* pone fine al processo di conoscenza senza disattenderne le prerogative formali. La tortura, quindi, è sia *prova-experimentum* che *prova-ratio* e i suoi oggetti di ricerca sono sia la verità materiale che la verità formale. Lo stesso si può dire dell'ordalia. Nell'una e nell'altra il passaggio dal fatto al diritto risulta inesplicabile, giacché nel momento empirico «non si può trovare la ragione sufficiente della conseguenza giuridica»<sup>397</sup>; nell'una e nell'altra il giudice è costretto ad adeguare la propria sentenza al risultato formale della prova, al di là del suo personale convincimento.

Da tutto ciò risulta immediatamente evidente che la logica probatoria della tortura non ha, tecnicamente, nulla a che vedere con la logica probatoria dell'*ordo iudiciarius*, per la quale la verità è *doxa* e la prova è *argumentum*. Resta quindi da capire in che modo la *ratio* ordalica della tortura avrebbe riproposto l'etica dell'*ordo*.

#### 4.3 Il silenzio del reo come *reprobatio*

Innanzitutto va detto che, sebbene la *ratio* ordalica della tortura non contraddicesse affatto l'epistemologia inquisitoria, non per questo essa cessava di rappresentare un problema di coerenza all'interno dell'ordine asimmetrico. I giuristi del diritto comune tentarono di negare o invalidare ogni analogia tra la *quaestio* e la *purgatio vulgaris* attraverso una precisa opera di canonicizzazione e di integrazione dell'istituto con l'ideologia politico-giuridica del sistema inquisitorio. Lo stesso si tenta di fare con il duello, ovvero con la prova dai trascorsi più marcatamente germanici. Il punto di partenza è la *purgatio canonica*; essa fornisce ai giuristi il modello a cui uniformare gli altri due istituti a carattere decisorio e purgatorio, la base per un procedimento interpretativo di tipo analogico che si irraggia virtuosamente sulla tortura (per cui «tortura in criminalibus succedit loco iuramenti») e poi dalla tortura al duello (per cui «ad

---

<sup>396</sup> Il problema posto dall'elemento «irrazionale» della tortura, cioè la sua connotazione ordalica (se l'imputato resiste, è innocente), non confligge con la logica inquisitoria e non ne perverte la razionalità. È l'idea in sé di verità materiale - l'idea che la verità materiale possa essere raggiunta nel giudizio - a essere semmai «irrazionale», ma non la tortura in sé.

<sup>397</sup> *Ivi*, p. 527.

probationem veritatis vel criminis purgationem, duellum torture aequiparatur»)³⁹⁸. Questo suggerisce, per prima cosa, che a preoccupare i giuristi non fu l'aspetto divinatorio di duello e tortura, visto che il giuramento si fondava anch'esso sul presupposto dell'intervento divino, seppure molto più mediato, e che l'elemento di incoerenza risiedesse piuttosto nel loro carattere volgare, più precisamente, nel loro carattere cruento negoziale. In questo senso tortura e duello - la prima simbolicamente, il secondo effettivamente - mantengono in vita un «principio di gravidanza metagiuridica»³⁹⁹ comune sia all'*ordo iudiciarius* che al diritto germanico: l'idea che l'attività delle parti debba prevalere su quella del giudice, ovvero il contraddittorio, il *certamen*.

La saldatura tra diritto germanico e *ordo* avviene proprio nel principio di uguaglianza tra le parti. Come sottolineato da Giuliani, il richiamo dei glossatori ai testi sacri permetterà «di elevare la citazione a simbolo degli *iura naturalia* nel processo» dotando di un nuovo spessore teologico-giuridico il concetto di diritto alla difesa; ma questo ideale rivestiva già una notevole importanza nel diritto processuale germanico⁴⁰⁰. Esso prevede una contesa tra soggetti negozialmente paritari (paritari nel senso che tutti sono ammessi a negoziare, ma poi ovviamente «sarà la negoziazione a fare le parti, il che vuol dire che la diversa caratura dei protagonisti non potrà non pesare sugli esiti»)⁴⁰¹; lo schema della contesa è quello delineato da Cicerone nel *De inventione*: «Constitutio est prima conflictio causarum ex depulsione et intentionis profecta, hoc modo: 'Feciti': 'non feci' aut 'iure feci'»⁴⁰². Fatto contestato, negazione del fatto contestato. Nella dialettica medievale diventa il conflitto tra *positiones* e *oppositiones*⁴⁰³, con le parti che si affrontano in una situazione di assoluta reciprocità. La

³⁹⁸ Sul percorso di canonicizzazione di tortura e duello a partire dalla *purgatio canonica* cfr. *infra*, cap. III, e in particolare § 4.4 e 5.

³⁹⁹ DANIELE VELO DALBRENTA, *Nemo inauditus damnari potest*, in MAURIZIO MANZIN (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano 2008, p. 122.

⁴⁰⁰ D'altronde, è proprio sotto questo profilo che l'introduzione dell'*ordo* non rappresenta una rottura col passato. Cfr. FRANCA SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*, cit., p. 346; ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 531.

⁴⁰¹ MARIO SBRICCOLI, *Giustizia negoziale, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., II, p. 1237.

⁴⁰² *De inv.*, 1, 8, 10.

⁴⁰³ Le *positiones* sono un'innovazione dell'inizio del XIII secolo, giacché all'inizio esse venivano confuse con le *interrogationes*. Nella dialettica delle *positiones* accusato e accusatore sono chiamati a presentare articoli, frasi, proposizioni (le *positiones* appunto) nelle quali una parte afferma e la parte avversa è costretta a rispondere in una forma negativa o affermativa. Essa consiste in sostanza nella selezione delle questioni di fatto sulle cui basi i litiganti intendono costruire il confronto. Il giudice può porre questioni, ma non può intervenire nella formulazione delle *positiones* (*iudex non potest de facto supplere*) [Cfr. MASSIMO VALELRANI, *La giustizia pubblica medievale*, Il Mulino, Bologna 2005, pp. 85-7; LINDA FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii and Libelli de ordine indiciorum. From the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century*, Institut d'études médiévales, Lovanio 1970, p. 46]. L'obbligo del *respondere* a proposito, alla base della teoria delle *positiones*, trova un fondamento nella situazione di reciprocità delle parti. Al di fuori della reciprocità c'è il diritto al silenzio. Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 535 e nota 50.

tortura, come già suggeriva Foucault, ricrea artificialmente questa dialettica nel combattimento tra giudice e reo, ma il rapporto tra le parti, questa volta, è di assoluto squilibrio. Il reo è teoricamente costretto a *edere contra se*. Ma la tortura, nell'imporgli una circostanza così svantaggiosa, deve anche fornirgli un'alternativa: negare il fatto che gli viene contestato (*non feci*) rivendicando il diritto al silenzio originariamente previsto al di fuori di una situazione di reciprocità. Quindi, se è vero che il reo è tenuto ad autoincriminarsi, è anche vero il contrario: egli è tenuto, se innocente, a negare il delitto. Il carattere preminente della massima assolutoria non è quindi meramente divinatorio. La massima ha una funzione dialettico-conclusiva simile a quella della cosiddetta *reprobatio*, la controprova: nella teoria delle *positiones*, la *positio* di parte ammessa in giudizio comportava l'obbligo del *respondere*, ma anche il diritto alla *reprobatio*; ma, mentre «*probatio reprobationem non excludit*», «*reprobatio reprobationis non datur*»<sup>404</sup>. Se l'imputato resiste all'ultima sessione legale di tortura, *reprobationis non datur*. Ha vinto.

4.4 Verità e violenza: «nello spirito di salvaguardare la *veritas*, ma con l'effetto di tutelare l'accusato»

La tortura non ospita a tutti gli effetti «le operazioni solitarie della mente del giudice»<sup>405</sup> tipiche del processo inquisitorio, ma si richiama alla dialettica tra due proposizioni delle quali l'una è affermativa, l'altra negativa. Anch'essa, come il contraddittorio, si ispira al movimento di contraria informazione, che la preminenza assegnata dall'*inquisitio* al momento istruttorio e burocratico ha bloccato in partenza. Nel percorso dimostrativo non è la logica a portare in superficie la verità, ma il *dolor corporis*, giacché la prova non si trova nel discorso, ma nel corpo<sup>406</sup>. Anche qui, come nel processo dialettico, deve manifestarsi il *mentiens*. Può essere il reo, ma anche il giudice, a seconda che gli indizi vengano o meno purgati. In questo senso si può dire che il fine ultimo della tortura non sia l'esattezza, ma la giustizia naturale, poiché essa riabilita il primato della testimonianza umana.

Non nella forma auspicata dall'*ordo*, ovviamente. Quella raffinata tradizione non è riuscita a delegittimare l'antica identificazione tra verità e uomo, tra verità e sofferenza e, quindi, tra verità e violenza. Il sottinteso etico è che la violenza abbia la qualità apodittica necessaria a far

<sup>404</sup> GIUSEPPE SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in PASQUALE DEL GIUDICE, *Storia del Diritto italiano*, Hoepli, Milano 1925 - 1927, parte II, pp. 412-13.

<sup>405</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 521.

<sup>406</sup> Cfr. in proposito le note riflessioni di CORRADO BOLOGNA, *Tortura*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. XIV, Torino 1981, p. 345 e di MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 124.

emergere la distinzione tra bene e male, tra verità e menzogna. Quindi la tortura è, per utilizzare una metafora chimica, un reagente della verità<sup>407</sup>. Essa dà anche l'illusione di una conciliazione tra *ratio* e *fides*<sup>408</sup>: se si possono avanzare legittimi dubbi sul fatto che la tortura sia appropriata dal punto di vista cristiano, essa risulta comunque valida dal punto di vista

<sup>407</sup> Franco Cardini ha parlato in questo senso di una radice etica della tortura: «È difficile e forse impossibile rintracciare l'origine storica della tortura giudiziaria, la radice ultima della quale può considerarsi etico-pedagogica ancor prima che giuridica: il tormentare per conoscere la verità implica un sottinteso ma forte rapporto tra la verità intesa come bene e la falsità e la menzogna ritenute di per sé un male. Tale tensione etica rendeva plausibile, nel diritto greco e romano che l'hanno codificata, l'interpretazione della tortura come atto praticato anche pro reo: si partiva cioè dal principio che, in mancanza di chiare prove, la forza d'animo dimostrata dall'imputato nel sostenere la sofferenza pur di far trionfare la verità fosse, essa stessa, una prova.» FRANCO CARDINI, MARINA MONTESANO, *La lunga storia dell'inquisizione. Luci e ombre della «legenda nera»*, Città nuova, Roma 2005, p. 60.

<sup>408</sup> Il rapporto tra fede e ragione, tra teologia e filosofia, è il leitmotiv della filosofia medievale. Il diritto lo esprime nel problematico dialogo tra legge naturale e legge positiva. Questo dualismo è l'anima stessa dell'etica, il cui percorso è segnato dal susseguirsi di modelli paradigmatici fondati sul superamento, o sulla rielaborazione in chiave metafisica, della morale antica. Tra questi, l'ultimo e il più diversificato è il modello scolastico, a partire dal quale i due grandi paradigmi che l'hanno preceduto – quello agostiniano e quello monastico – cessano di rappresentare il punto di riferimento del comportamento etico e della riflessione filosofica. All'origine di questa rivoluzione vi è la riscoperta, o la scoperta attraverso traduzioni integrali, della fisica, della metafisica, dell'etica e della politica di Aristotele, da cui prenderanno avvio gli *aristotelismi* del XIII e XIV secolo, con i capiscuola Tommaso d'Aquino, Bonaventura da Bagnoregio, Giovanni Duns Scoto e Guglielmo d'Ockham. L'immensa fortuna medievale del filosofo ha un inizio travagliato: le prime traduzioni dell'*Etica Nicomachea*, anonime e parziali, cominciano a circolare tra la fine del XII e l'inizio del XIII secolo; seguono condanne e divieti ufficiali di «lettura» diramati dalle università (in particolare Parigi) e dalle autorità ecclesiastiche. Soltanto in seguito alla prima traduzione integrale (ultimata nel 1246-47 da Roberto Grossatesta) e alle traduzioni di vari commenti greci all'opera, Aristotele entrerà nei programmi universitari e diverrà in breve tempo un vero e proprio dogma dell'insegnamento filosofico. La *moralis philosophia*, a partire dalla seconda metà del XIII secolo, si identifica nel pensiero di Aristotele; il suo *Corpus*, da lettura sospetta o extracurriculare, diventa oggetto di studio obbligatorio nelle facoltà delle Arti. L'evoluzione della scienza etica come esercizio della *recta ratio* - la retta ragione intesa da Aristotele come capacità di compiere l'azione giusta al fine di realizzare un desiderio retto - può essere definito il principio unificatore del pensiero etico medievale, al punto che, come ha notato Italo Sciuto, «l'etica dei medievali si può [...] definire in sintesi un'etica della *recta ratio*» [ITALO SCIUTO, *L'etica nel Medioevo*, cit., p. XVII-XVIII]. Tale etica, sviluppata da Tommaso d'Aquino, concepisce la ragione come guida della volontà retta, una volontà, cioè, che persegue il bene; essa non è definibile o conoscibile per comparazione con una regola esteriore, poiché la sua regola è nella ragione stessa. Il valore morale dell'agire umano si apprezza secondo la sua corrispondenza al giudizio della retta ragione, una ragione fedele alla sua stessa essenza. Ciò che non è morale, non è pienamente razionale. Il diritto naturale, universale e comune a tutti gli uomini, si fonda precisamente sulla retta ragione; per Tommaso tale legge non si identifica con la legge della rivelazione (in opposizione al volontarismo) perché, pur avendo una natura divina, essa esiste nella natura dell'uomo in quanto creatura razionale che partecipa alla ragione di Dio. La legge naturale poggia su un'unica norma: «si deve fare il bene, si deve evitare il male» [TOMMASO, *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 2.], ma dall'evidenza razionale di questo precetto non deriva la sua spontanea e automatica osservanza, dimodoché il disciplinamento delle azioni umane necessita dei meccanismi coercitivi del diritto positivo; come ripetono i glossatori: *Author iuris est homo, author iustitiae est Deus* [la formula si trova, per esempio, in Azzone, *Summa Institutionum*, Lione, 1583, I, 1; cfr. MARIA GRAZIA FANTINI, *Auctor iuris homo iustitiae Deus. La misura del diritto nel basso medioevo*, in «Iustitia», XLIV, 4, Roma 1991]. La progressiva distinzione tra *fides* e *ratio*, alle soglie del XIV secolo, apre alla possibilità di una razionalità conoscitiva che tende all'autonomia nei confronti non solo della teologia, ma anche dell'etica; non solo ragione teoretica e ragione pratica finiscono col differire, ma anche l'azione *religiosamente* valida viene distinta da quella *moralmente* valida. Il dualismo ragione-fede rappresenta in sintesi il fondamento positivo, creativo, del pensiero etico medievale, del ragionamento pratico, attinente cioè al discorso razionale e all'argomentazione critica (e dunque alla scienza del diritto) [Cfr. FRANCESCA CAPUTO, *Etica e pedagogia. Linee di teorizzazione etica e pedagogica nel pensiero classico e medievale*, Vol. I, Pellegrini Editore, Cosenza 2005, p. 112]. Sul tema cfr. anche ANGELO CAMPODONICO, MARIA SILVIA VACCAREZZA, *La pretesa del bene. Teoria dell'azione ed etica in Tommaso d'Aquino*, Orthotes Editrice, Napoli 2012, in particolare cap. IV, *Agire bene. Tra legge e virtù*, pp. 127-88.

morale, giacché si ritiene che possa perseguire *razionalmente* il bene, cioè la verità, e mostrare il male, che è la menzogna, in accordo con la *recta ratio agibilium*, un'azione razionale associata a un desiderio retto<sup>409</sup>.

La prova cruenta, in sintesi, presenta numerosi vantaggi: conserva un piccolo spazio entro cui il *deus ex machina* trascendente possa continuare a intervenire ad uso delle esigenze decisorie del processo; libera quest'ultimo dagli schemi imposti dall'alienante e farraginoso *modus operandi* dell'inchiesta razionale; consente al vero di sottrarsi al calcolo e lo ricongiunge idealmente alla sfera etica del giusto, del virtuoso, dell'idoneo, qualità che possono emergere solo dall'antagonismo di due opposte ragioni «che si percuotono a vicenda»<sup>410</sup>.

L'idea che il luogo per eccellenza della non-reciprocità possa ospitare il principio del contraddittorio può apparire in qualche modo paradossale. Tuttavia, seppure in termini diversi, già Mario Sbriccoli notava che la tortura pone un «argine» alla macchina condannatoria dell'inquisizione. I giuristi, consapevoli dell'inaccettabile debolezza in cui si trova l'individuo rispetto al potere pubblico, ma nell'impossibilità di indebolire quest'ultimo nelle sue prerogative fondamentali, avrebbero tentato di indebolire la tortura. La «tortura regolata», quindi, o potremmo dire la «tortura indebolita», pur nella sua natura utopica e ideale, si sarebbe sviluppata quasi come antagonista della «tortura praticata», realista, crudele e priva di freni. Ecco, in proposito, alcune interessanti osservazioni di Mario Sbriccoli:

La tortura è certo la manifestazione più clamorosa di come possa diventare immensa la sproporzione di potere tra Stato e individuo. Quando l'autorità la mette in opera si impossessa interamente di un uomo: per piegarlo e annientarlo, vessandone il fisico e violandone la dignità. È in questo contesto che si legittima e si afferma il principio di garanzia: il più forte si impone limiti invalicabili e pone a se stesso regole impegnative, per garantire il troppo debole sul terreno dei suoi diritti fondamentali e della sua dignità. Nel contesto politico comunale, questo modello, che sarebbe stato grosso modo quello delle esperienze costituzionali sette-ottocentesche, non era applicabile. L'autorità statale non aveva contrappesi, era priva di limiti costituzionali, ed avendo optato per una forma 'reddiziosa' di processo penale, non era certo disposta a frustrarne le potenzialità. L'unico possibile argine fu quello proposto (nella logica di produzione giuridica propria del diritto comune) dalla autorevolezza della *interpretatio* dottorale. Non fu un argine privo di falle o punti deboli, né si può dire che abbia

---

<sup>409</sup> Tommaso, come Aristotele, collega la *recta ratio agibilium* alla *phronesis*, che una tradizione risalente a Cicerone rende con il termine di *prudentia*; la prudenza è la saggezza pratica insita nella *recta ratio agibilium*, la giusta misura dell'agire, o *orthos logos*, in virtù della quale si stabilisce la verità pratica, che consiste nell'adeguazione tra la razionalità pratica indirizzata all'agire e il desiderio retto.

<sup>410</sup> Particolarmente calzante per questo confronto tra tortura e *certamen* è la già citata definizione che dà Pagano della verità dialettica, che è «come la luce, che dal contrasto sfavilla di due corpi, che si percuotono a vicenda». FRANCESCO MARIO PAGANO, *Opere filosofico-politiche ed estetiche*, cit., p. 472.

conseguito risultati straordinari. Impose tuttavia una separazione tra la *tortura praticata*, quella che arrivava a violare la stessa legalità che le accordava l'esistenza, e la *tortura regolata*. L'argine, uso ancora questa non adeguata metafora, fu di tipo garantistico. I giuristi escogitarono limiti invalicabili e regole impegnative per il potere, che costituirono la tortura come il luogo per eccellenza della 'garanzia'. Lo statuto teorico della tortura è interamente costruito su di essa: invalidità, nullità, e comminazioni per il giudice, vogliono scoraggiare violazioni sostanziali e procedurali [...] nello spirito di salvaguardare la *veritas*, ma con l'effetto di tutelare l'accusato. Moltissime condizioni si esigono, anche se inesistenti *in iura* (nei testi romani). Il formalismo, con un significativo rovesciamento, viene posto a protezione del più debole. Il ragionamento si fa sottile e rischia di spezzarsi, ma se si tiene presente che quello garantistico è un metodo, si capirà come esso, per venire alla luce, sia andato ad annidarsi proprio nell'assetto giuridico della *quaestio*, e cioè nel contesto in cui la sproporzione di potere tra autorità e individuo è la massima immaginabile.<sup>411</sup>

Il sistema inquisitorio viene spesso definito ipergarantista<sup>412</sup>. Cordero ha parlato, piuttosto, di «finto garantismo», un garantismo di facciata, minuziosamente tessuto attorno alla tortura per vincolare la libertà del giudice, ma sostanzialmente impotente, o non sufficientemente efficace, per ridurla a quello strumento ausiliario, da usare con pietà e mille precauzioni e solo in un numero ben circoscritto di casi. Questo perché quel tipo di tortura era, appunto, un'utopia dei canonisti, dal momento che l'intero processo inquisitorio si basava su un assunto, quello del raggiungimento della *Veritas-epitème*, che già indirizzava in partenza a un abuso dell'istituto.

Non sembra esserci una vera e propria differenza tra il punto di vista di Sbriccoli e quello di Cordero, se non, per così dire, nell'intenzione attribuita ai giuristi. Il garantismo della «tortura regolata» risiede nelle limitazioni e nelle regole di invalidità; è dunque un garantismo formale, costruito dai giuristi per rendere il meno maneggevole possibile la *quaestio*, scoraggiare dal suo utilizzo e contrastarne la deriva. Il «finto garantismo» allude in parte alla stessa cosa: l'apparato di regole formali vigila, ma non scalfisce la portata della tortura, giacché è pur sempre lo *stylus iudicandi*, quindi la «tortura praticata», a fare la vera tortura. In entrambi i ragionamenti si tratta di un garantismo formale. E tuttavia, il garantismo della tortura non si «annida» solo nella gabbia che le costruiscono attorno i dottori, ma nell'istituto in sé per sé, nel suo ruolo all'interno del processo. Quel formalismo, cioè, non ha il semplice scopo di rendere il più legale possibile la tortura; piuttosto, *il formalismo deve rendere il più legale*

<sup>411</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., pp. 127-8.

<sup>412</sup> Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit.; GIORGIA ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene, Napoli 1979; MARIANO MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Jovene, Napoli 1992.

*possibile il potenziale garantistico della tortura.* È infatti il garantismo, non la tortura, a stridere con l'ideale inquisitorio. Anche qui il filo del ragionamento si fa sottile e rischia di spezzarsi. Per ragionare su piani meno astratti, si potrebbe anche porre la questione in questi termini: la massima assolutoria, quella secondo cui il torturato che mantiene la negativa va assolto, deve essere considerata una garanzia formale o sostanziale?<sup>413</sup> O meglio: quanto è determinante quella massima nella definizione storica della tortura giudiziaria? Chi scrive è convinto che la massima sia determinante, non fosse altro che per il fatto che essa rendeva la tortura un istituto non interamente controllabile dal fisco, quindi metteva in discussione il fondamento dell'ideologia inquisitoria *Rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita*<sup>414</sup>. La tortura regolata non doveva garantire il reo soltanto dalla tortura, ma anche dagli effetti iniqui del processo inquisitorio. La tortura, in molti casi, si presentava come l'unico momento del processo in cui l'imputato poteva esercitare il proprio diritto alla difesa. E qui torniamo, per l'ultima volta, al legame tra *quaestio* e contraddittorio.

Torturandolo, si sfida l'uomo sul terreno della dignità. Di questa dignità il reo è privato in partenza, nel momento stesso in cui viene inquisito: il suo diritto a non autoincriminarsi, a non ricevere domande oppressive o capziose, a essere messo a confronto con i teste d'accusa, ogni garanzia processuale gli viene negata. Non potendo essere fatte concessioni sul piano formale della legalità, la concessione avviene sul piano della violenza: essa crea uno spazio di confine tra *lex* e *iudicium* e in questo spazio ciò che non era possibile per la *lex* diventa possibile nel *iudicium*: l'inquisito, offrendo il proprio corpo, può riacquistare la dignità negatagli dal processo. È uno spazio, di fatto, liminare, perché è più vicino alle ordalie che al sistema di prove legali, riguarda più il giudizio che la legge. La vera tortura non la fa il legislatore - il quale, come ha osservato Sbriccoli, tenta in ogni modo di contenerla, quasi di sabotarla - ma il giudice che la ordina, e che può darle una piega più o meno legale<sup>415</sup>. Lo stesso diritto alla difesa dell'*ordo*, simbolo di valori istituzionali ed etici legati agli *iura*

---

<sup>413</sup> Non utilizzo i termini *formale* e *sostanziale* secondo il linguaggio giuridico (per cui le *garanzie formali* determinano quali sono le fonti normative legittimate a prevedere reati mentre le *garanzie sostanziali* determinano ciò che può essere legittimamente ritenuto reato), ma uso formale nel senso di *meno rappresentativo* di ciò che è sostanziale, e sostanziale nel senso di *essenziale, fondante*.

<sup>414</sup> Il problema ruota intorno al grado di inderogabilità della massima assolutoria; bisogna cioè stabilire se l'assoluzione del reo negativo si possa considerare o meno un effetto *necessario* del silenzio. Per questo rimando a *infra*, cap. IV, § 1.

<sup>415</sup> Come rileva Fiorelli, la tortura era «priva d'un preciso fondamento nelle leggi, debolmente regolata dai giureconsulti, essa aveva la sua norma nella consuetudine giudiziaria, molte volte nell'occasione o nell'opportunità, spesso nell'arbitrio degli esecutori e degli inquirenti». PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 192. L'affermazione secondo cui dai giureconsulti «fu debolmente regolata» confligge con l'idea di «tortura regolata» di Sbriccoli, a meno che non la si intenda nel senso che i giureconsulti dedicarono alla tortura, rispetto ad altri aspetti del processo penale, un'attenzione limitata. Salvioli sostiene ad esempio che «un senso di pudore impedì le lunghe descrizioni» [*op. cit.*, p. 480]. L'impressione è che queste si incontrino più spesso nei manuali degli inquisitori piuttosto che nei trattati dei giuristi.

*naturalia*<sup>416</sup>, si era configurato come spazio non violabile da autorità esterne al *iudicium*. La sua tutela, come spiega Alessandro Giuliani, non era una questione legislativa, ma giudiziaria; il suo fondamento non era nei testi normativi, quanto nella prassi giurisprudenziale<sup>417</sup>. Il torturato ora esercita con il proprio corpo quello stesso diritto alla difesa. È lì che va cercata la tortura, non solo come prassi, ma come istituto che si sottrae, che sfugge per sua natura al controllo del legislatore e dello Stato.

La prova cruenta, inoltre, ha un tradizionale legame con la giustizia privata. *Ius erat in armis*. La vendetta privata non prevedeva intromissioni dello Stato; il duello, il suo difficile e in un certo senso fallimentare addomesticamento in favore del principio pubblicistico, testimoniano una prolungata resistenza all'intromissione dello Stato nella risoluzione delle controversie, o almeno, in un particolare tipo di controversia. La tortura è equiparata al duello sia dai giuristi che dai trattatisti della materia duellare: la loro base comune consiste nell'istanza purgatoria e decisoria. Sono mezzi di prova estremi che intervengono, e non senza imbarazzo dei giuristi, laddove l'inchiesta sembra non poter raggiungere una certezza. E ciò non deve stupire, giacché è proprio l'esigenza di certezza a propiziare il rapporto tra verità e violenza. L'*ordo* non ammette la violenza perché non ammette la certezza. La certezza è già violenza. Essa richiede di forzare l'uomo, la natura (o Dio), a rispondere in modo univoco e intellegibile, ignorando la complessità del quesito. Mentre una giustizia che rifiuta il *non liquet* rifiuta la complessità, e di conseguenza non può negare asilo alla violenza. Non semplicemente perché la violenza offra una soluzione rapida per ottenere un vincitore e un vinto; se si trattasse solo di questo, la giustizia sarebbe un gioco cruento senza pretese di veridicità. È sottinteso, invece, che dalla prova cruenta possa emergere davvero il giusto, il vero, il migliore, colui che merita di vincere. Quindi un sistema che non ammette il *non liquet* deve ammettere la prova cruenta perché essa offre una soluzione che non inaridisce la verità. Per il sistema inquisitorio, si tratta di una verità eticamente superiore a quella raggiungibile con i mezzi di una ragione ridotta a strumento computazionale. Senza contare che la responsabilità morale della sentenza, una volta che si sia passati per la tortura, non deve più ricadere sul giudice<sup>418</sup>. Senza *quaestio*, l'assetto asimmetrico del processo ridurrebbe la giustizia egemonica a un esercizio burocratico eternamente tarato sulla condanna. La prova cruenta, invece, è una via

---

<sup>416</sup> «In quanto diritti relativi alla comunicazione umana, essi non sono rigorosamente definibili, anche se genericamente ricollegabili al diritto alla difesa: la loro tutela è giudiziaria, non legislativa». ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 535.

<sup>417</sup> Sul carattere extrastatuale dell'*ordo* cfr. *infra* note 351 e 352.

<sup>418</sup> Questa è la tesi di James Q. Whitman. Cfr. *The Origisn of Reasonable Doubt*, cit., in particolare p. 92-124.



certa dall'esito incerto; sottrae il vero al calcolo e gli restituisce quella complessità che è propria della risposta umana.

Si può dire che il processo inquisitorio rappresenti una versione autoritaria della giustizia soddisfattoria: qualcuno alla fine deve pagare, la sentenza deve essere di innocenza o di colpevolezza; applicando l'interesse dello Stato, il processo inquisitorio propende pericolosamente per la colpevolezza. Ma, per mezzo della tortura, il perdente torna a essere incerto; si costituisce nel processo un piccolo spazio non violabile dall'autorità pubblica, posto a tutela dell'individuo e, quindi, degli *iura naturalia*. Essendo stato rimosso l'equilibrio dell'*actium trium personarum*, ovvero avendo l'autorità pubblica incorporato l'accusa<sup>419</sup>, il convenuto dovrà battersi direttamente con lo Stato. In questo senso si può ipotizzare, con le dovute cautele, che la tortura abbia ospitato una germinale idea di garantismo, già in nuce nella filosofia isonomica dell'*ordo*, considerando che il rapporto tra garantismo e processo è una questione filosofica prima che giudiziaria<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> Come ha rilevato Sbriccoli, «L'ingresso della tortura nel processo inquisitorio riduce infatti ad una sola le tre persone che erano già state ridotte a due. Con l'uso della forza, l'imputato verrà chiamato a farsi accusatore di se stesso e ad identificarsi con i fini dell'inquisitore/giudice. L'*actus trium personarum* si trasforma nell'azione unitaria di una forza sola. Quel che resta dell'accusato è il *reus*: un oggetto (*reus da res*), o una *figura ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, da accusatore». MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., pp. 118-9.

<sup>420</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 535.

## CAPITOLO II

### TORTURA, GIURAMENTO, DUELLO

## 1. Confusioni concettuali tra tortura e ordalia

La tortura, come si è visto, rientrava nel diritto come istituto alternativo all'ordalia, e dal punto di vista della logica giudiziaria la reviviscenza di questa e la scomparsa di quella possono essere considerati come due aspetti di un medesimo fatto. Questa complementarità ebbe delle conseguenze sul piano giuridico (le cui premesse, nota Fiorelli, non furono esclusivamente giuridiche, ma psicologiche)<sup>421</sup> individuabili con una certa chiarezza nella serie di contaminazioni e sovrapposizioni concettuali che avvennero tra i due istituti nella fase di transizione dall'uno all'altro.

La confusione non è una prerogativa dell'epoca medievale. Lo studio delle società arcaiche ha mostrato come, a fronte di una pressoché totale assenza della tortura, laddove essa compare viene talvolta confusa o commista con l'ordalia<sup>422</sup>, e questo soprattutto nei casi di ordalie cruento<sup>423</sup>. E non sarà superfluo aggiungere che, persino nell'attuale letteratura scientifica, ordalia e tortura si trovano di tanto in tanto confuse, specie quando sono messe in relazione al reato di stregoneria.<sup>424</sup> Non è un caso. L'ordalia persistette più a lungo, a fronte del suo rapido declino, proprio nel campo della persecuzione delle streghe, in quest'ultimo contendendosi fino all'ultimo la preminenza con la tortura.<sup>425</sup> Il terreno d'elezione era stato quello dei processi contro gli eretici. Dopo il concilio di Verona (1184) Lucio III aveva prescritto, con la decretale *Ad abolendam*, che l'eretico dovesse affrontare come prova di innocenza una «congrua purgatione» davanti al tribunale episcopale; già il concilio di Reims del 1157 aveva stabilito che «si quis vero de hac impurissima secta infamis fuerit et quasi innocens purgare se

<sup>421</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 69, nota 6.

<sup>422</sup> Cfr. JEAN-PHILIPPE LÉVY, *L'évolution de la prevue*, cit., p. 47.

<sup>423</sup> Come ha notato Lea, spesso il discrimine concettuale tra tortura e ordalia consisteva nel grado di cruenta della prova: l'ordalia dell'acqua fredda, ad esempio, non viene mai confusa, per effetti e premesse, con la tortura; così nell'antico diritto indiano si dava rilievo a questa differenza, che divideva le ordalie violente da quelle non violente dell'acqua fredda e dell'acqua santificata dall'idolo. HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 404.

<sup>424</sup> Un caso degno di nota si trova nel libro di Stephen Mitchell sul fenomeno della stregoneria in Scandinavia, considerato tra i più solidi ed esaustivi lavori sulle pratiche magiche nel Medioevo nordeuropeo. L'autore classifica l'ordalia cui venivano sottoposti i maghi e le streghe («bearing hot iron for a man, plunging her hand into a boiling kettle for a woman») come una «judicial torture», pur individuandone il corrispettivo latino nel termine *ordalium*. Cfr. STEPHEN A. MITCHELL, *Witchcraft and Magic in the Nordic Middle Ages*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2011, p. 150 e pp. 162-3.

<sup>425</sup> È di fronte al reato di stregoneria che il diritto merovingio, per lungo tempo riluttante a dotare la tortura di un vero e proprio *status* giuridico, si decise a istituzionalizzarla, [HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 485]; e così nei capitoli carolingi, dove la tortura era prescritta, se pure con una certa vaghezza, esclusivamente per questo reato: «Diligentissima examinatione costringantur si forte confiteantur malorum quae gesserunt. Sed tali moderatione fiat eadem districtio ne vitam perdant». Capit. II. Carol. M. a. 805. c. XXV.

voluerit, igniti ferri iudicio se purgabit»<sup>426</sup>. Anche la prova dell'acqua bollente era stata impiegata allo stesso fine: in Sassonia nel 1114 e a Vézelay nel 1167. Esempi simili si trovano in Alsazia agli inizi del XIII secolo.<sup>427</sup> Quando, alla fine del XV, il *Malleus maleficarum* cominciò a circolare in Europa, eresia e stregoneria si trovavano ormai assimilate tra loro su un piano non solo teologico, ma giuridico,<sup>428</sup> e l'ordalia, sebbene decaduta, tardava ad abbandonare il campo nell'indagine dei reati a sfondo magico e diabolico. Alle streghe veniva chiesto di impugnare il ferro incandescente, di recitare correttamente il Padre nostro o il Credo; le si pungeva con uno spillo per verificare che sanguinassero; esperimenti che indicano una specifica resistenza del soprannaturale nell'ambito giudiziario dei crimini occulti.<sup>429</sup>

L'ordalia fu sostituita dalla tortura, che però venne a confondersi e intrecciarsi con quelle pratiche. Ancora in epoca di Controriforma, in alcune aree cattoliche della Germania si faceva ricorso alla tortura non solo per ottenere dalle streghe la confessione, ma per sollecitare la potestà divina e scoraggiare quella diabolica, come uno strumento, cioè, in grado di neutralizzare gli ostacoli frapposti da Satana al raggiungimento della confessione (*ein*

<sup>426</sup> JEAN GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Âge*, cit., 133-4. È per questa ragione, nota Gaudemet, che l'eretico comincia a esser detto anche *calido ferro signatus*.

<sup>427</sup> *Ibid.* Si potrebbe essere tentati di concludere, nota più avanti Gaudemet, che malgrado le condanne all'ordalia formulate dai teologi e dai canonisti le cause religiose prevedessero automaticamente l'ordalia come ultima risorsa processuale. Ma, più che l'oggetto del litigio, probabilmente bisogna attribuire un ruolo decisivo ai sentimenti che la stregoneria chiamava in causa: il terrore e di conseguenza l'odio che ispiravano le streghe sono a suo avviso la vera ragione della persistenza, imposta dall'opinione popolare, delle ordalie. *Ivi*, p. 135.

<sup>428</sup> La demonizzazione dell'eretico avviene nel passaggio dal Medioevo all'era moderna: nel campo della repressione giudiziaria è un passaggio dal *malleus haereticarum* al *malleus maleficarum*. Lo spostamento dal reato di *credulitas* a quello di *infidelitas*, da un vago *credidisti* a un più concreto *fecisti*, dalla strega medievale alla malefica rinascimentale, si era verificato insieme e coerentemente con un cambiamento dell'immagine stessa del diavolo, alterata e ingigantita dal dualismo cataro di matrice manichea di elementi terrifici e soprannaturali [Cfr. JEFFREY BURTON RUSSELL, *Witchcraft in the Middle Ages*, Ithaca, Cornell University Press, 1984, p. 1 ss]. La bolla *Vox in Rama* (1233) di Gregorio IX introdusse e codificò questa pericolosa equazione tra seguaci di Satana e eretici. Due bolle di Alessandro IV (1258 e 1260) estesero alla giurisdizione dei primi inquisitori non solo l'eresia ma il *maleficium* perpetrato con mezzi magici; ma la definitiva saldatura tra *maleficium* e eresia sarebbe avvenuta, teologicamente e canonicamente, con la bolla *Super illis specula* di Giovanni XXII (1326). Ciò avveniva più o meno contemporaneamente alle prudenti osservazioni di Bartolo sui poteri delle streghe. La Chiesa si pronunciava con la *Super illis specula* lasciando un segno che sarebbe stato decisivo nella storia della persecuzione: il problema sollevato da Giovanni XXII sull'assimilabilità della stregoneria all'eresia fu raccolto ben presto da teologi e inquisitori: agli uni era stata fornita dal papa in persona una nuova base dottrinale, agli altri venivano conferiti maggiori poteri affinché le nuove disposizioni fossero fatte rispettare. L'assimilazione di eretici e streghe si fondava sulla concezione che vedeva nell'eretico un alleato del demonio, una figura che metteva in discussione il magistero della Chiesa e che traeva vantaggio dalla situazione di frammentazione nella quale stava precipitando il cristianesimo. Eretico e strega erano allo stesso modo complici di Satana, sulla base del primo comandamento: riconoscendo altre divinità essi contravvenivano entrambi al monoteismo. Cfr. MICHAELA VALENTE, *Johann Wier. Agli albori della critica nazionale dell'occulto e del demoniaco nell'Europa del Cinquecento*, Olschki, Firenze 2003, in particolare pp. 7-11.

<sup>429</sup> Clark parla di «re-enchantment of magic in witchcraft cases». Cfr. STUART CLARCK, *Thinking with Demons: The Idea of Witchcraft in Early Modern Europe*, Oxford University Press, New York 1997, p. 591.

*damonenbefreiedes Instrument*)<sup>430</sup>. Gli interrogatori non di rado venivano immaginati e celebrati come veri e propri duelli tra il diavolo e il magistrato; quest'ultimo, prima di andare in battaglia, si preparava bevendo acqua santa e si muniva di oggetti sacri, talvolta impiegati poi come strumenti di supplizio. Il giudizio metteva in scena rituali che confondevano al piano giudiziario quello demonologico ed esorcistico. Come la magia e l'eresia, anche la tortura e l'ordalia si richiamavano reciprocamente, a causa del loro legame con l'invisibile e l'insondabile<sup>431</sup>. «Tutto quello che si può dire in favore della tortura – avrebbe scritto significativamente Verri – si poteva cinquant'anni sono dire della magia»<sup>432</sup>. La sua comparsa nelle ordinanze e nelle costituzioni europee segnava l'introduzione nel diritto laico di procedure inquisitoriali profondamente influenzate dalla letteratura demonologica del XV e XVI secolo;<sup>433</sup> subentrando all'ordalia nella lotta agli alleati del diavolo, le due pratiche vennero inevitabilmente a confondersi e sovrapporsi.

La confusione, naturalmente, non avvenne soltanto nell'ambito della stregoneria: i due istituti avevano in comune, sul piano psicologico, una medesima concezione del rapporto tra coscienza soggettiva d'innocenza e capacità di sostenere sofferenze fisiche, e la linea che separava l'ottenimento di una confessione da un'ostensione di innocenza (o di colpevolezza) non fu sempre così netta. Erardo, arcivescovo di Tours (858), dichiarava in un capitolare che il rifiuto di sottoporsi al giudizio di Dio da parte dell'accusato doveva considerarsi come confessione presuntiva, il che suscita un lecito dubbio sul tipo di prova che egli aveva in mente: per quale motivo il ricusarla equivaleva a una confessione e non, secondo la logica ordalica, a una sconfitta in duello o più genericamente a una prova ordalica con esito

---

<sup>430</sup> Su questo particolare aspetto dei processi di stregoneria in Germania cfr. EBERHARD SCHMIDT, *Inquisitionsprozess und Rezeption: Studien zur Geschichte des Strafverfahrens in Deutschland*, Heinrich Siber, Lipsia 1940, in particolare pp. 56-61.

<sup>431</sup> Sull'affinità tra ordalie afflittive e tortura cfr. JOHN LANGBEIN, *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1974, p. 152. Per Brian Levack «the early modern trial of witchcraft is the revival of trial by ordeal as a contributory mode of proof»; egli attesta l'uso dell'ordalia dell'acqua nei processi di stregoneria celebrati in Inghilterra (che notoriamente non legalizzò la tortura) a partire dal 1590 e con una frequenza crescente nel XVII secolo. BRIAN LEVACK, *New Perspectives on Witchcraft, Magic, and Demonology*, Voll. 5, Taylor & Francis, New York 2001, Vol. 3, *Witchcraft in the British Isles and New England*, p. 96 ss. Le tecniche, anche, si assomigliano. L'ordalia dell'acqua bollente, del ferro arroventato, del fuoco e della croce diventano altrettante tecniche di estorsione sotto tortura; e la strega denudata prima del giudizio divino per evitare che rechi con sé cartigli o amuleti diabolici dovrà fare altrettanto prima di sottoporsi alla tortura.

<sup>432</sup> PIETRO VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, in *Conclusioni* al § XVI.

<sup>433</sup> Cfr. JOHN TEDESCHI, *Inquisitorial Law and the Witch*, in BENGT ANKARLOO, GUSTAV HENNINGSEN (a cura di), *Early Modern European Witchcraft: Centers and Peripheries*, Oxford University Press, Oxford 1990, pp. 83-118; CHRISTINA LARNER, *Crimen Exceptum? The Crike of Witchcraft in Europe*, in VALENTINE ARTHUR C. GATRELL, BRUCE LENMAN, GOEFFREY PARKER (a cura di), *Crime and the law: the social history of crime in Western Europe since 1500*, Europe Publications, Londra 1980, pp. 49-75.

negativo?<sup>434</sup> Un altro caso emblematico, molto discusso dagli storici, è quello del canone *Consulisti*, tratto da un'epistola che Stefano V scrisse all'arcivescovo di Magonza, Ludberto, a proposito del modo di procedere contro due genitori accusati di aver soffocato il figlio. Il papa respinge il ricorso all'ordalia<sup>435</sup> argomentando che:

ferri cadentis vel aquae ferventis examinatione confessionem extorqueri a quolibet sacri non censent canones [...]. Spontanea enim confessione vel testium approbatione pubblicata delicta [...] commissa sunt regimini nostro iudicare.<sup>436</sup>

Il riferimento al ferro incandescente e all'acqua bollente non dovrebbe lasciar dubbi sul fatto che Stefano V stesse parlando di ordalie. Tuttavia, le ordalie non sono tali se mirano a estorcere confessioni (*confessionem extorqueri*). La condanna papale, d'altronde, poteva riferirsi tanto alla tortura, come intese Paucapalea<sup>437</sup>, tanto all'ordalia, come intesero Alessandro III e Innocenzo III<sup>438</sup>. Neppure la storiografia ha trovato un accordo su come il canone debba essere interpretato. Prendendo le mosse dal verbo *extorqueri*, Hermann Nottarp ha sostenuto che il papa stesse senz'altro parlando di tortura<sup>439</sup>; tuttavia, come ha notato Gaudemet<sup>440</sup>, la violenza di certe ordalie poteva facilmente assimilarle alla tortura<sup>441</sup>, e una distinzione che a noi oggi sembra necessaria poteva non esserlo altrettanto nel IX secolo, tanto più che il termine *examinatio* utilizzato da Stefano era anche quello più diffuso all'epoca per designare l'ordalia.<sup>442</sup> Il canone di Stefano V, ad ogni modo, conferma un quadro di confusione concettuale nel quale l'ordalia, a seconda del suo grado di violenza, poteva anche essere intesa come una prova all'occorrenza utile a estorcere o convalidare confessioni.<sup>443</sup> Una testimonianza attestata da Lea fa riflettere al riguardo: al concilio di San Basuel, un prete di nome Adalghero confessò di aver prestato aiuto ad Arnolfo di Reims nella resistenza

<sup>434</sup> La dichiarazione è analizzata da PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 69, nota 6; Fiorelli sottolinea che la sostanza del ragionamento di Erardo è comunque corretta: confessione presuntiva, sconfitta in duello ed esito negativo dell'ordalia hanno il medesimo effetto giuridico.

<sup>435</sup> Sull'importanza del canone dal punto di vista della condanna all'ordalia, cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 167-170.

<sup>436</sup> C. *Consulisti*, c. 2, q. 5.

<sup>437</sup> PAUCAPALEA, *Summa super Decretum Gratiani*, C. 15, q. 6, c. *Consulisti*; Cfr. PIERO FIORELLI, *cit.*, p. 69 nota 6.

<sup>438</sup> Alessandro III facendo propria la definizione di Stefano in una lettera all'arcivescovo di Upsala (*Ep.* 979); Innocenzo III in una lettera del 1202 all'arcivescovo di Besançon (*Reg.* 5, 107).

<sup>439</sup> HERMANN NOTTARP, *Gottesurteil studien*, cit, p. 224 ss.

<sup>440</sup> JEAN GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Âge*, cit, p. 110.

<sup>441</sup> A cagione del loro rigore, le ordalie vengono talvolta confuse anche con le pene. *Ivi*, p. 113.

<sup>442</sup> Cfr. *supra*, p. 28. *Extorqueri* si oppone a *spontanea*. Quello che il papa respinge soprattutto è l'ordalia imposta al *patiens*. Se egli si offrì volontariamente, la misura sarebbe meno scioccante, se non più probante.

<sup>443</sup> Ennio Cortese ipotizza che la prova dell'acqua bollente per i servi possa essere derivata da una forma di tortura. Cfr. ENNIO CORTESE, *Il processo longobardo*, cit, p. 631, nota 14.

opposta da Carlo di Lorena a Ugo Capeto; egli si offrì quindi di corroborare la propria affermazione con l'ordalia, e ciò fece in termini tali da lasciar pensare che intendesse l'ordalia come una tortura in grado di dare il peso decisivo alle sue parole: «Se alcuno di voi ne dubitasse e mi ritenesse indegno di fede, sappia che io sono pronto a sottomettermi al fuoco, all'acqua bollente, al ferro rovente. Queste torture fanno sì che io sia creduto da coloro che ora non mi prestano fede»<sup>444</sup>.

Da un lato, quindi, l'ordalia che, confondendosi con la tortura, la anticipa. Ma dall'altro, anche, la tortura che riappare nella normazione medievale europea tornando a confondersi con l'ordalia. Nel *Coutume de Bretagne*, testo redatto probabilmente sotto il regno di Giovanni III (1312-1341) da una o più mani dell'entourage del duca di Bretagna, si trova un passo che attesta un'inequivocabile assimilazione tra i due istituti:

Et s'il [le prisonnier] nie le fait, et il a esté prins au fait present, ou en poursieute, ou que le fait ait esté fait noirement à commun de Paroisse, de Foire, ou de Marché, il conviendra qu'il atterge vel attenge l'enquete et la garantie, ou s'il a esté reprins autrefois de jurée, dont il se fut passé par son serment, vel dont il se fut autrefois passé par son serment, par la Coutume puis le cinq ans; et si l'en ne peut trover planier prouve, et l'en trouve commune renommée contre luy ou presumptions apertes, il devroit avoir jons et gehenne par trois fois. *Et s'il se peut passer sans faire confession en la gehenne ou le jons, il se sauveroit vel sauvement (et il apparestroit bien que Dieu montreroit miracles pour luy) et devroit estre sauf du fait [...]*.<sup>445</sup>

Se un uomo accusato di un delitto capitale si proclamava innocente e non c'erano prove sufficienti né a condannarlo né a scagionarlo, egli doveva essere messo a tortura; se vi resisteva per tre volte, doveva essere liberato perché, attraverso il suo silenzio, Dio ne aveva dimostrato l'innocenza: *il apparestroit bien que Dieu montreroit miracles pour luy*.

---

<sup>444</sup> L'episodio è citato da HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 404. L'idea che il prete intendesse le prove del ferro incandescente e dell'acqua bollente come torture è rafforzato dal fatto che egli abbia escluso dal suo elenco l'ordalia dell'acqua fredda, che non era, appunto, una prova cruenta, e che poteva quindi essere intesa come ordalia pura.

<sup>445</sup> MICHEL SAUVAGEAU, *La Très Ancienne Coutume de Bretagne*, Vol. II, Joseph Vatar, Rennes 1737, p. 90.

## 2. «L'induzione giudiziaria come deduzione mascherata»: coincidenze formali e simboliche

Se la tortura poté essere interpretata come una forma evoluta di giudizio di Dio non fu per ignoranza, ma perché il sistema medievale delle prove legali manteneva una specifica continuità con le prove ordaliche. Si è detto dell'utilità pratica, simbolica e apotropaica dell'ordalia, proseguita dalla tortura nel campo della repressione eretica e stregonesca; della comune assimilazione psicologica tra veridicità e sofferenza e dunque della tendenza a equiparare la tortura alle forme più cruente di ordalia. Ma esiste anche un terreno di comparazione formale nel quale ordalia e tortura vengono a trovarsi inevitabilmente vicine, se non sovrapposte. Sul piano giuridico, infatti, sia l'una che l'altra confondono il criterio risolutivo di giudizio al semplice elemento di prova, sovrapponendo, cioè, momento probatorio e momento decisorio. Questa coincidenza formale è stata attribuita da Luigi Ferrajoli a un difetto logico comune ai rispettivi sistemi legali: «quello della deduzione come necessaria (e non come probabile) della conclusione giudiziaria dalla prova esperita e dalla norma che ad essa conferisce valore probatorio o immediatamente espressivo del fatto provato»<sup>446</sup>.

L'idea che l'induzione giudiziaria possa condurre esclusivamente a una verità probabile, e mai a una verità necessaria, è stata una conquista, o meglio una riconquista, dell'illuminismo giuridico e dei riformatori della Rivoluzione francese, che tra il 1789 e il 1791 ripristinarono fin dalla fase istruttoria il rito accusatorio, soppressero il sistema delle prove legali e consacrarono il principio del libero convincimento del giudice gettando le basi del moderno processo penale. L'impossibilità della verità giudiziaria come verità necessaria e assoluta, tuttavia, è un'intuizione antica assunta dalla tradizione medievale dell'*ordo iudiciarius*. Essa si fonda su un presupposto logico fondamentale: che la conclusione di un'induzione può essere falsa pur essendo veri i dati enunciati nelle premesse. Così, sia che si abbiano prove, sia che si abbiano indizi, l'assoluta certezza della conclusione risulta comunque impossibile, poiché non esistono regole induttive sufficientemente universali a garantire la verità dell'induzione. A meno che non si tratti l'induzione come una deduzione mascherata, attribuendo alle sue premesse un carattere universale<sup>447</sup>. In ciò consiste appunto l'errore inferenziale che ha

<sup>446</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 114.

<sup>447</sup> Per spiegare l'impossibilità di inferire con certezza una conclusione nonostante la verità delle premesse Ferrajoli ha utilizzato l'esempio fatto da Popper della rottura del filo: partendo dalla generalizzazione vera che «tutte le volte che a un filo viene applicato un peso superiore alla sua resistenza, allora si rompe», non è tuttavia



segnato per cinque secoli l'esperienza processuale inquisitoria. Il sistema di prove legali, infatti, considera la verità dei dati probatori come sufficiente a garantire la verità della conclusione, cadendo nel paralogismo di trattare l'induzione come una deduzione. La premessa singola è rappresentata dalla prova legale, la premessa universale è la norma che le conferisce valore probatorio pieno e la conclusione deriva da tali premesse per *modus ponens*. Come ha mostrato Ferrajoli, questa impostazione condivide il medesimo schema logico ed epistemologico con il precedente sistema ordalico: l'idea di una prova come sufficientemente probante in virtù dell'autorità conferitale da una norma è infatti la stessa che attribuisce valore probante all'esito di un duello, o di una prova del ferro incandescente. «A differenza che nelle prove legali, l'esperimento di tale fatto [quello ordalico] non è in realtà dotato di nessuna forza induttiva; e la norma sulla prova, anziché una falsa legge naturale o regola d'esperienza, è una tesi soprannaturale, o una tesi magica o religiosa, o un articolo di fede. Lo schema logico ed epistemologico è tuttavia il medesimo»<sup>448</sup>. Quello, appunto, della deduzione come necessaria (e non come probabile) della conclusione giudiziaria dalla prova esperita.

Il sistema di prove legali mostra quindi un'evidente continuità con il sistema ordalico, e ciò sia su un piano formale che simbolico. Le prove ordaliche, al pari di quelle legali, sono per l'appunto prove *formali*: entrambe escludono la libera valutazione del giudice, il cui operato è sostituito dalla pretesa infallibilità e superiorità o del giudizio divino, o della costruzione legale. E anche le prove legali, proprio come quelle ordaliche, sono prove *simboliche*, nel senso che «agiscono come segni normativi della conclusione dedotta»<sup>449</sup>: nella tortura la confessione è segno di colpevolezza, il silenzio segno di innocenza; e anche le semi-prove e i quarti di prova risultano segni normativi di un qualcosa: di una semi-colpevolezza, di un quarto di colpevolezza, alle quali corrisponderà una semi-pena o una pena comunque ridotta. Come se un uomo, ironizzava in proposito Beccaria<sup>450</sup>, potesse essere *semi-innocente* e *semi-reo*, cioè *semi-punibile* e *semi-assolvibile*.

Tuttavia, se l'affinità tra i due istituti oggi può essere valutata dallo studioso come un fatto più o meno contraddittorio per la logica inquisitoria, è ovvio che la questione non poteva essere valutata nei medesimi termini dai giuristi del *mos italicus*. Le somiglianze, cioè, non potevano e non dovevano porre una questione logica, ma piuttosto un problema formale, da risolvere,

---

possibile stabilire che dalla rottura di un filo debba necessariamente indursi che ad esso sia stato applicato un peso superiore alla sua resistenza, a meno di non supporre come vera anche la generalizzazione inversa «tutte le volte che un filo si rompe, allora è stato ad esso applicato un peso superiore alla sua resistenza». Solo questa generalizzazione consentirebbe di raffigurare l'induzione come una deduzione, ma questa generalizzazione è falsa.

<sup>448</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 114.

<sup>449</sup> *Ivi*, 115.

<sup>450</sup> CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XXXI.

conseguentemente, attraverso soluzioni di tipo formale. Non, quindi, giustificare quelle somiglianze, ma renderle il più possibile compatibili con gli *iura canonica*. Così, se la tortura purgava gli indizi allo stesso modo dell'ordalia, non doveva purgarli come una *purgatio vulgaris*, ma come una *purgatio canonica*. L'operazione, in sostanza, fu quella di rafforzare, non di negare, il rapporto analogico tra tortura e *purgatio*, partendo dalle similitudini in ambito probatorio, ovvero dalle premesse e dagli effetti giuridici comuni a entrambi. In questo modo la *ratio* ordalica della tortura risultava neutralizzata, affrancata dal suo contenuto volgare e anticanonico. Si può dire che, molto semplicemente, la ragione per cui la tortura non poteva avere nulla a che vedere con l'ordalia era che l'ordalia apparteneva alla specie delle *purgationes* vietate dal diritto canonico, e questo, di per sé, la poneva automaticamente su un altro piano giuridico rispetto alla tortura, che invece era canonica e ammessa dal diritto processuale. La questione non era logica, ma formale<sup>451</sup>: equiparare le premesse e gli effetti giuridici della tortura a quelli del giuramento significava accentuare la sua funzione purgatoria, ma anche discostarla dalla *purgatio vulgaris*, alla cui logica intrinseca, tuttavia, soggiacevano tutte le specie di *purgationes*. Un trattamento uguale e contrario sarebbe stato riservato al duello. Nella difficoltà di giuridicizzarlo, cioè di renderlo legalmente ammissibile e compatibile con il diritto colto, i giuristi lo avrebbero equiparato alla tortura a fronte del reato di lesa maestà. Si può dire, quindi, che la cellula primigenia, l'unità da cui dipendono i successivi percorsi analogici, sia la *purgatio canonica*: a questa, nel XIII secolo, si associa la tortura con la formula ricorrente *tortura in criminalibus succedit loco iuramenti*; alla tortura, dal XV secolo, si associa il duello, per cui davanti a crimini particolari e non diversamente dimostrabili *duellum torturae aequiparatur*. La successione dei termini di paragone sottolinea la dipendenza logica che l'ultimo termine, il duello, intrattiene con il primo, il giuramento. Come vedremo, il duello potrà essere paragonato alla tortura perché la tortura, a sua volta, è stata paragonata al giuramento. Si tratta di una catena di legittimazioni la cui base comune sta nella valenza purgatoria e probatoria attribuita ai tre istituti. L'inflessione sulla prima piuttosto che sulla seconda serve poi a connotarli ulteriormente, a stabilirne la specificità a fronte dell'equiparazione.

---

<sup>451</sup> Come si ricorderà, anche l'ordalia era stata considerata *rationali contrariae* non in quanto illogica, ma in quanto contraria al diritto canonico.

### 3. Tortura e *purgatio canonica*

#### 3.1 Le premesse dottrinali: la *fama* come requisito sufficiente alla tortura nel *De maleficiis* di Alberto Gandino

Presupposto processuale del giuramento di innocenza era la *praesumptio probabilis*, genere di presunzione tipico della classificazione canonistica inerente alla teoria delle prove legali, che consisteva in una deduzione non necessaria, ma appunto probabile, di colpevolezza. Tale deduzione prendeva le mosse da un fatto certo (era stato commesso il tal reato), restando invece incerto l'oggetto della deduzione (chi l'aveva commesso?), ed ammetteva quindi una prova contraria.<sup>452</sup> La *praesumptio probabilis* venne presto a coincidere con la *semiplena probatio*;<sup>453</sup> vi si indicava sostanzialmente un sospetto al quale mancassero, per meglio definirlo, delle prove certe a carico del sospettato. Il caso che più di frequente la induceva era il *testis unus*, da sempre indicato come ipotesi tipica di presunzione, assieme all'*infamia facti*. Se, in un contesto ancora accusatorio e pubblico, la rimozione dell'*infamia facti* affidata al giuramento di innocenza aveva avuto lo scopo di eliminare davanti alla comunità i dubbi eventualmente insoluti dalla risultanza processuale, l'introduzione dell'inchiesta ne enfatizzò il ruolo, allargandone notevolmente le potenzialità. Si ricorderà, in proposito, che il modello inquisitorio costruitosi attorno alle decretali di Innocenzo III aveva fatto della *fama* attorno ai fatti, ovvero dello *scandalum*, il principale oggetto dell'inchiesta indetta contro ecclesiastici, e di come la *publica vox* dovesse dare immediato corso a una *inquisitio famae* propedeutica alla vera e propria inchiesta<sup>454</sup>. L'*infamia* come voce pubblica, posta al centro della teoria delle presunzioni, inglobò l'*infamia iuris* romanistica, assimilando tutte le precedenti distinzioni lessicali;<sup>455</sup> a qualificare la condizione sociale di un individuo, come a determinare la gravità della sua posizione legale, a decidere, in sostanza, del suo destino giudiziario e pubblico,

<sup>452</sup> La classificazione canonistica, originariamente, aveva distinto in *praesumptio temeraria*, *probabilis* e *violenta* (quest'ultima poteva essere a sua volta suddivisa in *praesumptio iudicis violenta* e *praesumptio legis violenta*); tale tripartizione era nata in seno alla tradizione dell'*ordo* e si prestava a essere letta col metro della logica scolastica, ovvero in termini euristici, di verosimiglianza e probabilità; i glossatori civilisti ne mutarono la terminologia, distinguendo tra *praesumptio hominis* e *praesumptio legitima* o *iuris*, e tra *praesumptio iuris (tantum)* e *praesumptio iuris et de iure*, forma sostanzialmente accolta dagli ordinamenti contemporanei. Tancredi avrebbe stilato una sintesi classificatoria che sarebbe rimasta il punto di riferimento principale in materia di teoria delle presunzioni, sia per la dottrina civilistica che canonistica. Cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 428 ss.

<sup>453</sup> *Ivi*, p. 461.

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> Allo stesso modo anche la distinzione tra *infamatus* e *infamis* sulla quale avevano insistito i decretisti divenne teorica e quasi irrilevante. Cfr. MASSIMO VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, cit, p. 98.

poteva essere una voce che correva di bocca in bocca: *famosa insinuatio ex incerto auctore proveniens*<sup>456</sup>. Ora, se la *famosa insinuatio* era stata il presupposto della *purgatio canonica*, fino al XIV secolo nessun giurista si era sognato di sostenere che questa, da sola, fosse sufficiente alla tortura. Un frammento ulpiano del Digesto lo vietava, dal momento che la *fama* era «res fragilis et periculosa»<sup>457</sup>, proprio come la tortura, e non idonea a costituirsi come prova, tanto più che «non esse a tormentis incipiendum»<sup>458</sup>; un rescritto di Adriano la ammetteva solo nel caso in cui al sospetto si fossero sommati «alia argumenta»<sup>459</sup>. Nonostante ciò, nel *De maleficiis*, attraverso un'equazione che è stata oggetto di dibattito, Alberto Gandino arrivò a concludere che la *fama* fosse un indizio sufficiente a comminare la tortura, e questo, egli sostenne, «secundum iura canonica».

Il ragionamento di Gandino è il seguente: se l'imputato si era comportato male in passato, era verosimile che si comportasse male anche nel presente, e che quindi fosse effettivamente colpevole del reato di cui era sospettato; così, visto che il giudice nei casi oscuri doveva ricercare sempre le cose più verosimili, la fama poteva essere considerata una prova<sup>460</sup>. Non la *fama* sul fatto, ma una generica voce pubblica sulla persona. Questa era equiparata dal Gandino a un *verosimile argumentum* e il *verosimile argumentum* a una *semiplena probatio*<sup>461</sup>; il giudice, dovendo raggiungere la verità a ogni costo, poteva quindi procedere alla tortura del sospettato sulla base di una *semiplena probatio*<sup>462</sup>.

L'equazione si reggeva sul fatto che la *fama*, in ottemperanza alle norme del diritto canonico, corrispondeva a una prova *semiplena*; d'altra parte il Gandino ammetteva che gli *iura civili*, al contrario, non contemplavano la possibilità di procedere alla tortura sulla base di quella sola *fama*<sup>463</sup>. È vero che gli *iura canonica* consideravano la *fama* come *praesumptio probabilis*, e la

<sup>456</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 487.

<sup>457</sup> *Dig.* 48.18.1.23.

<sup>458</sup> *Dig.* 48.18.1.

<sup>459</sup> *Dig.* 48.18.1 pr.

<sup>460</sup> «Que in preterita vera fuerunt sic esse vera et in eo statu hodie presumuntur [...] unde cum magis de isto verisimilius videatur, et in obscuris et in dubiis iudex habet imitari et inspicere ea que verisimiliora et vero aptiora esse videntur». ALBERTO GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, II: Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer*, Berlino-Lipsia 1929, p. 65.

<sup>461</sup> «Male fame, et talis fame probatio indicium faciat et verisimile argumentum et semiplenam probationem adducat». *Ivi*, p. 66.

<sup>462</sup> «Et bene posui et dixi quod *per talem famam solam* potest ad questiones procedi, quia talis fame probatio presumptionem facit et dicitur esse quoddam verisimile argumentum X. 5.34. 4». *Ivi*, p. 70.

<sup>463</sup> «Dic quod secundum iura canonica talis fame probatio semiplenam probationem adducit et equiparatur dictum unius testis, et ex semiplena probatione, ut ex dicto unius testis, proceditur ad tormenta [...] et sic servant communiter assessores, quamquam per iura civili possit dici contrarium». *Ivi*, p. 175. Su questo passo cfr. MASSIMO VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 14, Frankfurt 2009, pp. 40-61; LOTTE KÉRY, *Albertus Gandinus und das kirchliche Strafrecht*, in *Inquirens subtilia diversa*, Dietrich Lohrmann zum 65. Geburtstag, hg. von Horst Kranz und Ludwig Falkenstein, Aachen 2002, pp. 183-200.

*praesumptio probabilis* come *semiplena probatio*: fin qui il ragionamento del Gandino è fedele alla scienza canonistica. Tuttavia, mentre il diritto prevedeva che la cattiva fama dovesse essere purgata con il giuramento di innocenza, in nessun luogo questa era dichiarata sufficiente alla tortura. Che le fonti romane lo vietassero era una circostanza ribadita da diversi testi contemporanei o di poco successivi al trattato del Gandino: vi si specificava che, per quanto quella possibilità fosse negata *de iure* dal diritto civile, pure, *de facto*, o *de consuetudine*, l'*infamia* veniva considerata un requisito sufficiente alla tortura.<sup>464</sup> Tra le fonti di diritto criminale e processuale del XIV secolo, quindi, solo il trattato del Gandino si spinge ad affermare che la *fama* autorizzi *de iure* la tortura. Una posizione isolatissima, e non suffragata da testi normativi canonici, risultato, secondo Massimo Vallerani, di una «estensione indebita» della capacità probatoria della *purgatio*, considerata dal Gandino come interscambiabile con la tortura<sup>465</sup>; Antonia Fiori dà invece al giurista il beneficio del dubbio: le allegazioni normative addotte a sostegno del passaggio da *fama* a *praesumptio probabilis* e da *praesumptio probabilis* a *semiplena probatio* sono interpretate e utilizzate correttamente, mentre il passaggio successivo (stabilire che dalla *semiplena probatio* si potesse arrivare alla tortura) trovava riscontro in una posizione espressa da Azzone,<sup>466</sup> e non era in contraddizione con alcune tendenze dottrinali precedenti. D'altronde, come si è detto, i tribunali consideravano regolarmente un indizio a cui si aggiungeva l'*infamia* come premessa sufficiente alla tortura e così avveniva, talvolta, anche per la sola *fama*; «sarebbe quindi lecito ritenere che le conclusioni costituissero per Gandino semplicemente una deduzione logica obbligata, senza alcun ulteriore riferimento alla dottrina e alla normazione canonica»<sup>467</sup>. Inoltre vi era stato chi, prima del Gandino, aveva ammesso l'*infamia* come indizio sufficiente alla tortura, benché l'*infamia* in questione fosse da intendersi sempre come un'*infamia facti*, e non come una generica voce che circolasse sull'imputato.<sup>468</sup>

---

<sup>464</sup> Il *Tractatus de maleficiis*, edito sotto il nome di Bonifacio Vitalini, attribuito da Domenico Maffei a Bonifacio Antelmi e probabilmente redatto tra la fine del Duecento e gli inizi del Trecento; la *Practica criminalis* dello pseudo-Belviso; una glossa al codice di Guido da Suzzarra. Anche l'anonimo *Tractatus de tormentiis* non accenna alla posizione sostenuta dal Gandino: *fama* e *vox publica* sono indicate come elementi di sostegno a un indizio per la tortura, ma non come sufficienti. Cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 463-4.

<sup>465</sup> MASSIMO VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti*, cit., p. 57. La posizione di Vallerani è sostanzialmente la stessa di Lotte Kéry: Gandino avrebbe portato a termine equivalenze indebite fraintendendo le norme del diritto canonico. Cfr. LOTTE KÉRY, *Albertus Gandinus*, cit., pp. 194-6 e p. 200.

<sup>466</sup> Per Azzone alla tortura era sufficiente l'*unus testis*, che costituiva una *semiplena probatio*, dal che si poteva dedurre che la *semiplena probatio* fosse sufficiente alla tortura. La posizione di Azzone è stata discussa da Fiorelli in *op. cit.*, I, p. 124 e nt. 56.

<sup>467</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 471.

<sup>468</sup> In un commento di Enrico da Susa al canone *Si quis de gradu*, si leggeva che «quod infamatus potest poni ad rationem, et cogi, ut veritatem dicat de crimine, de quo est infamatus»; l'espressione *ponere ad rationem*,

### 3.2 Il canone *Nobilis homo* e il «famosum et singulare dictum Abbatis antiqui»

Altri precedenti potevano giustificare, o spiegare in parte, l'opinione di Alberto Gandino. Come sappiamo, i *viles* e i *suspecti*, categorie prive o private di dignità sociale e quindi di credibilità legale, non erano ammessi al giuramento d'innocenza: per accedervi, o per purgarsi, dovevano sostenere l'ordalia. Il canone *Nobilis homo*, redatto dal concilio di Trebur dell'895, aveva fornito indicazioni a riguardo, confermando le distinzioni *ratione dignitatis* care al diritto germanico. Nelle sue numerose vicissitudini altomedievali, tuttavia, il canone subì modifiche, tagli e integrazioni,<sup>469</sup> di cui la più notevole è contenuta nel *Liber Extra*. Dal momento che nel canone si parlava del fatto che la liberazione dall'accusa per servi, vili, spergiuri e ladri dovesse avvenire tramite ordalia, la *Compilatio I*<sup>470</sup> lo inserì giustamente al titolo *de purgatione vulgaris*; ma ecco che, nel *Liber Extra*, il canone apriva a sorpresa il titolo *de purgatione canonica*, e la frase «ferventi aqua et cadenti ferro se expurget», che indica la *purgatio vulgaris*, vi si trovava sostituita da un generico «purgatio indicatur». La ragione, spiega Antonia Fiori, non è difficile da indovinare: la recente condanna delle ordalie a seguito del canone *Sententiam sanguinis* del IV Concilio Lateranense stava portando alla sistematica rimozione dell'ordalia dal diritto canonico. E tuttavia, cosa intendesse di preciso il *Liber Extra* con «purgatio indicatur» era una domanda «destinata a rimanere senza risposta»<sup>471</sup>. È degno di nota, però, il fatto che Goffredo da Trani e l'Ostiense, invece di collegare il passo alla purgazione canonica, lo leggessero come riferito alla tortura<sup>472</sup>. Alle loro voci si aggiunse quella dell'Abbas antiquus, che ne trasse un'ennesima, ardita conclusione, destinata a fare scalpore. Anche l'Abbas faceva parte di quella dottrina minoritaria che considerava la *mala fama* sufficiente alla tortura; egli ritenne inoltre che anche i chierici potessero essere torturati, a patto, però, che fossero *infames*, e nell'argomentarlo aprì una questione di grande

---

letteralmente «porre a giudizio», fu interpretata da alcuni giuristi, e correttamente, come l'equivalente di «porre a tortura», il che era supportato da una decretale di Alessandro III; non tutti convennero, ma il riferimento alla tortura doveva essere confermato qualche decennio dopo da Giovanni d'Andrea e Pietro da Ancarano: «arguit Hostiensis infamatum poni ad tormenta, et cogi ad veritatem dicat». Negli stessi anni l'Abbas antiquus, Bernardo da Montmirat, sostenne che sulla base della sola infamia pubblica si potesse «incipiere ad tormentis». Così, se pure quella del Gandino non fu un'interpretazione largamente condivisa, e dunque non può essere considerata rappresentativa degli *iura canonica*, tuttavia egli mostrava di rifarsi all'Ostiense e portava a termine un'interpretazione del caso non così inappropriata dal punto di vista canonistico. Per l'Ostiense, va specificato, la *mala fama* che giustificava la tortura non era l'*infamia iuris* o *canonica*, né una generica voce di discredito attorno all'imputato, ma un'*infamia facti*, cioè una voce riferita a un preciso capo d'imputazione. Cfr. *Ivi*, pp. 471-6.

<sup>469</sup> Per cui rimando ad ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 255-260.

<sup>470</sup> Una raccolta di novecento estratti, di cui la maggior parte decretali, ma anche decreti conciliari precedenti a Graziano.

<sup>471</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 258.

<sup>472</sup> GOFFREDO, *Summa super titulis decretalium*, Lione 1519 (rist. Aalen 1968), gl. *Indicator*, ad X 5,34,I; ENRICO DA SUSA, *Lectura in quinque libros decretalium*, Venezia 1581, ad X 5,34,I, v. *ingenus non est*.

ambiguità, tanto che Felino Sandei avrebbe parlato, più tardi, del «famosum et singulare dictum Abbatis antiqui»<sup>473</sup>.

Le premesse: i canonisti, dopo un tortuoso dibattito sulla torturabilità dei chierici<sup>474</sup>, avevano stabilito piuttosto concordemente che per essere messi a tortura essi dovessero rientrare nella categoria di *viles et suspecti*<sup>475</sup>; la stessa formula con cui la *Summa Coloniensis* aveva indicato le categorie escluse dal giuramento dal canone *Nobilis homo*<sup>476</sup>. Questa condizione, che prevedeva un difetto di attendibilità, colpiva i chierici che si fossero macchiati di crimini gravi, inserendosi così nella categoria degli *infames*. A rendere *infames* era l'*infamia iuris*, o *canonica*: i chierici *infames infamia iuris* erano dunque ammessi alla tortura; diversamente, i chierici colpiti da semplice *infamia facti* o da generica *infamia*, erano infamati, e potevano purgarsi giurando. L'*Abbas antiquus*, con una sovrapposizione terminologica alquanto inconsueta per l'epoca<sup>477</sup>, incluse nella categoria dei chierici *infames* non solo quelli colpiti da *infamia iuris*, ma anche gli *infames infamia facti*, estendendo quindi la possibilità della tortura

<sup>473</sup> Cfr. *ivi*, p. 484.

<sup>474</sup> Mentre la proibizione di torturare i vescovi era cosa pacifica, i canonisti, fino al Duecento, si divisero sulla possibilità di ammettervi i chierici. Una costituzione del *Codex* riportata nel *Decretum* la proibiva per i chierici ascoltati come testimoni; alcuni (Goffredo da Trani) equiparavano la loro posizione a quella dei *militēs* del diritto romano (*militēs celestes*) e negavano in assoluto la possibilità di torturarli; altri invece li ritenevano torturabili, ma solo a certe condizioni e nel rispetto di alcune accortezze: che i tormenti avessero un'intensità minore rispetto a quelli dei laici, niente «eculei, unguiae, fidiculae», ma solo qualche scudisciata. Una posizione intermedia, ricordata dalla Glossa ordinaria, distingueva poi tra chierici minori, ammessi alla tortura, e superiori, torturabili solo *pro enormibus*; in sostanza si chiedeva di torturarli solo *ex causa* e senza metterne a rischio la vita e l'integrità fisica, accortezze che, d'altronde, sarebbero dovute essere valide anche nel foro secolare. Tutti, comunque, concordavano su alcuni punti: che i chierici potessero essere torturati solo nel foro ecclesiastico, sempre da un altro chierico (una disposizione che tuttavia decadde di fronte all'impossibilità di trovare chierici disposti a torturare), e solo in caso di chierici *viles et suspecti*. L'endiadi, tratto dal lessico pseudo-isidoriano, esprimeva inadeguatezza sociale e inaffidabilità legale: i soggetti che ne fossero colpiti, nei casi di accuse inerenti ai *crimina excepta*, non potevano né testimoniare né sostenere un'accusa senza che una tortura precedente attestasse la loro credibilità. In questa categoria sociale rientravano i servi, i miserabili e gli infami, così che i chierici, se infamati di accuse gravi, potevano anch'essi rientrarvi. L'Ostiense, che riteneva la cattiva fama sufficiente alla tortura, ritenne anche che i chierici, qualora fossero rientrati nella categoria di *suspecti*, avrebbero dovuto essere torturati insieme ai servi e alle altre categorie di infami. Essere *suspecti* significava essere *intestabiles*, cioè inammissibili all'accusa e alla testimonianza, cioè *infames*. Gli *infames* erano coloro che erano colpiti dall'*infamia iuris* o *canonica*, cioè una gravissima macchia già accertata per via giudiziale, mentre l'*infamia facti*, meno grave, presupponeva una *infamatio* e rendeva il soggetto *infamatus*, cioè non implicava una diminuzione di *status*, era una condizione transitoria che poteva essere lavata col giuramento. Per poter essere messi a tortura, i chierici avrebbero quindi dovuto essere *infames infamia iuris*. Sulla tortura dei chierici cfr. *Ivi*, pp. 476-483.

<sup>475</sup> «Episcopus enim non nisi in foro ecclesiastico accusari potest [...]. Ergo secundum hoc in foro ecclesiastico locus est quaestioni. Qod verum putamus non solum de laicis, quin immo et de clericis, vilibus tamen et suspectis, dummodo ex causa fiat et quod sit quaestio moderata [...] et hoc verum non solum cum de crimine quaeritur, sed etiam si de pecunia agatur». ENRICO DA SUSA, *Lectura in quinque libros decretalium*, cit., ad X, 5,41,6.

<sup>476</sup> «Triburiense tamen concilium hanc servis et liberis quia ita suspecti et viles facti sunt imponit». *Summa 'Elegantius in iure divino' seu Coloniensis*, G. Fransen – S. Kutter, [MIC A/7], Citta del Vaticano, II, 72.

<sup>477</sup> Cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 484.

anche ai semplici infamati<sup>478</sup>. I canonisti, pur dividendosi sul passo, lo assunsero come punto di riferimento dottrinale in materia di tortura dei chierici, accentuando l'ambiguità che già circondava i rapporti tra *purgatio canonica* e tortura.<sup>479</sup>

### 3.3 Tortura in criminalibus succedit loco iuramenti

Schematizzando al massimo: in epoca altomedievale l'infamato poteva purgarsi con il giuramento; l'abolizione dell'ordalia comportò la sua sostituzione con la tortura nella purgazione dell'infame, continuando l'infamato a purgarsi col giuramento; infine, sia infamato che infame furono indirizzati alla tortura<sup>480</sup>. Il passaggio assomiglia a quello delle strutture chimiche in ossidoriduzione: è una graduale *riduzione* dei mezzi di purgazione al solo istituto della tortura. Il che, alla luce di quanto detto fin qui, non dovrebbe stupire. La tortura era *anche* un mezzo di purgazione dall'infamia, come l'ordalia, che però era sparita dalle costituzioni; restava il giuramento, che però, a partire dal Cinquecento, sarebbe decaduto, eccetto che per i reati di eresia<sup>481</sup>. Considerata, quindi, come mezzo di purgazione dall'infamia, la tortura era perfettamente intercambiabile con l'ordalia, e il fatto che le sue premesse diventassero le stesse della *purgatio canonica* attiene alla generale canonicizzazione della *purgatio*. D'altronde, la tortura presentava tutti gli elementi per essere considerata una *purgatio*. Ed è degno di nota il fatto che il diritto romano non avesse mai accennato alla massima secondo cui il torturato persistente andasse liberato<sup>482</sup>: nessun fine purgatorio era stato previsto per la *quaestio* romana; era, questa, una prerogativa assolutamente medievale, che caricava l'istituto di uno specifico significato etico, censuale e ordalico. Così, nonostante la grande diversità tra istituto del giuramento e istituto della tortura - il primo adatto alla

<sup>478</sup> Egli pone il caso, riportato dalla decretale *Gravis* di Alessandro III, di un chierico «infamatus de furto», che sarebbe quindi dovuto essere *infamatus infamia facti*, e lo riteneva tuttavia torturabile come si fosse trattato di un *infames*: «Erat clericul quidam infamatus de furto: queritur an ratione infamiae sit torquendus. Sic, ut ibi. Sed, si non prederet infamia, nullo modo: ut hic dicit. A quaestionibus enim incipere nullus debet: id est sine infamiam aliquem torquere. Sed, cum infamia inchoavit: tunc bene questiones locum habent, ut dixi. Innocentius ponit hic unam glossam, sed satis ex praedictis patet veritas, quia clerici infames torquentur, alias non. De hoc tetigi in illa *Gravis*». BERNANRDO DA MONTMIRAT, *Lectura aurea super quinque libris Decretalium*, Strasburgo 1510, ad. X, 5.41.6.

<sup>479</sup> L'assimilazione tra *infamatus* e *infames* per la tortura dei chierici portò Nicholaus Eymerch a formulare un vero e proprio paradosso: egli affermava che la fama non fosse sufficiente alla tortura, salvo che per i chierici: «Tertia regula est: quod si quis reperitur de heresi diffamatus, et cum hoc probatur contra eum unum vel plura indicia vehementia aut violentia talis quaestionandus clericos, notat Abbas in c. *Gravis* de deposito et dicit clericos non torquendos nisi infames: secus si leve, vel levia [...]». NICOLAUS EYMERCH, *Directorium inquisitorum cum commentariis Francisci Pegñe*, Georgium Ferrarium, Roma 1587, q. 61, v. 4.

<sup>480</sup> Venendo anche meno la differenza lessicale tra *infamis* e *infamatus*, in accordo con MASSIMO VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, cit., p. 98.

<sup>481</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 233.

<sup>482</sup> *Ivi*, p. 137. Fiorelli specifica che «[...] vi si può, è vero, considerare sottintesa, anche se alcuni esempi storici ammoniscono che non mancava in Roma chi pensasse il contrario».



liberazione dall'infamia, il secondo al raggiungimento della verità - nella pratica, e sulla scia di una certa corrente dottrinale, i due istituti vennero a convergere nella comune finalità purgatoria, fino a poter essere considerati come intercambiabili. Non in tutti i paesi, né secondo tutti gli autori, dal momento che alcuni limitavano l'uso del giuramento alle sole cause civili. Ma nelle cause criminali, secondo quanto insegnava Bartolo, la tortura era prevista «loco iuramenti»: quando questa «merito licita est, et illicitum est iuramentum»<sup>483</sup>. Era la gravità degli indizi a tracciare il confine nel campo d'applicazione tra l'uno e l'altra, poiché non si poteva consentire a un imputato gravato da indizi sufficienti alla tortura di cavarsela con un giuramento d'innocenza.<sup>484</sup> Facendo propria questa tesi, la *lucerna iuris* del XV secolo, l'Abbas Panormitanus (1386-1485), definì il giuramento una *spiritualis tortura*.<sup>485</sup> La ragione era che sia il giuramento che la tortura convalidavano le parole dell'interrogato distruggendo gli indizi che militavano contro di lui, l'uno facendo leva sul *timor Dei*, l'altra sul *dolor corporis* citato da Ulpiano; ma il valore legale delle deposizioni scaturite dall'uno e dall'altra poteva di fatto essere considerato il medesimo. Un'uguaglianza di effetti tanto più manifesta nel caso di quei testimoni che si fossero rifiutati di prestare il giuramento prescritto, ai quali non era escluso che si potesse applicare la tortura, non per costringerli a giurare con la forza, ma per fargli confermare nella resistenza al dolore quella deposizione che si rifiutavano di confermare col giuramento. E anche qui, commenta Fiorelli, la funzione probatoria della tortura e quella del giuramento si configurano come perfettamente interscambiabili.<sup>486</sup>

---

<sup>483</sup> BARTOLO, *In Digestum novum*, r. *De quaestionibus*. Così il *Tractus Universi Iuris*, Francescum Zilettum, Venezia 1584, tomo 11, pars I, cap. III, q. 15: «tortura in criminalibus succedit loco iuramenti». La formula è più o meno fedelmente ripresa da FRANCESCO CASONI, *De indiciis et tormentis tractatus duo*, Venezia 1557, Tractatus X, Cap IV, *De Fuga*, n. 15; ANTONIO SCAPPI, *Tractatus iuris scripti quod utroque foro observatur*, Ioannem Baptistam Somaschum, Venezia 1586 cap. 50, 10 e nel trattato dedicato alla materia di GEROLAMO BUCCARONI, *De differentiis inter iudicia civilia et criminalia tractatus*, Zanetti, Roma 1624, *Differentia* 120, 10.11. Ippolito Marsili, ponendo il caso di un complice accusato dalla confessione di un socio, si era chiesto se tale confessione, sia che fosse stata estorta sia che fosse spontanea, dovesse valere come indizio a tortura per il complice accusato, e concludeva che no, anche se «iudex credit satis esse, quod diceret in tortura, putans forte quod tortura subrogetur loco iuramenti». IPPOLITO MARSILI, *Practica causarum criminalium*, Venezia 1564, q. 62: *Infamis contra aliquem sine questione non auditor*.

<sup>484</sup> Così GIULIO CLARO, *Sententiae receptae*, Venezia 1570, lib. V, q. 63, vv. 4-6; MARCANTONIO BIANCHI, *Tractatus de indiciis homicidii ex proposito commissi & de alijs indicijs homicidij & furti, ad legem finalem ff. De quaestionibus*, Beringi, Lione 1546, v.283.

<sup>485</sup> «Ad hoc ut credatur testi, defertur iuramentum, ut timore iuramenti cogatur dicere veritatem [...], qua propter praesumendum est, quod nunc dixit veritatem et non prius. Vide simile in eo, qui unum dixit ante torturam et contrarium dixit post torturam. Stat enim secundo testimonio quia tunc metu torturae praesumitur dicere veritatem [...] ita dicendum in proposito cum iuramentum sit quaedam tortura spiritualis». NICCOLO' DE TEDESCHI, *Commentaria super decretalium libros*, Senetionios fratres, Lione 1547, ad X 2.19.10, *de probationibus c. per tuas*, v.11. Allo stesso modo si era espresso Tindaro Alfani, per il quale rimando ad ALESSANDRA BASSANI, *Il Tractatus de testibus variantibus di Tindaro Alfani: un dialogo fra cultura tradizionale e cultura umanistica nella Perugia del Quattrocento*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 2007, 80, nota 106 ss.

<sup>486</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 235.

Un giurista vissuto tra la fine del XV secolo e l'inizio del XVI, Bartolomeo Brunacci, avrebbe spinto talmente all'estremo il parallelo teorico tra i due istituti da muovere una particolarissima obiezione all'opinione comune, che ammetteva il giuramento solo nelle cause criminali più lievi. Osserva Brunacci, «*potest contra hoc argui: quod non habeat locum in maioribus delictis, sicut in civilibus non habet locum delatio iuramenti in maximis quantitibus*»<sup>487</sup>.

### 3.4 Il *De Catholicis Institutionibus* di Diego Simancas

Le diverse sfumature del rapporto tra giuramento e tortura emergono con maggiori particolari dall'opera di un canonista spagnolo, ormai in pieno Cinquecento, quando la pratica del giuramento è ormai decaduta eccetto che per il crimine di eresia<sup>488</sup>. L'inquisitore Diego de Simancas (1513? – 1583), prima vescovo di Badajoz, poi di Zamora, ebbe un'influenza non indifferente sulle procedura criminalistica di area italiana, specie in materia di stregoneria<sup>489</sup>.

<sup>487</sup> BARTOLOMEO BRUNACCI, *Agon aurea ac divina iudicialium rerum institutio*, Melchiorre Sessa, Venezia 1542, rub. *De revocatione confessionis*, n. 2.

<sup>488</sup> La *purgatio canonica*, che come si è detto resistette più a lungo nel campo della persecuzione antiereticale, declinò in Spagna prima che in Italia: mentre nel Cinquecento, in Spagna, come attestano prima il Simancas e poi il commentario di Francisco Peña al *Directorium inquisitorum*, l'uso del giuramento era sporadico e in via di estinzione, la manualistica italiana produceva ancora testi dedicati all'istituto, e in generale non si trovano segni, nello stesso periodo, di alcuna desuetudine; ancora nel Seicento, il *Sacro Arsenale* di Eliseo Masini, secondo Adriano Prospero il più diffuso manuale dell'Inquisizione romana, lo includeva regolarmente e con relativi formulari. A tal proposito potrebbe essere interessante riportare quel che ha sostenuto Lea sul giuramento nel diritto dei Visigoti: che nei loro codici già mancava la compurgazione, e nonostante essi fossero anche «l'unica razza di popolazioni barbariche che permettesse all'accusato, quando mancassero dei testimoni ben definiti, di sfuggire alla pena dell'atto di cui era accusato semplicemente col giuramento» [HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 12], questa consuetudine era appunto un'eccezione che confermava la regola; secondo Lea, infatti, il giuramento non attecchì mai nella Spagna altomedievale, a differenza che nelle altre regioni d'Europa. Tuttavia, l'istituto vi fu talvolta introdotto come mezzo di prova per alcuni casi particolari: il *fuero* di Madrid del 1202 stabiliva ad esempio che un sospettato di omicidio e di altri delitti, in mancanza di testimoni, potesse purgarsi con sei o dodici compurgatori, a seconda della gravità del delitto di cui era accusato [Cfr. *Ivi*, p. 67, nota 1]. Italo Mereu osserva invece che il declino della *purgatio canonica* deve essere ricondotto alla natura «collegiale» dell'istituto, il quale, limitando l'arbitrio del giudice attraverso il ruolo dei *compurgatores*, non si confaceva alla logica inquisitoria proposta dal modello spagnolo: «[...] fra il Cinquecento e il Seicento la Chiesa ha riorganizzato, sul modello spagnolo, tutto il proprio apparato poliziesco, centralizzandolo; tutto dipende dalla Congregazione romana. È essa che indica e decide la linea penale da seguire: quali sono le persone da sottoporre ad indagini, e quali quelle a cui accordare una certa libertà. Tutto ciò esige l'arbitrio assoluto da parte del potere. Continuare ad ammettere un istituto che, anche se nel Medioevo aveva servito egregiamente la 'buona causa', tuttavia era sempre basato sul presupposto accusatorio e ponea il giudice in una posizione quasi neutrale, andava contro la logica del sistema, e in conclusioni risultava fuori luogo. Usare come mezzo d'imputazione il sospetto, e poi doversi servire di una sorta di 'giuria' per verificarlo, significava svuotare di qualunque contenuto repressivo il presupposto stesso da cui l'imputazione era partita. Chi sospetta deve giudicare chi è sospettato. Partire da altri presupposti, equivale a rendere inutilizzabile l'istituto». Così la «fazione controriformista» (in opposizione a quella medievalista), come la chiama Mereu, avrebbe ribadito l'ingustizia della *purgatio canonica* (che non escludeva dalla procedura la tortura e le pene accessorie), non per ragioni di *pietas*, ma per considerazioni inerenti all'incopatibilità della *purgatio* con l'ideologia inquisitoria. ITALO MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit., p. 169.

<sup>489</sup> Sul ruolo di Diego de Simancas nella storia dell'inquisizione del reato di stregoneria rimando alle pagine di GIOVANNI ROMEO, *Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma*, Sansoni, Firenze 1990, pp. 73-80.

A Roma egli aveva vissuto per nove anni, tra il 1567 e il 1576, assistendovi al processo dell'arcivescovo di Toledo Bartolomeo Carranza, accusato di eresia; l'esperienza gli procurò una sicura conoscenza della procedura romana e lo indusse a scrivere un proprio compendio, dedicato a papa Pio V, dal titolo *Praxis haereseos sive enchiridion iudicum violatae religionis*, meglio noto come *Enchiridion* (1569). Nella sua biografia raccontò di averlo scritto in soli cinquanta giorni e con l'intenzione di fornire agli inquisitori italiani - che in fatto di inquisizione giudicava indietro rispetto agli spagnoli - una guida maneggevole e concisa<sup>490</sup>. Ma la lezione più importante che egli ritenne di aver impartito alla scuola romana fu l'edizione definitiva del *De catholicis institutionibus*<sup>491</sup>, che non a caso fu stampato a Roma e divenne, anche in Italia, uno dei più diffusi manuali per inquisitori.

Simancas cita la pratica «*crudelis et iniqua*» - a suo dire convalidata dalla decretale *Extra* di Lucio III, ma poi caduta in disuso - di sottoporre gli imputati fortemente sospetti d'eresia prima alla tortura, poi alla purgazione canonica e quindi all'abiura<sup>492</sup>, imponendo al reo tre prove<sup>493</sup> diverse per un solo reato. Ma «*non igitur lege aut ratione probari poterit, ut post tormenta, reus purgandus sit, aut post purgationem, puniendus*»<sup>494</sup>: né la legge né la ragione potranno provare che dopo i tormenti il reo debba ancora purgarsi, o che dopo la purgazione debba ancora essere punito. Più mite, più vera e più giusta la prassi corrente, che prevede una sola di quelle prove per la discolpa, e ciò poiché «*qui tormenta vincit, purgat quaecunque indicia, et qui purgationi canonicae satisfacit, absolvendus est, et boni testimonij vir declarandus*»<sup>495</sup>. La tortura e il giuramento, per Simancas, hanno lo stesso effetto sul reo, e

Per quanto riguarda i suoi rapporti con la Congregazione del Sant'Offizio e il suo influsso sulla procedura romana cfr. STEFANIA PASTORE, *Il vangelo e la spada. L'inquisizione di Castiglia e i suoi critici (1460-1598)*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2003, pp. 402 ss.

<sup>490</sup> *Ivi*, p. 403.

<sup>491</sup> La prima edizione porta il titolo *Catholicae Institutiones*, è stampata a Valladolid ed è del 1552. La seconda, notevolmente ampliata, stampata ad Alcalá, porta il titolo *De Catholicis Institutionibus Liber*; è da quest'ultima, senza particolari variazioni, che Simancas riprende la versione più famosa, stampata a Roma nel 1575. Un vero e proprio confronto tra le tre versioni dell'opera non è ancora stato tentato. *Ibidem*.

<sup>492</sup> «*Consuetudo antiqua, qua tormentis, purgatione, abiuratione, tandem arbitrariis poenis rei coercebantur, crudelis et iniqua erat*». DIEGO DE SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus*, Aedes Populi Romani, Roma 1575, tit. 56, *de purgatione canonica*, v. 23.

<sup>493</sup> Anche se egli le definisce, alquanto curiosamente, delle pene, al cui genere sarebbe tecnicamente ascrivibile soltanto l'abiura; ma è anche e soprattutto il loro valore punitivo a rendere iniqua l'applicazione di tutte e tre a fronte di un unico reato; vedi anche, ad esempio: «*Purgatio, vel quaecumque alia poena in suspectos de haeresi statuta, per se efficacis est ad quaslibet suspiciones purgandas*». DIEGO DE SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus*, cit., *Ivi*, v. 20.

<sup>494</sup> *Ivi*, v. 24.

<sup>495</sup> *Ivi*, v. 20. Interessante l'uso non comune del verbo 'vincere' (tormenta vincit) applicato alla tortura, invece dei consueti *sustinere, persistere, negare*, o *nihil fateri* (il verbo ricorre anche in Diego de la Cantera, trattatista, fiscale e inquisitore a Murcia e poi a Santiago dal 1577 al 1581, che cita spesso il Simancas. Cfr. DIEGO DE LA CANTERA, *Quaestiones criminales tangentes iudicem, accusatorem, reum, probationem, punitionemque delictorum*, Cornelius Bonardus, Salamanca 1589, *questio* 12). Riguardo agli effetti giuridici, il verbo ricorrente in Simancas è *diluo* (*tormenta diluit indicia*), usato indistintamente anche in riferimento agli effetti del giuramento (*purgatio*

agli occhi del giudice devono svolgere la stessa funzione; quindi avvisa: «iudex non debet plus suspicionibus credere, quam leges ipsae credunt». Infatti, così come il giudice è disposto a credere alla colpevolezza del reo quando quest'ultimo confessa il proprio crimine nei tormenti o soccombe nella purgazione, allo stesso modo è tenuto a credere che colui che vince i tormenti o che legittimamente si purga col giuramento sia effettivamente innocente. Ancora, «iudex qui tormentiis, aut purgatione canonica veritatem inquirat, totam probationis fidem in his constituere, ac inter culpam et innocentiam aequali animo esse debet»<sup>496</sup>. Si nota, in questo passaggio, un'interessante inclusione del giuramento nel genere di prove *ad inquirendam veritatem*, benché altrove, e secondo la formula corrente, esso sia considerato «ad purgationem», con riferimento agli indizi, o definito come «innocentiae ostensio», in riferimento al crimine obiettato al *reus*<sup>497</sup>. E il fatto che lo scopo dell'inchiesta fosse appunto quello di *inquirere* la *veritas* non sembra sufficiente a spiegare questa intrusione nello specifico campo della tortura, se non alla luce del fatto che, come la tortura per Simancas è valida *ad purgationem indiciorum*, così il giuramento è valido *ad inquirendam veritatem*, rafforzando l'idea che nell'inchiesta l'una e l'altro si equivalgano nella causa della verità. L'accostamento, in effetti, non è approvato da Francisco Peña. Nel commentario al *Directorium inquisitorum*, pubblicato tre anni dopo il *De Catholicis institutionibus*, anch'egli mette in relazione tortura, abiura e giuramento come i tre possibili rimedi «ad diluendum delicti suspicionem»; tuttavia, egli afferma, solo la tortura è «ad indagandam veritatem», mentre *purgatio* e *abiuratio* sono «ad excludendam suspicionem et infamiam haeresis»<sup>498</sup>.

---

*diluit suspiciones*). DIEGO DE SIMANCAS, *Praxis haereseos sive enchiridion Iudicum violatae religionis*, Fracescum Zilettum, Venezia 1569, tit. 52, *de tormentiis*, fol. 72; tit. 54, *de purgatione*. Nel *De catholicis institutionibus*, tit. 65, *de tormentiis*, v. 74: «Si vero reus in quaestionibus pernegaverit, ac tormenta vicerit, hoc ipso obiecta crimina diluit: et purgat, ut aiunt, omnia praecedentia indicia».

<sup>496</sup> *Ivi*, tit. 56, v.22.

<sup>497</sup> E nel definirla una *innocentiae ostensio*, Simancas aggiunge che qualsiasi prova piena di innocenza è una *innocentiae ostensio*, ma non per questo ogni *innocentiae ostensio* è una *purgatio canonica*, e che solo quest'ultima si definisce tale secondo le leggi pontificie e i sacri canoni; dal che si evince che egli considerava *innocentiae ostensio* anche il silenzio del torturato, essendo questo una prova sufficiente a scagionarlo, ed essendo gli effetti della tortura equiparati a quelli del giuramento. Cfr. *Enchiridion*, cit., tit. 54, *de purgatione*, v.2: «Est autem purgatio, de obiecto crimine innocentiae ostensio, ut plerique omnes aiunt, sed non quaecunque innocentiae ostensio purgatio canonica est. Nam omnis plena defensio innocentiam reorum ostendit, sed ea duntaxat purgatio canonica dici solet, quae secundum leges pontificias, et sacros canones sit».

<sup>498</sup> «Quare hoc articulo ita clarius est dicendum: cum delictum est semiplene probatum, vel sunt talia indicia adversus reum, ut non possit simpliciter absolvi ab instantia seu accusatione: tunc ad diluendum delicti suspicionem, tria sunt in hoc tribunali prodita remedia: purgatio canonica, de qua egit auctor in superiori modo processum fidei terminandi: abiuratio de vehementi, seu levi, de qua agit in sequentibus: et tormentum, de quo nunc differit. Hoc tamem postremum accommodatius est caeteris ad eruendam veritatem: nam *purgatio*, et *abiuratio* non tam sunt apta et inducta ad veritatem indagandam, quam ad suspicionem, et infamiam haeresis excludendam.» Il corsivo è mio. NICOLAUS EMEYRICH, *Nicolai Eymerici O. P. Directorium inquisitorum cum commentariis Francisci Pegnae*, Marcum Antonium Zalterium, Venezia 1607, pars tertia, c. 39 ad num. 151, fol. 482.

Nel 1647 anche il teologo teatino Antonino Diana (1585-1663) avrebbe rinnovato la puntualizzazione di Peña, ricordando che, tra i vari modi di porre fine al processo quando il reo è molto indiziato, la tortura sembra il più appropriato a scoprire la verità, perché la *purgatio* e l'abiura sono pensate più per allontanare il sospetto e l'infamia di eresia<sup>499</sup>.

### 3.5 Il diavolo confonde le acque. La legge dell'uomo geloso come precedente biblico della *purgatio canonica* e della tortura

L'abiura, sebbene tecnicamente una pena, viene accomunata a giuramento e tortura per via della sua funzione purificatoria, come d'altronde è la funzione purificatoria a rendere intercambiabili in *criminalibus* giuramento e tortura. Un passaggio contenuto nel titolo *de abiuratione* del *De Catholicis Institutionibus* suggerisce a quale matrice comune il Simancas riconducesse l'origine di tutti e tre gli istituti. Vi si legge che, come un tempo «per purificarsi dal sospetto di adulterio si applicava la durissima legge dell'uomo geloso prescritta nel capitolo 5 dei Numeri, così oggi la Chiesa Cattolica di Cristo divinamente e precisamente dispone che il sospetto di eresia sia dissipato attraverso i tormenti, l'abiura e la purgazione canonica»<sup>500</sup>.

La legge dell'uomo geloso citata da Simancas è la già citata ordalia delle acque amare<sup>501</sup>, anche chiamata «oblazione di gelosia», una procedura veterotestamentaria (Numeri, 5: 11-31)<sup>502</sup>

<sup>499</sup> «Inquisitores debent esse prouiores ad torturam; quia crimen haeresis est occultum, et difficilis probationis. [...] Unde inter remedia terminandi processum, quando reus est tantum indiciatus, tortura videtur caeteris ad veritatem eruendam accomodatior; cum purgatio, et abiuratio potius inuentae sint ad excludendam suspicionem, et infamiam haeresis», ANTONINO DIANA, *Summae Diana reu. patris F. Ausonij Noctinot Siculi Nicosiensis, regularis tertij ordinis S. Francisci, ex septima parte auctarium, Vincentij Bonifacij, Roma 1646, q. Inquisitorum Iurisdictione, quoad torturam*. p. 357, v. 104.

<sup>500</sup> «Quo factum est, ut quemadmodum olim ad eluendam suspicionem adulterij, durissima lege vir zelotypus uti poterat, ut in libro Numerorum cap. 5 legitur, sic hodie catholica Christi ecclesia divine admodum constituerit, ut suspicio haeresis, tormentis et abiuratione, et purgatione canonica diluatur», *De Catholicis Institutionibus*, tit. 1, v. 22.

<sup>501</sup> Cfr. *supra* p. 20.

<sup>502</sup> «Il Signore aggiunse a Mosé: Parla agli Israeliti e riferisci loro: Se una donna si sarà traviata e avrà commesso una infedeltà verso il marito e un uomo avrà avuto rapporti con lei, ma la cosa è rimasta nascosta agli occhi del marito; se essa si è contaminata in segreto e non vi siano testimoni contro di lei perché non è stata colta sul fatto, qualora lo spirito di gelosia si impadronisca del marito e questi diventi geloso della moglie che si è contaminata oppure lo spirito di gelosia si impadronisca di lui e questi diventi geloso della donna che non si è contaminata, quell'uomo condurrà la moglie al sacerdote e porterà una offerta per lei: un decimo di *efa* di farina d'orzo; non vi spanderà sopra olio, né vi metterà sopra incenso, perché è un'oblazione di gelosia, un'offerta commemorativa per ricordare una iniquità. Il sacerdote farà avvicinare la donna e la farà stare davanti al Signore. Poi il sacerdote prenderà acqua santa in un vaso di terra; prenderà anche polvere che è sul pavimento della Dimora e la metterà nell'acqua. Il sacerdote farà quindi stare la donna davanti al Signore, le scoprirà il capo e porrà nelle mani di lei l'oblazione commemorativa, che è l'oblazione di gelosia, mentre il sacerdote avrà in mano l'acqua amara che porta maledizione. Il sacerdote farà giurare quella donna e le dirà: Se nessun uomo ha avuto rapporti disonesti con te e se non ti sei traviata per contaminarti ricevendo un altro invece di tuo marito, quest'acqua amara, che porta maledizione, non ti faccia danno! Ma se ti sei traviata ricevendo un altro invece di tuo marito e ti sei contaminata e un uomo che non è tuo marito ha avuto rapporti disonesti con te... allora il sacerdote farà giurare

prescritta alle donne sospettate di infedeltà in assenza di testimoni che possano confermare o smentire l'accusa. Si tratta di un episodio usato nell'alto Medioevo per argomentare l'origine biblica dell'ordalia<sup>503</sup> e che nel Settecento i più ardenti sostenitori della tortura non avrebbero esitato a citare a sostegno di quest'ultima, affermando, appunto, che quell'ordalia biblica fosse in realtà una specie di tortura che ne giustificava l'uso dei tempi moderni.<sup>504</sup> Ma nel Settecento, come si vedrà, le affinità tra i due istituti furono accentuate, con diverso scopo, sia dagli abolizionisti che dai sostenitori della tortura, senza più alcuna ellissi logica e, spesso, in modo esasperato. Più rilevante, in tal senso, la definizione di un noto canonista della metà del Seicento, Francesco Giacomo Pignatelli, le cui *Consultationes canonicae* (Roma 1668, poi aggiornate in *Novissimae consultationes canonicae*, pubblicate postume a Porto Ferrajo nel 1711), furono continuamente ristampate e più volte citate nei pareri dei consultori del Sant'Offizio ancora alla fine del Settecento.<sup>505</sup> Pignatelli affronta il tema del duello, dell'ordalia e della *purgatio canonica* (ma anche della lotteria, delle previsioni politiche e della sorte divisoria - l'uso di spartire beni consultando la sorte), sostenendo che:

---

alla donna con una imprecazione; poi dirà alla donna: Il Signore faccia di te un oggetto di maledizione e di imprecazione in mezzo al tuo popolo, facendoti avvizzire i fianchi e gonfiare il ventre; quest'acqua che porta maledizione ti entri nelle viscere per farti gonfiare il ventre e avvizzire i fianchi! E la donna dirà: Amen, Amen! Poi il sacerdote scriverà queste imprecazioni su un rotolo e le cancellerà con l'acqua amara. Farà bere alla donna quell'acqua amara che porta maledizione e l'acqua che porta maledizione entrerà in lei per produrle amarezza; il sacerdote prenderà dalle mani della donna l'oblazione di gelosia, agiterà l'oblazione davanti al Signore e l'offrirà sull'altare; il sacerdote prenderà una manciata di quell'oblazione come memoriale di lei e la brucerà sull'altare; poi farà bere l'acqua alla donna. Quando le avrà fatto bere l'acqua, se essa si è contaminata e ha commesso un'infedeltà contro il marito, l'acqua che porta maledizione entrerà in lei per produrre amarezza; il ventre le si gonfierà e i suoi fianchi avvizziranno e quella donna diventerà un oggetto di maledizione in mezzo al suo popolo. Ma se la donna non si è contaminata ed è pura, sarà riconosciuta innocente e avrà figli. Questa è la legge della gelosia, nel caso in cui la moglie di uno si sia traviata ricevendo un altro invece del marito e si contamini e per il caso in cui lo spirito di gelosia si impadronisca del marito e questi diventi geloso della moglie; egli farà comparire sua moglie davanti al Signore e il sacerdote le applicherà questa legge integralmente. Il marito sarà immune da colpa, ma la donna porterà la pena della sua iniquità».

<sup>503</sup> Esmein ritiene che il primo ad accreditare il precedente biblico delle acque amare sia stato Incmaro di Reims, o comunque i suoi contemporanei della Chiesa franca. Cfr. ADHÉMAR ESMEIN, *Les ordalies dans l'église gallicane au IXe siècle. Hincmar de Reims et ses contemporains*, Imprimerie nationale, Parigi 1898, pp. 10-1. La prova dell'acqua fredda era ritenuta la più conforme al precedente biblico, nonché la più coerente e la più omogenea, come rilevato in CLAUDIUS FREIHERR VON SCHWERIN, *Rituale für Gottesurteile*, in «Sitzungsberichte der Heidelberg Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse», Jahrgang 1932-33, 3, Abhandlung, Heidelberg 1933, p. 1-61.

<sup>504</sup> HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 443.

<sup>505</sup> Cfr. AUGUSTO MORESCHINI, *Pignatelli Giacomo*, in *Enciclopedia Cattolica*, vol. IX, Ente per l'Enciclopedia Cattolica e per il Libro Cattolico, Città del Vaticano 1951, col. 1468. *Ivi*, v.24.

Purgare est se excusare, et innocentiam suam ostendere. Sicuti et per torturam eliduntur indicia, si nihil fassus fuerit, qui tormenta passus est. Et videtur esse tortura species purgationis canonicae. Hujus cum expressam legem habeamus Num. cap. 5 [...] in poculo zelotypiae...<sup>506</sup>

Oltre ad affermare senza mezzi termini (o, se vogliamo, senza ellissi) che la tortura è una *purgatio canonica*, Pignatelli, come Simancas, ne rinviene «expressam legem» nell'episodio dei Numeri.

Se la legge dell'uomo geloso aveva fornito un precedente divino ai giudizi di Dio, quando questi non furono più ammessi dai sacri canoni la legittimazione dovette slittare, per così dire, sulla *purgatio canonica*. Ma per affrancare quest'ultima dall'ordalia bisognava prima affrancare l'episodio dei Numeri dai legami precedentemente contratti con la purgazione volgare. Per far questo, Martin Del Rio si era un poco ingarbugliato. Nelle *Disquisitionum magicarum* (1599) sostenne che l'ordalia dell'acqua si era effettivamente evoluta dalla legge dell'uomo geloso, ma «per malam imitationem», «suasu diaboli introducta», mentre «illud vero poculum herbarum amaricantium a Deo fuit institutum».<sup>507</sup>

Nell'ordalia biblica non si trova alcun riferimento a queste «herbarum amaricantium»; tuttavia Delrio sosteneva che solo questa bevanda delle erbe amare era stata istituita da Dio, mentre le varie ordalie dell'acqua erano state abusivamente introdotte dal diavolo<sup>508</sup>. Pignatelli riprende Del Rio, insieme al malinteso delle erbe, alleggerendo un poco il concetto: «Forsan volebant imitari aquam Zelotypiae [...], sed illae suasu demonis introducte, istud vero poculum herbarum amaricantium a Deo fuit institutum...»<sup>509</sup>. Forse con le ordalie dell'acqua

<sup>506</sup> FRANCESCO GIACOMO PIGNATELLI, *Novissimae consultationes canonicae*, Fratres de Tournes, Colonia 1719, vol. I, C. 74, fol. 270.

<sup>507</sup> «Fiebat adhibita vel calida, vel frigida, decalida seu fervente constat receptam legibus Longobardorum, Saxorum, Rhenariorum, et Frisiorum, et irrepsisse per malam imitationem poculi Zelotypiae, quod Moyses introduxerat apud Iudeos, sed haec fervens suasu diaboli introducta, illud vero poculum herbarum amaricantium a Deo fuit institutum; qui solus occulta cordis novit, et iudicat, et nequit cum indicat ea mentiri, et veritatem sic se indicaturum promissis Moysis: qualis sponsio, cum in aquae iudicio nulla habeatur, pravo more, et praepostera imitatione, per abusum, fuit introducta». MARTIN DELRIO, *Disquisitionum magicarum libri sex*, Petri Enningii, Magonza 1624, lib. 4, c. 4, q. 4, Sectio 4, *de purgationi vulgari per aquam*.

<sup>508</sup> Fortunio Liceti (1577-1657) filosofo e scienziato, uomo universale del XVI secolo al pari di Athanasius Kircher, di cui fu amico, autore di più di cinquanta volumi che spaziano dal campo antiquario alla teologia, dalla filosofia e alla medicina (di lui scrisse a Galilei Bonaventura Cavalieri: «Esso fa un libro in una settimana...»), polemizza con Del Rio nel *De Lucernis antiquorum reconditis* (1621), chiedendosi da dove egli avesse tratto la convinzione che le ordalie dell'acqua fossero state usurpate dal demonio, e dove mai fossero le *herbarum amaricantium* nel «poculo Zelotypiae»: «Quod quidem nescio qua ratione diabolicum dicatur a Delrio, qui mox dicturus est, plerasque probationes per aquam calidam a Viris Sanctis, et in confirmationem Fidei Catholicae, veritatisque confirmationem usurpatam fuisse cum felici mirabilique successu; cum nefas omnino sit Orthodoxis uti diabolicis inventis, et introductis. [...] nec amaricantium herbarum in poculo Zelotypiae sit ulla mentio profusus a Mose, Philone, Iosepho; sed aqua dicta fuit amarissima, non formaliter ab herbis». FORTUNIO LICETI, *De Lucernis antiquorum reconditis libri sex*, Cadornum, Udine 1652, cap. 19, *De iudicio probationis antiqua per aquam*, C.

<sup>509</sup> FRANCESCO GIACOMO PIGNATELLI, *Novissimae consultationes canonicae*, vol. I, C. 74, fol. 270.

volevano imitare la legge di gelosia, ma quelle sono state introdotte dal demonio, mentre la bevanda delle erbe amare è stata istituita da Dio. La spiegazione, a rigor di logica, non è così lineare, ma lo è senz'altro a rigor di canone. Se l'ordalia non è ammessa dai sacri canoni, ne consegue che non se ne può reperire alcun precetto nell'Antico Testamento; e sebbene la prova delle acque amare contenuta nei Numeri assomigli proprio a un'ordalia dell'acqua, chi crede che le ordalie dell'acqua discendano da quella si sbaglia; infatti le ordalie sono vietate dai sacri canoni; è stato quindi il diavolo a confondere gli uomini, facendo in modo che il precetto divino degenerasse in una sua corrotta e confusa imitazione: quello che intendeva istituire Dio attraverso Mosé era, semmai, la *purgatio canonica*.

Il rapporto tra la prova delle acque amare contenuta nei Numeri e la *purgatio vulgaris* è giustificato con l'intervento del diavolo, classica argomentazione teologica contro le ordalie, assai ricorrente anche nei manuali dedicati alle pratiche magiche e di stregoneria, dove il diavolo è spesso chiamato in causa per sciogliere paradossi logici o fisici altrimenti difficili da eludere; ma, a prescindere dal diavolo, in tema di purgazioni ricorre la necessità di sconfessare i legami precedentemente contratti dal giuramento con l'ordalia. L'operazione di Del Rio, infatti, non è in sostanza così diversa da quella del *Liber Extra*, dove il riferimento alla prova dell'acqua e del ferro incandescente contenuto nel canone *Nobilis homo* viene sostituito da un riferimento alla *purgatio canonica*. Alcuni nodi tra ordalia e giuramento, e tra ordalia e tortura, non potevano essere sciolti senza incorrere in oscurità o ellissi: da cui il diavolo, la manomissione, la forzatura logica.

Un giurista veneziano del primo Settecento, ostile alla tortura, ma non al punto da essere annoverato in quella schiera di pensatori che avrebbero usato ogni mezzo per esautorarla<sup>510</sup>, nel descriverne i caratteri principali ne ha così limpidamente, significativamente sintetizzato i rapporti con le altre *species* di purgazioni:

Ora convien sapersi come è proprietà della tortura indurre purgazione nel torturato costante; anzi essere l'unica purgazione canonica, che costumisi al giorno d'oggi fra' popoli colti. Molti furono gli antichi modi di purgare le sospizioni e gl'indizj, che si chiamavano Purgazioni volgari, perché introdotte dall'ignoranza del volgo [...]. Le quali purgazioni, come superstiziose ed insane furono onninamente abrogate, colla sostituzione della tortura.<sup>511</sup>

<sup>510</sup> Tant'è che il Venturi non gli dedica che un rigo e mezzo. Cfr. FRANCO VENTURI, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, Vol. I, Einaudi, Torino 1990, p. 368.

<sup>511</sup> BARTOLOMEO MELCHIORI, *Miscellanea di materie criminali, volgari, e latine, composta secondo le leggi civili, e venete, da Bartolomeo Melchiori*, Pietro Bassaglia, Venezia 1741, p. 11. Si tratta di un testo piuttosto moderato che sensibilizza sui lati più atroci e sregolati della tortura. Essa altrove è così descritta: «La tortura dunque o s'inferisce per pena, o per rilevare qualche occulto delitto, o anche per accrescere fede al già rilevato. S'inferisce per pena ne' casi ne' quali piaccia al giudice operare sommariamente, onde suol essere la correzione de' delatori



## 4. Tortura e duello

### 4.1 Duello e *purgationes vulgares* tra prassi e dottrina

Vogliamo che la monomachia, detta comunemente duello, salvo poche eccezioni, non abbia mai luogo fra i regnicoli soggetti alla Nostra autorità. Esso non può essere considerato una vera prova, bensì una divinazione: è in disaccordo con le leggi naturali, devia dal diritto comune, non si concilia con le ragioni della giustizia.<sup>512</sup>

Con queste lapidarie parole il *Liber Augstalis*, redatto intorno 1231 per volere di Federico II, vietava il duello, interpretando in modo rigoroso la crisi duecentesca dell'ordalia. Solo in due casi vi acconsentiva, e sempre in assenza di altre prove: per gli omicidi «furtivi» (veneficio o tradimento) e per il crimine di lesa maestà.<sup>513</sup> Le prescrizioni di Melfi furono riprese da diversi sovrani europei: Luigi IX re di Francia promulgava l'*Ordonnance contre les duels* (1258), disponendo che la mala pianta dei duelli giudiziari fosse sostituita nel processo da

---

d'armi vietate, de' disubbidienti alli precetti della giustizia, de' termarj, de' frodolenti, e d'altra gente di consimile affare. Il reo appendesi alla corda all'ora di terza nella pubblica piazza, e ne sostiene tre squassi successivi, cosicché in brevità, poco meno che momentanea, si libera. Ma una tal pena per andarsene congiunta col disonore, è riservata all'emenda de' soli plebei, nè con femmine di qualsivoglia estrazione, e concetto consumasi. [...] La tortura per rilevare la verità de' fatti nascosti, o per meglio stabilire li palesati, chiamata questione dal gius civile, è quella, di cui qui parliamo, della quale niuno per privilegio che vanti di legge, va esente per consuetudine. Torturasi dunque per le occasioni suddette sì l'uomo, che la donna; sì il nobile, che il popolare, sì il togato, che il militante; sì il laico che l'ecclesiastico; e può solamente salvare da somigliante tormento qualche imperfezione, o accidentale, o naturale del corpo, e l'età o immatura, o senile». Ivi, p. 26-7. Melchiori mise anche in discussione la realtà dei reati di stregoneria e di veneficio, caldeggiando l'intervento della scienza per dirimere quelle questioni. Cfr. MICHAELA VALENTE, *Johan Wier*, cit., p. 322. Argomenti che sostenne anche nella *Dissertazione epistolare di Bartolomeo Melchiori assessore inviata ad un professore di legge in confermazione del capitolo XII della sua Miscellanea di materie criminali Degli omicidi commessi con sortilegio*, Pietro Bassaglia, Venezia 1750.

<sup>512</sup> «Monomachiam, quae vulgariter dicitur duellum, paucis quibusdam casibus praexceptis, inter homines regni Nostrae ditioni subiectos in perpetuum locum nolumus obtinere: quae non tam vera probatio quam quaedam divinatio dici potest, quae naturae non consonat, a iure communi deviat, aequitatis rationibus non consentit». 140, II, tit. 33, in *quibus casibus pugna locum habeat*.

<sup>513</sup> «Ab huiusmodi autem sanctionis humanitate praeccludimus homicidas, qui veneficio seu quolibet furtivae mortis genere aliquem alium extinxisse dicuntur, in quibus etiam a pugnae iudicio non praecipimus inchoari, sed per probationes ordinarias, si supersint aliquae, procedi primo debere iubemus, et denique officio curiae subtili prius inquisitione praemissa, si per probationes aliquas vel per inquisitionem plene poterit minus facinus comprobari, tunc demum ad pugnae iudicium indiciis praecedentibus descendatur. Quae omnia per officium iudicis provide cognoscentis volumus explicari, ut inquisitionis probata caute et diligenter discutiat. Et si probatum non invenerit, ut est dictum, offerendi pugnam licentiam tribuat accusanti, nullo ex eo, quod ipse ex officio suo fecit, accusatoris iuri praeiudicio generato. [...] Crimen etiam laesae maiestatis excipimus, in quo in infrascriptis capitulis pugnae iudicium reservamus. Nec mirum, si laesae maiestatis reos, homicidas furtivos atque veneficos pugnae subicimus non tam iudicio quam terrori; non quod in ipsis Nostra serenitas iustum existimet, quod iniustum in aliis reputavit, sed quod in eorum poenam et aliorum exemplum publice in conspectibus hominum sub tremenda probationis specie tales constitui volumus homicidas, qui occultas atque furtivas insidias vitae hominum, quos sola divina creavit potentia, parare minime renuerunt. Eos etiam extra omnes modestiae terminos stabilimus, qui adversus securitatem Nostram, per quam omnibus aliis paratur securitas, moliri aliquid non verentur».

prove documentali e testimoni; le celebri *Siete Partidas* (1265) di Alfonso X di Castiglia e l'*Ordonnance* del 1306 di Filippo il Bello tentavano a loro volta di disciplinarlo e di restringerne notevolmente il campo. E tuttavia, il duello come istituzione di ceto<sup>514</sup>, pur vacillando, non tramontò al pari dell'ordalia e, fino alla fine del Duecento, mantenne vitalità, specie in Italia, come istituto giudiziario di matrice germanica. Le consuetudini e gli statuti medievali intervenivano - abrogandole, o rimodellandole - sulle norme del diritto longobardo e franco che l'avevano statuito, ma non lo estirpavano dalla prassi, in parte per il favore di cui godeva il duello tra le classi intellettuali e aristocratiche, in parte per il contestuale fiorire di tutta una serie di *summulae de pugna* che rinnovarono l'interesse per la materia. Questi trattati, a fronte della totale assenza del duello dal riscoperto diritto romano<sup>515</sup>, rispondevano all'esigenza scientifica, stimolata dal fenomeno bolognese, di mettere ordine in una dottrina che di fatto era comune all'intera Europa medievale. Lo era di fatto, ma il diritto canonico, nel 1140 circa, aveva emesso la propria sentenza attraverso il *Decretum*:

Monomachiam vero in legem non assumimus, quam praeceptam fuisse non reperimus: quia licet quosdam iniisse legerimus, sicut factum David, et Goliath sacra prodit historia, nusquam tamen, ut pro lege teneatur, alicubi divina sanxit auctoritas: cum hoc et huiusmodi sectantes, Deum solummodo tentare videantur.<sup>516</sup>

Il duello è illegale, e benché taluni l'abbiano adottato, come tramandano le Scritture per il caso di Davide e Golia, esso non è mai stato espressamente prescritto come legge. Un secolo più tardi il *Liber Extra*, la prima compilazione ufficiale del *Corpus iuris canonici*, ne avrebbe sancito la definitiva esclusione dalle prove ammesse, annoverandolo tra le *purgationes vulgares* insieme alle varie ordalie dell'acqua e del fuoco. Ma i canonisti, nel frattempo, si erano divisi, come dimostra il quadro presentato da Bernardo da Pavia nella *Summa decretalium*, anteriore al 1198: vi erano, secondo la ricostruzione di Bernardo, i rigoristi, di cui la *Summa* di Uguccio può essere considerata una sorta di manifesto: essi negavano ogni liceità al duello, non essendo quest'ultimo istituito da alcun precetto divino, ma soltanto dalla consuetudine; sul fronte opposto i lassisti - una parte della dottrina minoritaria, specie nelle sua espressione più radicale - che ammetteva il duello richiamandosi al diritto delle genti e alle leggi longobardo-franche; nella posizione intermedia, che si riteneva ideata da Vincenzo

<sup>514</sup> La *Constitutio pace tenenda* di Federico Barbarossa (1156), che aveva limitato l'uso del duello ai casi in cui mancasse una prova piena del reato obiettato, aveva anche impresso un definitivo indirizzo all'istituto come privilegio di ceto, rivolto in particolare alla classe dei *milites*.

<sup>515</sup> Come osserva Marco Cavina, «lo stesso mutismo delle fonti fu letto talvolta come argomento a contrario in favore della liceità: non è proibito dalla legge e pertanto deve essere ammesso». *Il sangue dell'onore*, cit., p. 18.

<sup>516</sup> *Decretum*, II, c. 2, q. 5, C. 22, *Monomachiam*.

Ispano, si ribadiva il divieto del duello nel foro ecclesiastico<sup>517</sup>, contemplandone invece la possibilità per quello secolare, ma con le dovute precisazioni: solo chi vi fosse costretto da inevitabile necessità, quindi per la difesa del patrimonio o della propria vita, non incorreva in peccato mortale battendosi.

Il distinguo operato dall'opinione intermedia prendeva le mosse dal diritto di autodifesa e affidava il criterio di ammissibilità alla valutazione dei singoli casi. L'idea che si dovessero considerare le diverse qualità di partecipazione soggettiva al duello fu appunto il compromesso sul quale si attestò la scienza canonistica alla fine del Medioevo<sup>518</sup>. Un compromesso che si stipulava, anche, con le consuetudini secolari, che non si risolvevano ad abbandonarlo. Ma la Chiesa, come ha fatto notare Esmein, non ammise mai per via ufficiale il duello, né vi fu mai alcun concilio che lo abbia esplicitamente previsto<sup>519</sup>, e in ciò consiste appunto la principale differenza tra duello e ordalia unilaterale in una prospettiva di diritto canonico. È degno di nota, in tal senso, il fatto che la prima prova documentale che attesti l'uso della tortura giudiziaria la presenti come equivalente al duello, in evidente contrapposizione con l'ordalia: il diritto civile veronese in vigore nel 1228<sup>520</sup> disponeva infatti che il podestà, quando si fosse trovato di fronte a casi dubbi, avrebbe potuto scegliere tre strade equivalenti: istruire un'inchiesta, torturare l'accusato, o indire un duello<sup>521</sup>. L'ordalia non vi è contemplata, mentre la neonata tortura e il duello sono presentati come due possibili opzioni anti *non liquet*.

---

<sup>517</sup> Nel IX secolo una decretale di Nicola I aveva sentenziato che il duello non era riconosciuto dalle leggi ecclesiastiche; nello stesso secolo Agobardo di Lione lo collegava all'omicidio: «quibus feralibus certaminibus contingunt homicida iniusta» [*Adversum legem Gundobadi*, in *Agobardi Lugdunensis Opera omnia*, van Acker, Turnhout 1981, c.7, p. 23]; riprendendo Agobardo, il concilio di Valencia dell'855 affermava che chiunque in duello avesse ucciso o ferito l'avversario sarebbe stato considerato un omicida e un cruento, l'ucciso, considerato suicida, e non avrebbe avuto conforti religiosi alla sua sepoltura [cfr. ANTONIA FIORI, *op. cit.*, pp. 147-8]; utilizzando le medesime argomentazioni di Agobardo e del concilio di Valencia Celestino III avrebbe vietato ai chierici il duello, anche quello attraverso campioni [*Ibid.*]. Il divieto si rendeva necessario perché la partecipazione degli ecclesiastici a duelli giudiziari non era affatto inconsueta, come emerge da un passo del *Liber Extra* (1, 20, 1) nel quale Alessandro III permetteva a un presbitero che aveva perso un dito in duello di celebrare funzioni religiose. Per Alessandro III la partecipazione del presbitero al duello doveva essere considerata come un grave eccesso, riparato però dall'opportuna penitenza espiata attraverso il dito amputato. La decretale di Alessandro III e la norma di Celestino III costituivano la sostanza del breve titolo *de clericibus pugnantibus in duello* (X 5.14) nel quale si sanciva il divieto di duello per i chierici.

<sup>518</sup> MARCO CAVINA, *Il sangue dell'onore*, cit., pp. 19-22.

<sup>519</sup> ADHÉMAR ESMEIN, *Les ordalies dans l'église gallicane au IXe siècle*, cit., p. 2.

<sup>520</sup> *Liber iuris civilis urbis Veronae. Addito in fine opusculo De vita et translatione Sancti Metronis, et duabus epistolis Retherii episcopi Veronensis*, ed. Bartolomeo Campagnola, Antonium Bernum, Verona 1728, cap. 75, p. 61.

<sup>521</sup> Un'analoga equivalenza si trova nelle *Assises de Jérusalem*, una raccolta di leggi prescritte nel regno cristiano di Gerusalemme, ordinate e sistematizzate nel corso del XIII secolo e adottate anche dal Regno di Cipro. Cfr. HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 498.

Ancora nel XIII secolo gli statuti comunali ammettevano il ricorso al duello in un vasto numero di casi, via via che invece andavano restringendo, o abolendo, la possibilità di ricorrere all'ordalia. Tuttavia, le prove del ferro incandescente e dell'acqua fredda per qualche tempo continuarono a essere concesse nei casi in cui il duello non fosse possibile: per servi non ammessi *ad pugnam*, per decisione arbitraria del giudice che le preferiva alla monomachia, per i poveri che non potevano permettersi di pagare campioni.<sup>522</sup> I campioni, o *pugiles*, figure prezzolate e generalmente tenute per categoria infamata, combattevano per persone impossibilitate alla lotta per ragioni di *status* o di complessione: servi, ecclesiastici, donne e anziani. Gaudemet ha osservato che il ricorso a questi professionisti, da certuni assunti addirittura con ingaggio regolare, mal si concilia con l'idea primaria che aveva giustificato il duello ordalico: in che modo un terzo salariato poteva ancora passare per strumento della volontà divina?<sup>523</sup>

#### 4.2 Tentativi di giuridicizzazione: negare la qualificazione ordalica del duello

L'organizzazione della prova così celebrata attesta che essa stava perdendo il proprio significato religioso per evolversi in una direzione puramente laica. Il passo decisivo in questo senso fu compiuto da Tommaso d'Aquino, che nella *Summa theologiae*, Questione 45, articolo 8, fece un circostanziato distinguo:

Il giudizio del ferro e del fuoco ha lo scopo di investigare sul peccato occulto di una persona considerando il risultato di atti compiuti da qualcuno, e in ciò assomiglia al sortilegio; tuttavia, per il fatto che qui si attende un effetto miracoloso da Dio, si va oltre i comuni termini del sortilegio. Per cui questo giudizio è reso illecito sia perché è ordinato a giudicare cose occulte, riservate al giudizio di Dio, sia perché non è sanzionato dall'autorità divina. [...] E lo stesso si dica della legge del duello: *con la sola differenza che qui ci si avvicina maggiormente al concetto ordinario del sorteggio, in quanto non ci si aspetta un effetto miracoloso: a meno che i duellanti non siano troppo sproporzionati per forza o abilità.*<sup>524</sup>

Il sorteggio, come affermava all'inizio dello stesso articolo, non è illecito. Se ne trovavano precedenti nell'Antico e nel Nuovo Testamento: è stato praticato dai santi, dai profeti e dagli apostoli (Mattia, ad esempio, fu eletto all'apostolato tramite la sorte). Quindi il duello, quando

<sup>522</sup> MICHELE PIFFERI, *Ordalia*, cit., pp. 1142-3.

<sup>523</sup> JEAN GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Âge*, cit., p. 115.

<sup>524</sup> TOMMASO D'AQUINO, *La Somma Teologica*, a cura di Tito Sante Centi, trad. Angelo Urru, Vol. 4, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1996, pp. 144-5.

si avvicina alla comune nozione di sorte, non deve essere giudicato illecito, sostanzialmente perché non si fonda sul miracolo, ma sull'azzardo.

L'operazione notevole consiste nel negare la qualificazione ordalica del duello giudiziario. Questo, a differenza delle prove del ferro e dell'acqua, poteva essere un pragmatico strumento per decidere ciò che non trovava soluzione e che pure doveva essere risolto. Di fronte a una carenza di prove che impediva al processo di concludersi, la *pugna* poteva evitare un male maggiore e consentire all'interesse pubblico di prevalere. Quindi il duello giudiziario *ad purgationem*, cioè quello più esplicitamente ordalico, andava vietato, mentre era lecito il duello «in senso lato», come lo avrebbe chiamato Niccolò di Lira<sup>525</sup>, cioè quello *necessario*, nel quale non vi era alcuna presunzione di interrogare Dio, ma solo di trovare una soluzione a un caso controverso: ecco l'unica forma teologicamente lecita di duello.

L'affrancamento del duello dall'ordalia e il richiamo alle sorti non era scontato all'epoca in cui scriveva Tommaso e non lo sarebbe stato, in verità, neppure nell'epoca a venire. Il duello sarà sempre alla ricerca di un posto, di una conciliazione tra le proprie qualità e la propria legittimità, e sulla sua definizione nessun accordo unanime, né tanto meno univoco, sarebbe stato raggiunto. Un altro domenicano, pochi anni prima della *Summa* di Tommaso (1226), lo aveva così definito:

Duellum est singularis pugna inter aliquod ad probationem veritatis, ita vide licet, ut qui vicerit probasse intelligitur; et dicitur duellum quasi quorum bellum. Dicitur etiam vulgo in pluribus iudicium, eo quod ibi Deo iudicium expetatur: dicitur etiam monomachia, quasi unica, et singularis pugna: monos enim unus, machia pugna.<sup>526</sup>

Questa bella e chiara sintesi è di Raymondo di Peñafort. Egli la diede nella sua opera più celebre, la *Summa de poenitentia*, un manuale di insegnamenti morali che si accinse a scrivere nel 1222, allorché, avendo supplicato i suoi superiori di imporgli una penitenza per espiare le colpe commesse nel mondo, questi gli ordinarono di redigere una somma dei casi di coscienza. Se, da un lato, i canonisti continuavano a ribadire che la *pugna* era vietata da Dio, che sfidava la maestà divina e che si iscriveva nel novero delle prove inadatte a dimostrare la verità, dall'altro il diritto secolare continuava a indicarla *ad probationem veritatis*, cioè come

<sup>525</sup> «Il duello può essere inteso in due modi. In un modo propriamente, e così è il duello in quanto combattimento singolare di due, affinché attraverso la vittoria di una parte ne risalti la giustizia della sua pretesa e l'ingiustizia di quella della controparte. [...] Diversamente il duello può essere inteso in senso lato, ad esempio in quanto combattimento singolare di uno contro uno senza attendersi la manifestazione del giudizio divino, ma affinché una qualche controversia criminale o civile sia terminata per valore, per arte, per fortuna o per tutte queste cause insieme o per alcune di quelle». Cfr. MARCO CAVINA, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 24.

<sup>526</sup> RAYMONDO DI PEÑAFORT, *Summa de poenitentia*, cit., lib. II, q. 3, *de duello*.

prova indetta per raggiungere la verità su un fatto incerto, confidando che la vittoria di una delle parti fosse appunto testimonianza di verità. E questo, senza dubbio, era un duello ordalico. Tuttavia, alla fine del Medioevo, cominciava a farsi strada un'altra corrente di pensiero, disposta a riconoscere che anche la lesione d'onore potesse essere riparata con le armi.

#### 4.3 Tentativi di giuridicizzazione: Baldo, il problema dell'onore e l'equiparazione del duello alla tortura

Un *consilium* citato di frequente e attribuito a Bartolo, in realtà opera di falsificazione di un giurista del Cinquecento, pur negando *de iure divino, canonico et civili* l'ammissibilità del duello, si sforzava comunque di motivare il parere sul piano dell'onore leso<sup>527</sup>. Nel commentario al Digesto vecchio Baldo aveva dichiarato lecito solamente il duello che si combatteva per diffamazione davanti al re, «ex maxima causa» e sempre «de licentia superioris»<sup>528</sup>. Tuttavia, in calce alla *Lex Aquilia*, lo definiva illecito solo nel caso di un «pacto privatorum»<sup>529</sup>, mentre in un commento al *Codex* ne ammetteva il ricorso in quanto «consuetudo generalis»<sup>530</sup>.

<sup>527</sup> il *consilium* attribuito a Bartolo, pubblicato nella raccolta di responsi criminali di vari autori edita da Zilletti (Venezia 1572), è in realtà una falsificazione di Giovanni Battista Piotti, giurista novarese del XVI secolo, consiliatore in campo cavalleresco. Nel *consilium* il falso Bartolo sosteneva di essere stato chiamato come consiliatore dall'imperatore Carlo IV, richiesto di esprimersi su una contesa di difficile risoluzione: un tal Federico, nobile tedesco, aveva criticato l'onore degli italiani; il novarese Giovanni Battista Pilotti (!) gli aveva dato del mentitore, suscitando una sfida a duello. L'imperatore era in dubbio se si potesse dar luogo a una *actio iniuriarum* o a un duello, oppure a nessuna di queste due cose. Si era quindi rivolto a Bartolo e un altro consigliere (il tedesco Guglielmo di Costanza). Bartolo aveva negato la strada del duello: innanzi tutto era vietato *de iure divino, canonico et civili* e nemmeno l'imperatore poteva derogare a quei diritti; mancava inoltre la *causa* nella fattispecie, facendo difetto *l'animus iniuriandi* (il Plotti voleva respingere un'ingiusta accusa mossa agli italiani e non certo ingiuriare Federico; la sua, quindi, poteva essere considerata una *naturalis et moderata defensio* – il ritorcere parole con altre parole – tanto più che sarebbe stato disdicevole per un nobile restarsene inerte). In fine, il duello era ammesso *ad probationem veritatis* in difetto di altre prove, ma nella fattispecie la verità risultava palese, giacché l'onore degli italiani era stato ingiustamente leso. Questo in sintesi il ragionamento bartoliano, che concludeva in pieno accordo con il collega tedesco per l'inammissibilità dell'*actio iniuriarum* e del duello. Cfr. MARCO CAVINA, ALESSIA LEGNANI (a cura di), *Duelli, faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*. Atti del Seminario di studi storici e giuridici, Modena, venerdì 14 gennaio 2000, Giuffrè, Milano 2001, p. 15. La paternità di Giovanni Battista Plotti, per questo come per altri responsi pseudobartoliani confluiti nella raccolta di Zilletti, è stata dimostrata da MARIO ASCHERI, *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Maggioli editore, Rimini 1991, pp. 82-90.

<sup>528</sup> «Octavo queritur, utrum duellum inter duos sit licitum, cum alter diffamatus coram Regem non possit forte aliter recuperare gratiam Regis? Et videtur quod sic, quia necessitas facit probabile, quod alias non esset [...] Item quia licitum est infamiam suam repellere [...] In contrarium videtur, quia ut dicit Longobar. sub isto clypeo quis saepe perit. Item ius cano. prohibet. Sol. dicendum est, quod ex maxima causa est permissum de licentia superioris, alias non». BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, apud Iuntas, Venezia 1599, ad *De iustitia et iure, Ex hoc iure*, f. 11.

<sup>529</sup> «Nota hic quod publicum praelium est permissum. Duellum etiam publica auctoritate concessum poenam non meretur, secus si pacto privatorum, quia hoc fieri non potest». BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris*,

Il dato che si evince da queste opinioni contrastanti è, prima di tutto, la contestuale evoluzione del duello, evoluzione *in itinere* ai commenti di Baldo. Per Cavina, queste riflessioni vanno ormai calate «in un clima da *duello giudiziario per punto d'onore* piuttosto che nello ieratico normativismo del duello ordalico. Siamo già in quel contesto schizofrenico dei secoli a venire, per cui da un lato si dice il duello vietato da Dio e dagli uomini, dall'altro si riconosce che la lesione d'onore solo con le armi può sanarsi, salvo contraria adeguata motivazione»<sup>531</sup>. L'istituto, di fatto, cominciava ad affermarsi come duello d'onore, ma restava al contempo un mezzo purgatorio. Questa ambiguità emerge con maggiore chiarezza nel testo che più di tutti gli altri ha legato la disciplina sul duello al nome di Baldo e che costituirà un tassello decisivo nella successiva evoluzione dell'istituto. Nel suo commentario ai *Libri feudorum*<sup>532</sup> il Perugino riprende la definizione che ne aveva dato Raymondo de Peñafort nella *Summa de poenitentia* (attribuendola però a un trattato *de duello sive de monomachia* mai scritto dal domenicano). Il duello, chiarisce, è proibito dal diritto canonico, a meno che non sia «pro defensione propriae salutis» (quindi il duello necessario). Quello che si combatte in difesa del proprio onore invece non è un vero duello, si tratta piuttosto di una «*rixa*» o di un «*impetus armorum*»<sup>533</sup>. L'inammissibilità di quest'ultimo Baldo la addebita alla sua difformità dal duello ordalico e, in ultima istanza, dalla tortura:

Porro duellum proprie est singularis pugna inter aliquos, ad probationem veritatis secundum praefatum fratrem Ray. de Pennaforti. Sed numquid ille qui provocat aliquem ad bellum, vel duellum,

---

ad *Ad legem Aquiliam, Si quis in colluctatione*, n. 317. La negazione del duello privato per ingiuria sarebbe diventata uno degli assiomi della successiva costruzione del duello giudiziario d'onore all'italiana. Spiega Cavina: «lo spunto era in quel D.9.2.7.4 che aveva consentito a qualche giurista di vagheggiare la liceità di un duello *de iure civili*. Lo si ricordava già nella glossa ordinaria, ove al caso dell'*Aquila* si affiancava quello della *perduellio* secondo la fantasiosa etimologia di Piacentino, il quale ritenne che il tradimento venisse denominato in diritto romano *perduellio*, in quanto avrebbe dato luogo ad una lecita prova *per duellum*». MARCO CAVINA, ALESSIA LEGNANI (a cura di), *Duelli, faide e rappacificazioni*, cit., p. 17.

<sup>530</sup> «Nam non intelligitur illicitum, quod propter bonum publicum est statuto permissum, sicut non intelligitur illicitum duellum, quod permittit consuetudo generalis, ut Inst. de haered. quae ab intest. § per contrarium». BALDO DEGLI UBALDI, *In quartum et quintum cod. lib. Commentaria*, apud Iuntas, Venezia 1599, ad *Mandati, Is penes*, n. 96.

<sup>531</sup> MARCO CAVINA, *Il duello giudiziario per punto d'onore. Genesi, apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana. Secoli XIV-XVI*, Giappichelli, Torino 2003, p. 83.

<sup>532</sup> Quindi, va specificato, commentando il diritto feudale, non il diritto canonico.

<sup>533</sup> «...quae de iure canonico ista pugna est omnino prohibita ut plene not. per Ray. de Penaforti in tractatu suo de duello sive monomachia, quid idem est dictum et ibi videas. Et quid dixi de iure canonico duellum esse prohibitum, verum est nisi fiat pro defensione propriae salutis ut hic in tex. Idem si pro defensione patriae [...] idem si pro defensione cuiusdam extranei, non puto quae quis possit inire duellum, nisi sit eius campio. Et haec fiat autoritate superioris [...] Dicunt quidam que pro defensione honoris tui licet inire duellum: quia crudelis est qui negligit famam suam: et ideo si rusticus insutat nobilem non debet nobilis fugere: licet fugere posset quia fuga reddit quem viliozem. [...] Sed istud non est proprie duellum: quia non est indictum sed est potius quaedam rixa seu impetus armorum». BALDO DEGLI UBALDI, *In usus feudorum commentaria doctissima, quicquid eam concernit rationem facile complectentia: Quibus accesserunt Andr. Siculi Adnotationes, una cum Ioan. de Anania eleganti disputatione in tres secta quaetiones*, apud Ioannem Pidierium, Lione 1550, rub. *De pace tenenda et eius violatoribus*, n.16.

impingens ei crimina teneant probare per indicia vel coniecturas. Respondeo sic: quia pugna aequiparatur torturae quae non habet fieri nullis indicijs praecedentibus [...]. Qualia autem indicia sufficient est in arbitrio eius qui publicam auctoritatem habet super hoc [...].<sup>534</sup>

Per il diritto feudale, ribadisce Baldo, l'unico vero *duellum* è *ad probationes veritatis*. Per indirlo è necessario che vi siano consistenti indizi o congetture a carico dello sfidato, perché il duello è equiparato alla tortura («quia pugna aequiparatur torturae»), che non può essere comminata senza indizi precedenti. Altrove, nella rubrica *de pace iuramento firmanda*, Baldo avvisava che «vehemens infamia cum aliquo alio indicio sufficit ad tortura»<sup>535</sup>. Egli non sembra tuttavia applicare la medesima regola al duello, quando sostiene che «qualia autem indicia sufficient est in arbitrio eius qui publicam auctoritatem habet super hoc». Il paragone con la tortura è comunque rafforzato nei versiculi successivi. Colui che muore nella *pugna* è simile a quello che muore sotto i tormenti: non deve essere soggetto alla pena e il suo testamento non viene annullato:

Qaero nunquid ille qui moritur in pugna noriatur feru poenae? Respondeo iste est similis illi qui moritur in tormentis nondum condemnatus. Et ideo non moritur servus poenae. Et suum testamentum non rumpetur: et hoc probatur, quia illi qui occiduntur in bello non moriuntur servi poenae, nec hominis secus si capiantur et serventur [...].<sup>536</sup>

Il paragone non è solo con tortura, ma con la guerra: anche chi soccombe «in bello» non muore «servi poenae». Il «circuito analogico duello/processo/guerra»<sup>537</sup> fu, accanto all'assioma che negava ogni possibilità di accordo privato tra i contendenti, uno dei principi cardine dell'istituto a partire dalla fine del Medioevo. Ma l'assimilazione con la tortura?

<sup>534</sup> *Ivi*, n. 17.

<sup>535</sup> *Ivi*, rub. *de pace iuramento firmanda*, § *iniura*, n. 15.

<sup>536</sup> *Ivi*, n. 18.

<sup>537</sup> Nella selva di definizioni e di ambivalenze sui requisiti di ammissibilità, vi sono alcune basi granitiche sulle quali poggerà tutta la letteratura duellistica dal '300 in poi. Innanzi tutto, l'unico duello lecito è quello giudiziario concesso dall'autorità; secondo poi, tra duello e processo vi è unità di genere e diversità di specie: il duello infatti è uguale al processo, ovvero allo scontro tra attore e reo; inoltre, contrariamente alle precedenti affermazioni del diritto canonico, il duello comincia a essere considerato come istituto prescritto dal diritto naturale e dunque valido al di sopra del legislatore. Sarà questo lo sfondo concettuale del testo considerato da Cavina «la più importante opera di transito dal duello ordalico a quello d'onore»: il *Tractatus de bello* del canonista milanese Giovanni da Legnano. Per Legnano il duello è soprattutto uno scontro deliberato («duellum est pugna corporalis deliberata hinc inde duorum, ad purgationem, gloriam, velo dii exaggerationem»), e non un atto di autodifesa, come avevano proposto in passato i canonisti. Anche quelli *ad purgationem* e *ad gloriam* (il torneo), per quanto detestabili, sono ammessi, a condizione che il duello *ad gloriam* non comporti omicidi e quello *ad purgationem* rispetti le limitazioni previste dalle legislazioni locali. Il duello *ad odii exaggerationem*, che nasce da un'offesa o dalla convinzione di aver subito un torto, è per Giovanni da Legnano il più abominevole, perché non comporta una ricerca etica della verità, mentre gli altri due sono «minus distant a naturali aequitate». Cfr. MARCO CAVINA, *Il sangue dell'onore*, cit., pp. 49-52.



4.4 Tentativi di giuridicizzazione: il difficile equilibrio tra purgazione dell'infamia, dimostrazione della verità e soddisfazione dell'offesa nel duello giudiziario per punto d'onore

In linea generale, l'assimilazione con la tortura si iscrive nel tentativo di integrazione e omogeneizzazione del duello con i principi dello *ius commune*; e tra i problemi di principio vi era, appunto, quello della sua matrice ordalico-germanica.

Quando ormai il divieto canonistico di ricorrere alle *purgationes vulgares* era pienamente condiviso anche dal diritto secolare, i giuristi continuavano a ribadire la funzione *ad probationem veritatis* del duello, ammettendone quindi, più o meno implicitamente, una connotazione ordalica. Equipararlo alla tortura significava affermare che la sua valenza probatoria era improntata a quella dimostrativa della tortura, più che a quella ostensoria dell'ordalia. La tortura stessa, d'altronde, aveva attraversato vicissitudini dottrinali simili quando, agli inizi del Duecento, la sua piena legittimazione era passata attraverso la sua assimilazione al giuramento d'innocenza, col che il suo valore purgatorio, tarato su quello della *purgatio canonica*, era stato sia messo in regola che fatto salvo.

Si tratta di percorsi analogici sperimentati, il cui fine è sempre l'alienazione della matrice volgare. Tuttavia la tortura non era «materia odiosa» come il duello; a differenza del duello, non era avvertita come un corpo estraneo al diritto colto e anzi ne costituiva uno dei fondamenti. Sebbene la monomachia rientrasse nel novero delle *purgationes vulgares*, i giuristi non riuscivano a delegittimarla per via del suo radicamento nella prassi; tentarono quindi di giuridicizzarla, cioè di risolvere ogni singolo problema sollevato dalla prassi armonizzandolo con le regole del diritto colto. Ma la giuridicizzazione presentava alcuni problemi di non facile soluzione. Infatti, se la valenza probatoria della *pugna* aveva una declinazione palesemente illegale sancita dal diritto canonico, cioè quella di *purgatio vulgaris*, essa ne comportava anche una legale, quindi indispensabile, espressa dalla formula «*ad probationem veritatis vel criminis purgationem*». I due effetti – l'uno indesiderato, l'altro necessario – erano criticamente interconnessi nell'istanza purgatoria. Ciò significava che la valenza di *purgatio* non doveva essere eliminata, il che sarebbe stato come gettare l'acqua sporca col bambino, ma circostanziata.

Ora, la lunga evoluzione giuridica del termine *purgatio* aveva addensato nell'azione purgatoria molteplici e complessi significati<sup>538</sup> che il linguaggio altomedievale aveva arricchito di una precisa valenza soddisfattoria, attinente alla dimensione squisitamente sociale del reato. In senso soddisfattorio era l'accusa, più che l'oggetto dell'accusa, a essere purgata,

---

<sup>538</sup> Cfr. *supra*, cap. II, § 6.

determinando come effetto il ripristino dell'onore pubblico del diffamato. Quindi un appartenente alla classe dei *militēs* o dei *nobiles*, infamato da un suo inferiore o parigrado, avrebbe potuto chiedere soddisfazione al diffamatore e ripristinare pubblicamente il proprio *status*. La valenza purgatoria del duello non era perciò abrogata, ma utilmente conservata nella sua accezione soddisfattoria, depotenziata delle sue connotazioni più fenomenicamente dubbie, ostensorie e, quindi, ordaliche.

Il *De re militari* di Paride del Pozzo rappresenta forse il più importante punto di svolta in questa evoluzione. Il Puteo, com'era chiamato, vi lavorò mentre era alla corte napoletana, «pregna d'umori cavallereschi»<sup>539</sup>, di Alfonso il Magnanimo, di cui fu consigliere. Lo diede alle stampe nel 1472, e tra il 1475 e il 1478 ne curò una versione nel «volgare materno», come scrisse nella prefazione, dovendo tutelare un bene, l'onore, tipico di un ceto per lo più ignorante in latino. «Rimarrebbe deluso chi si aspettasse dal Puteo un quadro dottrinale completamente rivoluzionario nelle fondamenta»<sup>540</sup>, avverte Cavina. Nel suo linguaggio conta l'inflessione, più che l'affermazione. E tuttavia il *De re militari* avrebbe aperto una nuova fase della letteratura duellare, avviandola al decisivo distacco dalla *pugna* ordalica e a una più rigida definizione dei suoi limiti nella forma del duello d'onore. Quest'ultimo non si era affatto liberato dalle sue fattezze di giudizio divino, perché il Puteo si preoccupava di stabilire in che misura fosse possibile affermare che Dio vi intervenisse in favore del giusto. È vero, egli dice, che ogni vittoria viene da Dio e «sempre Dio aiuta la verità», e per questo la consuetudine e alcune leggi vogliono che in battaglia si esprima il giudizio divino; ma è anche vero che non sempre una vittoria in duello significa la ragione del vincitore, «perché è incerto, e occulto lo divino iudicio», e talvolta una sconfitta in battaglia può essere dovuta a peccati pregressi, cioè «longo tempo commessi dalo perditore; e per questo dalo Decretale notamo uno proverbio antiquo; peccato vecchio causa penitentia nova ale personale battaglie»<sup>541</sup>. Su un punto insiste

---

<sup>539</sup> MARCO CAVINA, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 53.

<sup>540</sup> *Ibid.*

<sup>541</sup> «Quando la battaglia in iudicio militare se causa per conservatione delo honore de nobili, o cavalieri; se debbe fare e difinire per iudicio de arme da persona a persona, dove molte volte intervenne divino iudicio trovato per humana, et antiqua consuetudine de cavallaria; et per la lege lombarda se trova che se debbe fermamente credere Dio essere adiutore in tal battaglia dela iustitia; e benché non sempre per la maggior parte dele volte sene vede la esperientia, che sempre Dio aiuta la verità; et non per essere sempre mai la ragione vincitrice perché è incerto, e occulto lo divino iudicio; per quella ragione non se debba aspramente punire el perditore che sarà vinto, e superato in tale battaglia e la pena che per la perdita meritasse, si debbe per tale cagione mitigare, come de continuo se vede, che molti combatteno con iustitia, però de loro impresa in battaglia remaneno perditori; quantunche combatteno sotto lo ausilio de ustitia, e lo scuto dela ragione per la defensione adoperano; perché se ha da sapere che tale perdita per altro che per infortunio non potria intravenire causato per peccati longo tempo commessi dalo perditore; e per questo dalo Decretale notamo uno proverbio antiquo; peccato vecchio causa penitentia nova ale personale battaglie. [...] non è da maravigliar se molte volte si lo iusto cade in battaglia; perché si come de sopra è ditto gli indicii divini sono molto occulti nele battaglie; quantunche commune opinione è, che quello il quale havera iustitia vere similmente debbe essere vincitore; et per causa de

moltissimo: che «non se debe esse provocatore, ma più presto da altri essere provocato»<sup>542</sup>, perché la sorte della battaglia è incerta, e Dio interviene più volentieri dalla parte dello sfidato, il quale «contra sua volontà» è costretto a combattere in difesa del proprio onore.<sup>543</sup>

I casi in cui è lecito duellare si contano sul palmo di una mano: crimine di lesa maestà e omicidi furtivi<sup>544</sup>, come prescritto dal *Liber Augustalis*. E tuttavia, accuse gravissime e non dimostrabili per altra via devono necessariamente essere lavate con la *pugna*. Quindi, se un uomo è «d'infamia grandissima ricercato, qual non potesse purgare se non per forza d'arme», allora «per ragione de cavallaria deveria la battaglia concedere». Una battaglia che si combatte «per purgatione de l'infamia, et satisfattione de l'honore de l'offiso»<sup>545</sup>.

Se la funzione purgatoria specializza le competenze del duello in chiave soddisfattoria, l'assimilazione con la tortura<sup>546</sup>, che Paride riprende da Baldo e da Andrea d'Isernia<sup>547</sup>, recupera formalmente quella tra tortura e giuramento: anche tra tortura e duello si assume che vi sia intercambiabilità: «ubi deficiunt probationes accusatori, [...] succedit tunc pugna loco torturae»<sup>548</sup>.

la incertezze de la battaglia, vole la lege; che essendo uno accusato de homicidio, quale se disponesse provare per battaglia la sua innocentia contra il suo accusator, anchora che quello sia superato; non merita però essere decapitato per tale homicidio; ma se gli debbe tagliare la mano, mitigando la pena ordinaria per lo esperimento, che alcune volte se vede che perde chi ha la ragione [...]. PARIDE DEL POZZO, *Duello libro de re, imperatori, precipi, signori, gentil'huomini, & de tutti armigeri, continente disfide, concordie, pace, casi accadenti, & iudicii con ragione, essempli, et autoritate de poeti, historiographi, philosophi, legisti, canonisti, & ecclesiastici*, Venezia 1544, lib. I, cap. X.

<sup>542</sup> *Ivi*, cap. XII.

<sup>543</sup> «[...] lo imperatore provocatamente, et non volontario alla battaglia se debbe condurre cercando sempre cose iuste, et quando se le vedesse denegare, non potendo comportare la nequizia, se debbe inanti a Dio et alli huomin protestare, e honestamente primo che alla battaglia se conduca, dicendo a quella contra sua volonta esse reconducto non per alcuno detrimento, ma solo per sua iustitia defensore». *Ivi*, cap. VIII.

<sup>544</sup> «Quando sarà causa iusta de fare battaglia. Dice la lege longobarda per crimine de offesa maiestà venire a battaglia, et per tradimento dela patria, et la lege civile lo afferma, et Federico Imperatore per homicidio nascosto concede battaglia, et quello per homicidio fatto in tregua; et quando la donna dela morte secreta del marito fosse occasione, et il marito cornuto, et dela morte del padre per la heredità, et in caso de stupro, et de infamia dare a donna honesta contra lo suo honore, et in beni negati per altri, et più chi con giuramento negasse il furto; più chi tenesse possessione contra iustitia per meno spatio de trenta anni; et si testimoni sono contrarii possono luno contra l'altro combattere non con arme militare; ma con bastoni; quando gli testimoni delo autore fosseno più officaci non havera loco la battaglia, et per incendio se fa battaglia contra il malfattore; et non contra de chi consiglia». PARIDE DEL POZZO, *Duello*, cit., lib. VI, cap. II.

<sup>545</sup> Corsivo dell'autore. *Ivi*, lib. II, cap. XI.

<sup>546</sup> I motivi che spingono un uomo a sfidarne un altro devono essere gravi e legittimi, e ciò sempre in presenza di indizi consistenti, «quia pugna equiparant torture que non debet fieri nullis indiciis precedentibus». PARIDE DEL POZZO, *Tractatus elegans et copiosus de re militari, undecim libris distinctus, in quibus singularis certaminis materia luculenter descripta, ac tradita est*, cap. *Quod provocans ante omni tenent probare, et ostendere aliqua indicia, et presumptiones quas habet contra provocatum*, n.1, in *Tractatus Universi Iuris*, cit., tomo XVI.

<sup>547</sup> Andrea d'Isernia aveva negato la valenza ordalica del duello sostenendo che si trattasse non di un *divinum iudicium*, ma di un *humanum iudicium*. Cfr. ANDREA D'ISERNIA, *In usus feudorum commentaria*, Wecheli, Lione 1598, ad *De pace tenenda*.

<sup>548</sup> PARIDE DEL POZZO, *Tractatus de re militari*, cit., cap. *An si provocator non obtinet in praelio, possit provocatus petere ut puniatur similitudine supplicii*, n. 3.

Il duello contrae con la tortura lo stesso debito che la tortura ha precedentemente contratto con il giuramento. Il vincolo, tuttavia, qui è rafforzato da analogie che trascendono il piano probatorio. Entrambe sono prove violente, entrambe prevedono una verità che si produce con il corpo. Il vinto è chiamato «confesso» perché la sua sconfitta equivale legalmente a una *confessio contraria*; dal duello deriva un verdetto che si definisce «per pugnae torturam»<sup>549</sup>, come dire: «per tortura di duello», poiché nella disdetta, nella morte, nella fuga o nella contumacia il reo confessa il proprio torto. E questa regola, e le sue formule verbali, tali resteranno anche quando la monomachia si sarà definitivamente affermata come scontro cavalleresco<sup>550</sup>.

Ma nel parallelo con la tortura si assume anche il fatto che nel duello ciò che si ricerca è la verità, mai il vendicarsi di un'onta. Ovvero «per potentia d'arme la verità demonstrare»:

Non se debe procedere per sola informatione del richieditore e ne l'accusa, imperoché in tal battaglia se demonstra essercene specie de tortura iudiciale, et nanti che se possa procedere per lo indicie a dare la tortura a alcuno malfattore pigliato, et posto in presone, per lui se de debbe primamente pigliare informatione de la vita de tal delinquente, et dopo intendere, et vedere il delitto del quale è accusato, et diligentemente vedere intendere, et esaminare la tal causa, et trovandose li indicii contra de esso tale che se possa venire a tortura se dona la tortura. Così adunque se debbono manifesti indicii contra lo infamato per lo infamatore demonstrare in modo che non apparendo innocentia, ne manifesto delitto del provocato si debbia per potentia d'arme la verità demonstrare. Attale che l'uno, o l'altro resti confesso, o desdito...<sup>551</sup>

Il Puteo riprende Baldo, ma con un capovolgimento che, per quanto sottile, è ricco di conseguenze. Il Perugino aveva presentato il duello d'onore come un falso duello (perché aveva troppo a che fare con la vendetta privata, assomigliava più a una *rixa* o un *impetus armorum*), e ciò proprio in contrapposizione al duello ordalico, il cui fine era l'accertamento della verità; il parallelo con la tortura era quindi servito a rafforzare questo concetto, circoscrivendo le funzioni del duello in chiave probatoria. Paride del Pozzo, invece, usa il parallelo con la tortura non per invalidare il duello d'onore, come fa Baldo, ma per suffragarlo. Il modello che ne consegue è una prova che si combatte per lesione d'onore, ma esclusivamente per accertamento di verità. Un'altra intuizione nella giuridicizzazione del duello. Infatti, se le classi aristocratiche e militari non potevano non vivere l'istituto come un mezzo di difesa e di affermazione del proprio onore, i giuristi non potevano non cogliere in

<sup>549</sup> *Ibid.*

<sup>550</sup> Cfr. LANCELOTTO CORRADI, *Commentaria de duello et pace*, Milano 1553, Pars. II, Conclusio 49, n. 1.

<sup>551</sup> PARIDE DEL POZZO, *Duello*, cit., lib. II, cap. V.

questa pretesa un ennesimo problema di legalità: l'idea di uno scontro che segue un'offesa è difficilmente separabile da un codice di vendetta e riagita lo spettro dell'*incolpata tutela* come ricorso alla violenza privata in difesa del diritto naturale. Questi principi latenti potevano tuttavia essere decostruiti, o, per così dire, stornati, dalla proposta di un diverso modello di riferimento, colto, pubblico, legale, che fu offerto ancora una volta dalla polivalente risorsa purgatoria<sup>552</sup>. Quest'ultima, declinata in chiave soddisfattoria, veniva giuridicamente normalizzata nel parallelo con la tortura. E qui la complementarità tra ordalia e tortura è addirittura fondante, perché è la massima secondo cui Dio sosterrà la ragione del giusto a propiziare la definizione di successive e più complesse analogie formali. Tale massima è inestirpabile dalla logica dei vari mezzi di prova che si susseguono nel Medioevo - ordalia, duello, giuramento e tortura - ed è a partire da questa che essi tendono poi a legittimarsi o a esautorarsi a vicenda.

Dopo il *De re militari*, il duello comincia a proporsi come istituto processuale lecito, convalidato dalla consuetudine, liberato dai più brutali significati ordalici e ridefinito dai giuristi nell'aulica forma del duello giudiziario d'onore. Sebbene non mancassero opinioni avverse, sempre più irrigidite su posizioni rigoriste, a partire dal XV secolo si dava ormai per assodato che l'istituto del duello fosse una via giudiziaria *ad hoc* per i «gentiluomini» a tutela della loro identità. I duellisti si limitano a enfatizzarne i confini e a presentarlo come *alter ego* della normale procedura, avendo come costante punto di riferimento le opinioni che del Pozzo ha rielaborato dall'autorevole voce di Baldo. La tortura come virtuale punto d'incontro tra la guerra e il tribunale sarà uno dei punti fermi della trattatistica cinquecentesca. Per fare alcuni degli esempi più illustri: Matteo degli Afflitti, anch'egli attivo a Napoli e contemporaneo del Puteo, esperto di diritto civile regio e feudale, trattò diffusamente del duello nel suo commentario ai *Libri feudorum*, opera in parte ispirata dall'analogo lavoro di Andrea d'Isernia, e nel riportare il parallelo tra duello e tortura ricorda proprio la sua amicizia col Puteo, pur

---

<sup>552</sup> Riporto a tal proposito alcune significative riflessioni di Lea sulla commistione tra codice della vendetta e codice della legge nel duello e di come ciò abbia suscitato la viva perlessità dei giuristi trovando, in fine, una forma di composizione: «Quando i *Raffine* dei tempi di Enrico IV, ed i moderni mangiatori di fuoco, lavavano una macchia immaginaria nel sangue del loro competitore, il duello che in tal modo si combatteva, quantunque si trovi in abbastanza stretta analogia col duello giudiziario, pure non si può dire che derivi dallo stesso; esso deriva esclusivamente dal diritto di privata vendetta, che era allora comune a tutte le tribù barbare, nonché dal diritto affine della guerra privata, che fu il privilegio esclusivo dei nobili durante il periodo feudale. La formula tradizionale colla quale si 'chiede soddisfazione di gentiluomo', sta a designare, tanto l'oggetto dell'abitudine, quanto la sua origine. L'abolizione della guerra privata veniva a dare nuova ansa al duello, pressappoco in quel periodo di tempo in cui il duello giudiziario veniva lentamente cadendo fuori di consuetudine. In tal modo l'uno succedeva all'altro e, essendo affini nella forma, non c'è da meravigliarsi che, per un certo lasso di tempo, gli spiriti si trovassero parecchio perplessi quando si trattasse di stabilire quali fossero le caratteristiche particolari dell'uno e dell'altro. Eppure non riesce difficile il segnare una linea di demarcazione tra l'uno e l'altro. Oggetto dell'uno era la vendetta e la riparazione; la teoria che persisteva all'altro era la scoperta della verità e l'imparziale amministrazione della giustizia», HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, pp. 88-9.

contestandogli la tesi sull'ammissibilità del monomachia<sup>553</sup>. Al di fuori della corte aragonese la linea di Baldo e di del Pozzo è ripresa da giuristi più o meno esperti in materia: si trova nel tratto sul duello di Andrea Alciato<sup>554</sup>, dottissimo ispiratore del *mos gallicus*, esponente di quella categoria di eruditi della legge che si dedicarono alla duellistica mossi dalla convinzione che quella materia impervia andasse ulteriormente perfezionata in termini di legalità; e si trova in Girolamo Giganti, canonico di Fossombrone attivo nella curia papale fra il 1464 e il 1473, stimato inquisitore generale ed esattore della Camera apostolica, che nella seconda metà del XV secolo ricordava nel suo trattato dedicato al crimine di lesa maestà che il suddetto crimine, e solo il suddetto crimine, in mancanza di altre prove poteva essere provato per duello, «quod duellum in hoc casu torturae aequiparatur, quae indiciis non praecedentibus inferri non dabet»<sup>555</sup>. Ma le suggestioni più originali, benché poco «giuridiche», si trovano probabilmente nel trattato di Girolamo Muzio. Nato quattro anni dopo l'Alciato (a Padova, nel 1496), ne rappresenta in qualche modo l'opposto: uomo d'arme, costretto dall'indigenza a una gioventù errabonda da cortigiano, si fa ben presto la fama di esperto di consuetudini nobiliar-militari, il che gli vale la chiamata a Milano di Alfonso d'Avalos, marchese del Vasto, al quale Muzio indirizzerà alcune delle risposte de *Il Duello*, stampato nel 1550 in volgare italiano e presto tradotto in francese e spagnolo.

L'attenzione del Giustinopolitano, com'era chiamato dal villaggio d'origine del padre, è tutta focalizzata sull'aspetto sostanziale dell'onore, piuttosto che su quello procedurale del giudizio. Dal suo trattato emerge con chiarezza il nodo irrisolto, la scissione interna del duello, tra ripudio della vendetta e distacco dalla divinazione; giacché, per non essere vendetta, il duello deve essere almeno un poco ordalia.

La consapevolezza di questo precario equilibrio affiora in una delle risposte al marchese del Vasto, dove Muzio afferma amaramente che «le più delle battaglie, che si veggono ne li steccati, sono non per inquisitione di verità, ma per vendetta», e che ciò è «fuori d'ogni ragione», perché:

---

<sup>553</sup> MATTEO DEGLI AFFLITTI, *Commentaria in feudorum usus et consuetudine absolutissima*, Wechelianiis, Francoforte 1629, lib. III, rub. *De pace tenenda et eius violatoribus*, nn.18-22.

<sup>554</sup> Nel ricordare il parallelo con la tortura, egli definisce il duello come «sperimento de la inocenza, e de la verità». ANDREA ALCIATO, *Duello de lo eccellentissimo M. Andrea Alciato. Fatto di lattino italiano à commune utilità. Tre consigli appresso della materia medesima, uno del detto Alciato, gl'altri de lo eccellentissimo M. Mariano Socino. Con due tavole, luna dei capi del Duello de l'Alciato, l'altra di tutte le materie del Duello, e de' consigli*, Cominum de Tridino, Venezia 1562, p. 54.

<sup>555</sup> GIROLAMO GIGANTI, *Tractatus de crimine laesae maiestatis*, B. Albinum, Spira 1598, lib. II, rub. *Quomodo et per quos crimen laesae maiestatis probatori*, q. 18, n.1. E al n. 9: «Sed quid erit, si imputatus de crimine laesae maiestatis remansit victus in duello, an ex eo habeatur pro confesso? Dicas, quod regulariter victus in duello non habetur ac si per omnia esset confessus delictum: nam dicitur praesumptione confessus, ideo ex tali praesumptione non posset ad mortem condemnari, sicuti posset is qui vere esset confessus».

Giusta cosa è, che nelle cose, delle quali humano giudicio non ne può venire in cognitione, per via di arme se ne cerchi il giudicio di Dio, il quale è vera Giustizia; e infallibile giudicio. Ma non si convien già, che per la medesima via si apra la porta alle vendette, avendo massimamente esso Dio onnipotente riserbato a se cotale officio. Che aprendosi gli steccati a chi cerca di vendicarsi, si viene a torre a Dio quello che è suo.<sup>556</sup>

Muzio ammette che il ricorso al giudizio divino è inevitabile nei casi in cui il giudizio umano è insufficiente; casi gravi, nei quali, se non si consentisse il duello, si rischierebbe di aprire la porta alle vendette. E per rafforzare l'idea del duello d'onore come procedura legale alternativa, afferma che «gli abbattenti non sono altro che giudicij criminali fatti per via cavalleresca»<sup>557</sup>, e ciò illustra con un'agile teorema di analogie:

Che l'attore è l'accusatore; i cartelli delle disfide sono le accuse; le patenti de' campi i bandi, per li quali altri è chiamato a comparire: il S. del campo è il giudice; lo steccato tribunale; et le armi sono la tortura. Et per quella via, che nella tortura civile si regolano i giudicij, per la medesima nella cavalleresca gli abbattimenti si hanno da regolare, ove stilo di arme non ci sia contrario, o diverso.<sup>558</sup>

Foucault ha detto più o meno la stessa cosa<sup>559</sup>. Solo che, a rigor di analogia, per lui il giudice è rappresentato dallo sfidante, piuttosto che dal Signore del campo. Un'identificazione che all'epoca di Muzio sarebbe stata a dir poco incongrua, visto che il paragone tra duello e tortura non aveva lo scopo di ordalizzare la tortura, ma, semmai, quello di devolgarizzare il duello. E tuttavia, l'affermare «che il mettere due uomini in uno steccato non è altro [...] che il mettergli alla tortura per trarne la verità»<sup>560</sup>, e dire che in questa «inquisitione di verità»

<sup>556</sup> GIROLAMO MUZIO, *Il duello del Mutio Iustinopolitano. Con le risposte Cavalleresche. Nuovamente dall'Autore riveduto, con la giunta delle postille in margine, e una tavola di tutte le cose notabili*, Domenico Farri, Venezia, 1576, lib. I (delle risposte), Risposta II *Al signor Marchese del Vasto*.

<sup>557</sup> *Ivi*, lib. II, risposta IX, *I duelli sono giudicij*.

<sup>558</sup> *Ibid.*

<sup>559</sup> «La *quaestio* è un gioco giudiziario rigoroso. E, a questo titolo, al di là delle tecniche dell'Inquisizione, si riallaccia alle antiche prove che avevano luogo nelle procedure accusatorie [...]. Tra il giudice che ordina la *questio* e il sospettato che è torturato si svolge ancora quasi una sorta di combattimento cavalleresco; il 'paziente' – è il termine con cui si designa il suppliziato – è sottomesso ad una serie di prove, graduate in severità, e nelle quali egli vince 'tenendo' e perde confessando. Ma il giudice non impone la *quaestio* senza correre, da parte sua, dei rischi (e non è solo il pericolo di vedermore il sospettato); egli pure mette nella partita una posta, gli elementi di prova che ha già riuniti; poiché la regola vuole che se l'accusato 'tiene' e non confessa, il magistrato sia costretto ad abbandonare l'accusa. Il suppliziato ha vinto. [...] Sotto l'apparente ricerca accanita di una verità non maturata poco a poco, ritroviamo nella tortura classica il meccanismo ben regolato di una competizione: una sfida fisica che deve decidere della verità; se il paziente è colpevole, le sofferenze che essa impone sono ingiuste; ma essa è anche segno di discolpa se è innocente. Affrontamento, sofferenza e verità sono, nella pratica della tortura, legate tra loro: lavorano in comune il corpo del paziente. La ricerca della verità per mezzo della *quaestio* è pur sempre un modo di far apparire un indizio, il più grave di tutti – la confessione del colpevole; ma è anche battaglia, ed è la vittoria di un avversario sull'altro che 'produce' ritualmente verità. Nella tortura, per far confessare, c'è inchiesta, ma anche duello». MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 45.

<sup>560</sup> *Ivi*, lib. II, cap. VII, *Della forma delle patenti de' campi*.

condotta sul campo di battaglia «si ha da cercar la sentenza di Dio»<sup>561</sup>, significa assimilare senza mezzi termini l'inquisizione *per tormenta* agli *iudicia Dei*. Ma Muzio era un letterato e un esperto di costume, non un giurista; non stava a lui, né rientrava nei suoi interessi, risolvere un problema che nessuno, fino all'evoluzione del duello prima come reato clandestino e poi come costume depenalizzato in quanto desueto<sup>562</sup>, avrebbe saputo risolvere<sup>563</sup>.

---

<sup>561</sup> *Ivi*, lib. I, risposta II, *Al Signor Marchese del Vasto*, dove Muzio affronta il grave caso di quei provocatori che tentano con vari sotterfugi di passare per provocati al fine di guadagnarsi i privilegi connessi alla condizione del convenuto, e così facendo confondono i piani tra inquisizione di verità e vendetta, e tolgono «il suo ufficio a Dio»: «che senza inditij sufficienti, alcuno non possa essere a battaglia ricercato. Et ciò dico io con evidentissima ragione; che se a tribunali ordinarij dove la pruova più certa, e più sicura, alcuno non si può mettere alla tortura senza inditij, men si debbono poter chiamar gli huomini senza legittimo fondamento a questa pruova incerta, et fallace. Non ho da passar con silenzio, un altro disordine al quale conveniente cosa è, che vi sia fatta provisione. Molte volte incontrano de' casi simili a questo, che hora dirò. Io dico a Tito, che egli è traditore. Egli mi risponde, ch'io mento. Fin qua contestata è la querela. Io, che ho dato nome di traditore a colui, ho da provare, che egli il sia, et se esso ha da difendere il contrario, et lo abbattimento nostro ha da essere se egli è traditore, o no. Io vo appresso, e a colui una bastonata. Et introdotta è questa usanza, che io pretendo di essermi discaricato, et di havere incaricato colui: et colui ha da richiedermi me: et io ho da difendere. Et la querela ha da essere se io ho fatto male, o no, a dargli quella tale bastonata. Questo costume ancora, che sia usitatissimo, a me parere così dishonesto, come altra cosa, ch'io vegga dishonesta, nella materia de' Duelli. Che primieramente con questo mezzo altri si assicura di dare altrui delle imputazioni, che forse non le darebbe, se non pensasse di potere con vie torte fuggirne la pruova. Poi havendo io a colui dato nome di traditore, co' l' percopterlo fuggo la querela maggiore, et fo che colui prende la minore: et fuggo quella che merita inquisitione, per una, che non la merita. Che non è necessario a cercar se io habbia fatto bene, o male, a ferirlo; ma si bene se egli habbia il tradimento commesso. Oltra questo essendo la prima querela d'inquisitione di verità, et l'altra di vendetta; si lascia quella della quale si ha da cercar la sentenza di Dio, per prender quella, della quale (come disopra ho detto) si toglie il suo ufficio a Dio. [...] Che quale per via civile dovesse esser l'attore, e il reo, tale havesse da essere nella prova dello steccato».

<sup>562</sup> Il Concilio di Trento dichiarò illegale il duello e annunciò la scomunica per re, principi e signori che a qualunque titolo lo avessero concesso; stabilì poi: scomunica e proscrizione dei beni per duellanti e padrini; negata sepoltura in terra consacrata agli uccisi in duello; scomunica anche per gli spettatori. Neppure questa proibizione così rigorosa valse a porre un freno alla pratica dei duelli, che si è clandestinamente protratta fino al Novecento, prima di essere depenalizzata per desuetudine.

<sup>563</sup> Ancora in pieno XVII secolo avrebbero imperversato le discussioni: se nel duello vi era giudizio divino, ricerca di verità, o solo di vendetta. E la tortura è sempre citata per suffragare o smontare l'una o l'altra tesi. Nel 1618 l'avvocato Auguste Viescher pretendeva di far rivivere in pompa magna il duello giudiziario, lo paragonava alla tortura citando l'Alciato [AUGUST VISCHER, *Tractatus duo iuris duellici universi*, Johannis Beithmanni, Jena 1617, p. 319] e dichiarava la propria convinzione nell'effettività dell'intervento divino [*Ivi*, p. 109], e ciò in ben settecento pagine di minuziose spiegazioni sui principi e le regole dell'istituto, nelle quali egli cita non meno di sei o settecento autori. Ephraim Gerhard, nella *Tractatio iuridica de iudicio duellico*, lo accuserà di aver copiato materialmente dalla *Diputatio de duello* di Michael Beuthers (Strasburgo, 1609) e di aver inserito nel suo libro un cumulo di false citazioni [Cfr. HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 97]. Il gesuita Jacques Chanevelle, professore di retorica e filosofia, nato ad Avranches nel 1620, usava invece il paragone con la tortura per smontare la tesi del divino intervento, perché nella tortura il reo era libero di confessare o meno il proprio reato, a seconda della sua innocenza o colpevolezza, mentre questa possibilità era assente dal duello, che non era improntato alla verità, ma alla divinazione: «Tortura potest esse idoneum criminis detegendi, aut innocentiae experimentum: ergo, et duellum rei dubiae veritatis cognoscendae, cum duellum torturae quaedam species sit. Respondeo: nego consequentiam, quia digladiatio illa ex se non est accommodata ad veritatem exprimendam, sed potius divinatio quaedam, et sors tum rationi tum legibus repugnans; secus autem tortura, cum ideonea rei suppetunt indicia. Deinde etiam tum quis torquetur, liberum est fateri crimen, si quod sit, vel non fateri, et quamvis innocens tormentis coactus, criminis se reum dicit, quod non ammisit, nisi exactis tormentis, a se patratum crimen confirmet, damnari non potest, nec debet». JACQUES CHANEVELLE, *Ethicae seu Philosophiae Moralis Continvatio*, Martinus, Parigi 1666, vol. II, § 2. *varias species fortitudinis*, assertio IV.



#### 4.5 La componente ordalica come spazio della giustizia negoziata

Duello e tortura si presentano come emblemi di due concezioni di giustizia apparentemente inconciliabili: l'una si potrebbe chiamare, prendendo in prestito una celebre definizione di Mario Sbriccoli, «negoziata»<sup>564</sup>, finalizzata cioè alla soddisfazione, rispettosa della libertà e dell'affermazione individuali, indirizzata alla salvaguardia degli equilibri comunitari; l'altra «egemonica»<sup>565</sup>, burocraticizzata, *super partes*, asservita a un'ideologia politica totalitaria, decisa a non scendere a patti con le pretese di cerchie ristrette, sprezzanti della massima *Rei publicae interest ne crimina remaneant impunita*. Ma il fatto che la monomachia abbia potuto sopravvivere così a lungo all'interno di un sistema così dichiaratamente alieno ai privilegi non sembra semplicemente ascrivibile alla sua assimilazione con la tortura<sup>566</sup>, che attiene, semmai, alla soluzione delle sue contraddizioni formali. Sopravvive, piuttosto, come riserva protetta del diritto distributivo e risarcitorio, *a causa* della tortura, o meglio, *contro* la tortura, contro una giustizia disposta a fare di tuttata l'erba un fascio senza riguardi per *ius sanguinis* o *militare*, e contro il sistema inquisitorio, alle cui regole si adatta per necessità, ma in modo forzato e disarmonico.

L'idea che il duello non abbia avuto origine dall'ordalia, ma dalla guerra, ovvero che il suo principio ispiratore non debba essere ricercato in un'istanza giudiziaria, quanto in un codice dell'onore regolato dall'etica di *status*, manifestazione di un ordine fatto di migliori e peggiori, è oramai largamente condivisa dagli storici<sup>567</sup>. Lo scontro degli eroi omerici sotto le mura di Troia è sospensione della guerra attraverso la guerra, o guerra in miniatura, che si combatte al di fuori di ogni impostazione giuridica. Ciò vale come base di partenza per comprendere meglio la difficile integrazione del duello in un sistema sempre più lontano dall'individuo e sempre più ostile a qualunque forma o residuo di *pacta privatorum*.

Nel suo percorso all'interno dell'evoluzione del diritto la monomachia diventa giudizio ordalico per poi riapprocciare con discrezione le proprie origini, evolvendosi nel

---

<sup>564</sup> Sbriccoli si riferisce con questo termine alla giustizia comunitaria dei secoli XI-XIII. Quando si tratta di crimini di un certo rilievo, la vendetta si presenta ancora come diritto dell'entourage della vittima. Non si tratta di «una riprovevole pretesa privata, e nemmeno di un eccesso tollerato, ma piuttosto di un modo riconosciuto per ristabilire equilibri violati, per conseguire un risarcimento e ottenere soddisfazione. Un mezzo ordinario di giustizia, dunque, che ha risalenti origini germaniche, si è radicato nelle mentalità e nel costume e riposa sulla convinzione che i crimini che colpiscono le persone – nella vita, nell'incolumità, nei beni, nell'onore – sono affare privato, da sbrigare tra gli interessati, coinvolgendo famiglie e amici, se necessario, ma non i poteri pubblici. O, almeno, non necessariamente». MARIO SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 4.

<sup>565</sup> *Ivi*, p. 7 ss.

<sup>566</sup> Cfr. ad esempio MARCO BELLABARBA, *La giustizia ai confini. Il principato vescovile di Trento agli inizi dell'età moderna*, Il Mulino, Bologna 1996, p. 54: «Alla somiglianza con la tortura il duello dovette la sua tarda sopravvivenza: per il fatto che il duello era paragonato all'azione giudiziaria».

<sup>567</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 2.3.

compromesso del *bellum iustum*; ma la sua piena giudiziarietà rimarrà per sempre un'illusione dei giuristi. Così ragionava Voltaire nel *Dictionnaire philosophique*: «Si è definito il duello come un giudizio di Dio, un'ordalia; altrettanto si dovrebbe dire della tortura»<sup>568</sup>. Ecco un nodo gordiano. Se il duello è un'ordalia, allora lo è pure la tortura. Tuttavia il duello non è, propriamente, un'ordalia, così come non lo è la tortura. Perciò il duello è un'ordalia nella misura in cui lo è anche la tortura, e il duello *non* è un'ordalia nella misura in cui non lo è la tortura. Nell'uno la componente ordalica si sovrappone ai trascorsi delle faide e delle vendette private e, ancora più lontano, alle pratiche estreme degli antichi detentori della forza e dell'onore; l'altra congiunge le sue origini di istituto del diritto romano riservato agli schiavi al destino di procedure inquisitorie emerse dal declino del sistema ordalico e accusatorio. Così, quando Fiorelli avverte che la logica giudiziaria della tortura è senza dubbio diversa da quella dei giudizi di Dio<sup>569</sup>, così come quando Scovazzi afferma lo stesso del duello<sup>570</sup>, si sta giustamente considerando l'essenza giuridica dei due istituti, la loro connotazione originaria, definendoli secondo una prospettiva causale-funzionale e sulla base del loro significato dominante, della loro *essenza* appunto, o principio costitutivo. E questo principio, senza dubbio, non ha nulla a che vedere con la divinazione, come invece è nel caso dell'ordalia. Da un certo punto di vista, la componente ordalica di duello e tortura si spiega con la loro permanenza in sistemi giuridici permeati, o non ancora liberati, dalla logica dei giudizi di Dio. Tuttavia, da un punto di vista che può essere definito di storia culturale<sup>571</sup>, duello e tortura si presentano nel diritto comune come portatori di un'etica *estranea* all'ideologia del diritto comune. Ed è esattamente questo il loro più interessante punto d'incontro, che passa per l'ordalia. Il fatto che entrambi presentino una connotazione ordalica pur non essendo, nella

---

<sup>568</sup> «...le duel était appelé le *jugement de Dieu*, et qu'il ne manque plus que d'appeler la torture le *jugement de Dieu*; que la torture est un supplice plus long et plus douloureux que la mort; qu'ainsi on punit l'accusé avant d'être certain de son crime, et qu'on le punit plus cruellement qu'en le faisant mourir». VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, voce *Question, Torture*.

<sup>569</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 235.

<sup>570</sup> MARCO SCOVAZZI, *Processo e procedura nel diritto germanico*, in «Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere», Classe di Lettere, vol. 92, 1958, p. 166.

<sup>571</sup> Per storia culturale alludo qui all'interpretazione dei segni e dei simboli offerti dalla decodificazione del passato, lavoro interpretativo che in filosofia prende il nome di ermeneutica e che nello studio della storia fa riferimento a un'indagine «logico-significativa» (da affiancare alla tradizionale ricerca «causale-funzionale»), così come essa si è espressa nell'opera di alcuni storici a partire dal XIX secolo, e in fine formalizzata, a partire dagli anni Ottanta del Novecento, nei caratteri metodologici della *New Cultural History*. Mi limito qui a citare alcuni classici della storia culturale come JACOB BURCKHARDT, *La civiltà del Rinascimento in Italia*, Sansoni Editore, Firenze 1953 (1860); JOHAN HUIZINGA, *Autunno del Medioevo*, Sansoni Editore, Firenze 1944 (1919); NORBERT ELIAS, *Il processo di civilizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1988 (1939); GEORGE L. MOSSE, *La nazionalizzazione delle masse. Simbolismo politico e movimenti di massa in Germania (1812-1933)*, Il Mulino, Bologna 1975; GEORGES DUBY, *Les trois ordres et l'imaginaire du féodalisme*, Gallimard, Parigi 1978; e alcuni classici della riflessione sul culturalismo: HUNT LYNN, *The New Cultural History. Studies on the History of Society and Culture*, University of California Press, Berkeley 1989; PETER BURKE, *What is Cultural History*, John Wiley & Sons, Cambridge 2004; ALESSANDRO ARCANGELI, *Che cos'è la storia culturale*, Carocci, Roma 2007.

propria essenza, dei giudizi di Dio, suggerisce che la ragion d'essere di quella componente ordalica non riguarda le prerogative divinatorie dell'ordalia. Ciò è suggerito anche dal fatto che, come hanno notato Lea e Langbein, a essere confuse con la tortura furono soltanto le ordalie cruenta, mentre quelle miti, come la prova dell'acqua fredda, ne rimasero sempre ben distinte,<sup>572</sup> a riprova del fatto che il più significativo punto di incontro tra i due istituti deve essere ricercato nel comune aspetto afflittivo.

Il fatto è che i giudizi di Dio, oltre a essere pratiche divinatorie, sono anche un distillato in chiave cruenta della giustizia negoziata, di un ordine che ammette la composizione extragiudiziale perché il suo vero fine è la *soddisfazione*, che riposa «sul *consenso*, prima e più che sulla *certezza*» e che si fonda «sull'*appartenenza* e sulla *protezione*» più che sul controllo<sup>573</sup>; i suoi protagonisti sono i soggetti coinvolti e non, come nella giustizia egemonica, il potere pubblico, che qui svolge solo il ruolo di garante degli equilibri comunitari. Eccellenti o poveri, tutti gli individui sono tutelati, tutti sono ammessi a negoziare: la loro contesa è il centro della negoziazione<sup>574</sup>. È dunque possibile che la componente ordalica di duello e tortura consista essenzialmente in una componente negoziale, quindi in una certa misura sovversiva, ostile alla giustizia egemonica, estranea ai suoi principi, aperta all'affermazione della libertà individuale e della verità extragiudiziale. Di questa verità, l'una è riservata alle persone di alta dignità, l'altra ai paria, agli infami e ai perduti; entrambe, tuttavia, riguardano i rapporti tra individuo e Stato; entrambe sono rivendicazione di libertà contro lo Stato e di una giustizia superiore allo Stato, che discende da Dio e dal diritto naturale.

Quando Sbriccoli afferma che la tortura giudiziaria è asservita all'ideologia autoritaria dello Stato moderno, parla, proprio come Fiorelli, della natura inquisitoria della tortura, cioè del suo principio costitutivo. Ma, da un punto di vista «logico-significativo», la tortura può essere considerata anche come l'esatto contrario: una forma di opposizione allo Stato, alla giustizia egemonica e all'ideologia intrusiva che essa rappresenta; un istituto, come osserverà il giurista spagnolo Antonio Gomez, che può operare «in praeiudicio reipublicae»<sup>575</sup>.

Torno qui alla questione della funzione etica della tortura discussa nel capitolo precedente a partire dall'analisi di modelli idealtipici, in virtù dei quali la *quaestio* rappresenterebbe la possibilità di accesso a una verità superiore al giudice, che non riguarda il fatto, ma l'uomo, e che non è vera, ma giusta. Tale possibilità riguarderebbe appunto la tutela del soggetto

<sup>572</sup> Cfr. JOHN LANGBEIN, *Prosecuting crime in the Renaissance*, cit., p. 152; HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 404.

<sup>573</sup> MARIO SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 6.

<sup>574</sup> ID., *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale*, cit., I, p. 139-40.

<sup>575</sup> ANTONIO GOMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii*, Petri Martin, Madrid 1780, tomo III, cap. XIII, n. 20. Cfr. *infra*, cap. IV, § 2.2.

debole, che la tortura, in quanto prova cruenta, mette idealmente nelle condizioni di prevalere. Quindi il significato etico della tortura si esprime in questa sorta di garantismo della prova cruenta, nell'aspirazione a una verità non sottomessa ai limiti della razionalità e agli interessi autoritari del potere pubblico, ma aperta al primato del giusto, del virtuoso e dell'idoneo, qualità che possono emergere solo dallo scontro di due opposte ragioni - o di due corpi - «che si percuotono a vicenda»<sup>576</sup>. Qui convergono l'etica della tortura e l'etica del duello, come due forme di *certamen* da cui si vuole esca vincitore non, banalmente, l'innocente, ma il migliore<sup>577</sup>.

Nella violenza, quindi nella sofferenza, c'è verità. Mettere l'uomo nelle condizioni di combattere significa conferirgli un privilegio: riconoscere che la sua dignità e il suo valore non possono essere ridotti a un calcolo preconstituito, a un sistema di giudizio valido *a priori* per tutti gli uomini; che ogni uomo è diverso e ha il diritto di dimostrarlo attingendo alla propria forza: in ciò consiste quella libertà inviolabile istituita dal diritto naturale, che il diritto positivo viola sistematicamente e che la prova cruenta, utopicamente, vorrebbe ripristinare. Un combattimento dei nostri tempi come la *corrida*, che pure ha radici antiche quasi quanto l'*ordalia*, continua a mostrarci, sempre che lo si voglia vedere, che il gioco, la lotta e la violenza rituale hanno una radice etica (ed estetica) profondamente connessa all'idea della verità come sommo bene e al primato della giustizia naturale<sup>578</sup>. La violenza rituale, o la violenza

---

<sup>576</sup> Cfr. *supra*, p. 93. La verità che emerge dal confronto dialettico-sofistico è, secondo una nota definizione di Mario Pagano, «come la luce, che dal contrasto sfavilla di due corpi, che si percuotono a vicenda».

<sup>577</sup> Ricordo per inciso che il procedimento sofistico, nel portare allo scoperto l'errore logico, rivelava il buono e il ragionevole, cioè il migliore di Protagora, che è *kalòs kai agathòs*, come la monomachia è manifestazione di un ordine che non è affatto in balia della forza irrazionale, della *bia*, ma della razionalità, anch'esso governato dal *logos* e dai *kalòs kai agathòs*. Cfr. MASSIMO CACCIARI, *Geo-filosofia dell'Europa*, Adelphi, Milano 1994, cap. III, § *Il duello*, p. 95.

<sup>578</sup> Mi permetto qui una digressione sulla tauromachia, perché essa presenta alcune affinità con le prove ordaliche, con il duello e con la tortura che non sono prive di interesse ai fini di questa trattazione. Il sacrificio del toro deriva probabilmente da rituali regicidi antichissimi [cfr. HENRI FRANKFORT, *Kingship and the Gods*, University of Chicago Press, Chicago 1948, p. 175], fondati sull'assimilazione tra il dio-toro come entità suprema della gerarchia delle divinità siderali e il re semidio, che ne indossa la pelle o le corna per appropriarsi della sua forza vitale. La prima lettera dell'idioma semitico antico, l'*aleph*, era una testa di toro stilizzata, poi evolutasi, attraverso il fenicio, il greco arcaico e il greco classico, nella nostra lettera A, il che può dare la misura dell'importanza rivestita dal toro nell'esistenza materiale e intellettuale delle prime civiltà. La vita del toro, che rappresenta l'essenza della vita stessa, deve essere immolata per potersi perpetuare: i costumi sumeri, egiziani e levantini ci dicono tutti che il toro deve morire perché l'uomo possa vivere. Nell'epopea di Gilgamesh l'eroe babilonese «affonda la sua spada tra la nuca e le corna» del toro celeste; nel palazzo di Cnosso, 4.000 anni fa, la tauromachia era al centro di cerimonie acrobatiche che la nostra immaginazione oggi non è in grado di cogliere con sufficiente profondità. In Attica, in Tessaglia, nella Ionia d'Asia i costumi legati alle corride cretesi si impiantarono e si mantennero per quasi un millennio: a Larissa solo gli uomini più valorosi potevano battersi con il toro nell'arena [JACK RANDOLPH CONRAD, *Le Culte Du Taureau De La Prehistoire Aux Corridas Espagnoles*, Payot, Parigi 1961, p. 45]. Il toro è energia vitale (fertilità) e politica (potere); combattendolo, l'uomo si confronta con queste due forze e indirizza a proprio vantaggio il loro potenziale distruttivo e tirannico. La tauromachia fu coltivata a Roma, e poi nel Medioevo Cristiano e Musulmano, perché era simbolica, grandiosa e spettacolare; perché il combattimento rituale tra uomo e toro esaltava, attraverso le gesta dell'uno e dell'altro, le nobili virtù della forza e del coraggio. Piacque soprattutto ai nobili spagnoli, tanto che Filippo V, che invece la detestava, la

costituita, cioè legale, sono il terreno d'elezione per l'espressione e la rivendicazione dell'individualità, in opposizione alla progressiva, spersonalizzante intrusione dell'autorità nel penale<sup>579</sup>. La parola d'ordine è: *certamen*.

---

proibì alle classi aristocratiche. Ma si era ormai all'inizio del XVIII secolo, e lo spettacolo era troppo frequentato e troppo amato dal popolo: questo ben presto si sostituì ai *nobiles* mantenendo in vita la tradizione di *corridas* e *novilladas*. I mitemi, il linguaggio e i termini di questo combattimento, così come esso si è evoluto e quindi fissato nella sua forma ultima della corrida spagnola, hanno un rapporto analogico estremamente significativo con quelli delle prove cruento dell'ordalia, del duello e della tortura. Nella tauromachia il toro affronta il duello con l'uomo in vista di un sacrificio finale, ma all'esecuzione di questo sacrificio, che è la ragione stessa della corrida, è concessa una deroga: l'*indulto*. È una dispensa che può essere concessa solo al toro eccezionalmente valoroso. Ma nella filosofia della corrida il valore, di per sé, non è sufficiente a salvarlo: è necessario infatti che il toreador *partecipi* al valore del toro. Indulto è quando toro e uomo svelano reciprocamente il proprio *mistero* nel combattimento, ovvero quando l'uomo è talmente bravo da comprendere la natura del toro (che è sempre selvaggia e ha diversi gradi di intensità) e il toro è talmente bravo da capire la natura dell'uomo (le sue doti di torero). Ma è sempre il toro a *legittimare* la corrida, perché è il toro che accetta o meno il gioco cui lo si invita. E può farlo bene o può farlo male. Se l'animale non solo raccoglie pienamente la sfida, ma ne esalta il significato al massimo grado, merita di essere indultato. Per riscattarsi dalla morte, quindi, il toro deve *disvelarsi*, cioè mostrare all'uomo la *verità* della sua natura. Il senso e i termini di questo processo di disvelamento sono profondamente legati a quelli della prova ordalica e *per tormenta*. I due temi dominanti sono 1) *la necessità dell'incertezza* e 2) *l'esaltazione dell'individualità*. È infatti l'incertezza che dà senso alla prova. La personalità del toro conferisce senso alla corrida perché le conferisce incertezza: se tutti i tori fossero uguali l'*indulto* non avrebbe motivo di essere, la corrida si svolgerebbe sempre allo stesso modo e quindi non avrebbe ragione di essere combattuta (per questo motivo nessun toro può entrare due volte nell'arena: quelli indultati sono destinati alla monta). La stessa necessità di incertezza si esprime nell'ordalia e nella tortura: al *patiens*, il cui destino appare già segnato, deve essere concessa la possibilità di ribaltare il processo, di vincere la prova grazie al suo valore, altrimenti l'azione giudiziale sarebbe un fatto predeterminato e, di conseguenza, privo di senso. Quindi l'incertezza dell'incontro è data dalla qualità, dal mistero, dalla natura del convenuto toro e del convenuto *reus*. La loro *individualità* è l'oggetto del combattimento, perché l'individualità è l'oggetto d'indagine della violenza rituale. Il combattimento svela la natura profonda dei combattenti; la sofferenza mostra l'essenza, rivela le doti per eccellenza dell'uomo e del toro e ne fa un esempio universale. Entrambi, sostenuti da forza (*fiera*), coraggio (*bravura*) e nobiltà (*nobleza*), sono animati dal «*deseo ardiente de ir a mas*», il desiderio ardente di superare i propri confini. Quando il toro, o l'imputato, ci riescono, è stato realizzato il fine ultimo del combattimento: il toro ha mostrato all'uomo la sua *animalità*, l'imputato ha mostrato al giudice la sua *umanità*. Nel raggiungimento di una verità antidogmatica, pratica e superiore, che è compimento e affermazione della *natura individuale*, il giudizio è concluso, pienamente soddisfatto, e la violenza ha trovato la sua massima legittimazione. In sostanza, prove ordaliche, duello e tortura, in quanto prove cruento *non fine a se stesse*, condividono con la tauromachia il riferimento al modello etico del *certamen*, il cui fine ultimo è il disvelamento della natura individuale. La giustizia è *certamen*; solo attraverso il *certamen* si mantiene incertezza e si esalta l'individualità; nel *certamen*, l'incertezza dell'esito è garantita dal riconoscimento dell'individualità. Questo è il garantismo della violenza. Sulla verità come conoscenza pratica e sulla tortura come contraddittorio rimando al cap. II, dove sono analizzati i caratteri fondamentali della tradizione aristotelica assunta dall'*ordo iudiciarius*, fondata, appunto, sul *certamen*. Sulla filosofia della corrida cfr. JOSEF DELGADO, *La tauromaquia ó arte de torear. Obra utilísima para los toreros de profesion, para los aficionados, y toda clase de sugetos que gustan de Toros*, Manuel Ximenez Carreño, Cadice 1796; MANUEL SERRANO GARCÍA VAO, *Catecismo taurino. Breve compendio de conocimientos útiles á los aficionados á toros*, Antonio Gascón, Madrid 1913; ERNEST HEMINGWAY, *Death in the Afternoon*, New York 1932; MATTEO NUCCI, *Il toro non sbaglia mai*, Ponte alle Grazie, Roma 2011.

<sup>579</sup> «...indicare le nuove forme del giudicare e punire che segnarono la distanza tra il tempo storico dell'alto Medioevo pagano, magico e comunitario, e quello assai diverso – ormai regale e cristiano – dei re merovingi, longobardi, anglosassoni, significa inseguire le tracce di una progressiva intrusione dell'autorità nei conflitti». GIORGIA ALESSI, *Il processo penale*, cit., p. 4.

## 5. Conclusioni

Anche fuori dall'Italia gli insegnamenti di Baldo costituirono un fondamentale punto di partenza nell'opera di uniformazione del duello alle regole del diritto comune. Un esempio interessante è rappresentato dal commentario alle *Siete Partidas* di Alfonso X redatto da Gregorio Lopez, avvocato della *Real Chancillería* di Granada, che lo diede alle stampe nel 1555<sup>580</sup>. Nella legge *Es en culpa* il testo alfonsino avvertiva che chi voleva dare battaglia a un altro doveva dimostrare che vi fosse fellonia o tradimento, ed esser certo che colui contro il quale si voleva muovere battaglia fosse in colpa<sup>581</sup>. La relativa glossa di Lopez usava il *De pace tenenda* di Baldo come chiave interpretativa, circostanziando ulteriormente l'analogia tra *punga* e tortura: in primo luogo era fondamentale che il provocato fosse sospetto e diffamato, premesse necessarie anche alla tortura; secondo, che l'accusa non potesse essere provata «per veram probatione» o per «ratione legum»; terzo, che il provocatore fosse maggiore o uguale al provocato. Ma, mentre Baldo lasciava al libero arbitrio dell'autorità pubblica lo stabilire quali potessero essere gli indizi sufficienti ad autorizzare il duello, Lopez concludeva che la *vehemens fama*, essendo sufficiente alla tortura - cosa dichiarata dallo stesso Baldo in un'altra rubrica<sup>582</sup> - dovesse esserlo anche al duello<sup>583</sup>. Il passaggio per *modus ponens* da *fama* a tortura e quindi da *fama* a duello è lo stesso che il Gandino aveva applicato alla tortura, mettendola in relazione con il giuramento. In quanto *praesumptio probabilis*, la cattiva fama aveva a suo tempo costituito la condizione legale per procedere alla *purgatio canonica*, per poi diventare, a detta di alcuni giuristi, un indizio di per sé sufficiente anche a comminare la tortura.

Quattro anni prima del commentario in cui Lopez applicava il medesimo arduo ragionamento a tortura e duello, un nobile giurista originario di Casale Monferrato, Lorenzo Silvano, nel presentare anch'egli la monomachia come una specie di tortura, proponeva il giuramento come terzo termine di paragone. Silvano prendeva le mosse dalla definizione di «plena e

<sup>580</sup> Sul commentario di Lopez cfr. MARTA MADERO, *El duellum entre la honra y la prueba según las Siete partidas de Alfonso X y el comentario de Gregorio López*, in *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, n. 24, Ecole normale supérieure Lettres et Sciences humaines, Parigi 2001, pp. 343-352.

<sup>581</sup> «Quien quiere reptar a otro deue lo fazer desta manera, catando primera- miente, si aquella razon porque quiere reptar es atal en que caya traycion o aleue. E otrosi deue ser cierto, si aquel contra quien quiere fazer riepto, es en culpa». ALFONSO X, *Siete partidas, con las glosas de Gregorio Lopez*, Salamanca 1555, leg. IV, tit. 3.

<sup>582</sup> BALDO DEGLI UBALDI, *In usus feudorum*, cit. rub. *de pace iuramento firmanda*, § *iniura*, n. 15.

<sup>583</sup> «Et quod sufficeret vehemns fama, etiam sine alio indicio, videtur de mente Baldi [...], ubi quod vehemnes fama sufficiat ad torturam, et sic potest dici, quod etiam sufficit ad duellum». *Siete partidas, con las glosas de Gregorio Lopez*, gl. a *Es en culpa*, leg. IV, tit. 3, n.1.

sufficiens probatio» che dava Bartolo nella sua *Lectura super Digesti Veteris* (l. *adomonendi*, ff. *de iureiurando*), che consisteva nella *plena fides* del giudice alla tesi di una delle parti: una volta raggiunta questa, il giuramento non aveva ragione di essere: di conseguenza era sbagliata quella consuetudine che prevedeva che «qui plene probavit, teneatur subire iuramentum», e allo stesso modo doveva essere considerata illecita la consuetudine che imponeva il duello a fronte di una *plena probatio*: perché il duello, come il giuramento, «dicitur esse probatio extraordinaria, ideo cessat quando potest haberi ordinaria probatio». Ed essendo entrambe prove sussidiarie cui appellarsi in mancanza di prove certe, esse erano soggette alle medesime regole della tortura: «quia illae probationes sunt sufficientes ad duellum quae sunt sufficientes ad torturam: quia duellum equiparatur torturae» e «quod sic est sufficiens indicium ad torturam, ergo sequitur quod est etiam indicium sufficiens ad duellum». E siccome «praesumptiones et coniecturae faciunt indicium sufficiens ad torturam [...] ergo sequitur quod faciunt etiam indicium sufficiens ad duellum»<sup>584</sup>.

La consuetudine cui accenna Silvano sembrerebbe la stessa, ma presa da una diversa angolatura, contro la quale si scagliava negli stessi anni Diego de Simancas nel *De Catholicis Institutionibus*, quando citava la pratica «crudelis et iniqua» di sottoporre gli imputati prima alla tortura, poi al giuramento e in fine all'abiura, non considerando che o il primo o la seconda erano di per sé sufficienti a completare una *probatio semiplena*. Giuramento, tortura e duello si presentano quindi come strumenti probatori alternativi la cui selezione all'interno della procedura deve essere dettata, oltre che dalla qualità del reato, anche da quella del reo. Rivediamo brevemente in che modo si era andato costruendo questo rapporto analogico tra i tre istituti.

Nella prima metà del XIII secolo Enrico da Susa e Goffredo da Trani collegavano la *purgatio* del canone *Nobilis homo*, così com'era stata presentata nell'ambigua versione del *Liber Extra*, alla tortura giudiziaria, seguiti di lì a poco dall'Abbas antiquus. Alla fine dello stesso secolo Alberto Gandino stabiliva che i requisiti sufficienti alla *purgatio canonica* fossero sufficienti anche alla tortura, con speciale riferimento alla *fama* come *praesumptio probabilis* di colpevolezza. Nel XV secolo Bartolo completava l'associazione affermando che «tortura in criminalibus succedit loco iuramenti». Poco tempo dopo, il suo allievo Baldo stabiliva un'uguale corrispondenza tra la tortura e il duello nel caso di un'accusa di lesa maestà.

Il primo vincolo analogico si stringeva, quindi, tra giuramento e tortura, per poi estendersi dalla tortura al duello giudiziario grazie a un virtuoso meccanismo di adeguamento agli *iura*

---

<sup>584</sup> LORENZO SILVANO, *Consilia Laurentii Sylvani: nunc primum in lucem emissa, iuris cum caesarei, tum pontificii professoribus ac studiosis maxime utilia & necessaria*, Theobaldum Paganum, Lione 1551, *Consilium* 51, nn.15-19.

*canonica*. Il giuramento figura in questa progressione come il modello d'origine da cui dipende la successiva definizione in chiave canonistica degli istituti a carattere decisorio e purgatorio. Tra i diversi tipi di giuramento, quello d'innocenza rappresenta senz'altro la «tipologia più capillarmente diffusa»<sup>585</sup> nel processo canonico medievale, e benché le sue origini debbano essere ricondotte quasi sicuramente al giuramento germanico<sup>586</sup>, la *purgatio* fu un istituto del tutto peculiare e specifico dell'esperienza canonistica, come ha finalmente dimostrato il lavoro monografico di Antonia Fiori. La sua specificità consiste, oltre che nella sua duttilità e dinamicità, nel suo ruolo di guida nella definizione degli elementi chiave del sistema processuale. In primo luogo, la contrapposizione tra purificazione canonica e *lex vulgaris*, definitivamente sancita da Anselmo d'Aosta nella seconda metà del XI secolo, avrebbe rappresentato la base concettuale per la legittimazione della tortura, vissuta dalla Chiesa come *res fragilis et periculosa* per via della sua «crudeltà» intrinseca, ma, anche, della sua promiscua contiguità con l'ordalia, permettendo poi alla tortura di offrirsi come successivo modello di riferimento per la legittimazione del duello giudiziario. In secondo luogo, la nozione di *infamia facti* elaborata dai canonisti in relazione alla *purgatio canonica* avrebbe permeato tutte le riforme strutturali del processo medievale, introducendo lo scandalo come categoria giuridica fondamentale. Di fatto, «l'introduzione dell'*inquisitio* accanto al modello accusatorio, la costruzione di una teoria canonistica delle presunzioni e, persino, la giustificazione della tortura giudiziaria nel diritto della Chiesa, sono conseguenze direttamente o indirettamente riconducibili all'elaborazione dottrinale intorno alla *purgatio canonica*, ed alla *fama* come suo presupposto»<sup>587</sup>.

La rimozione dell'infamia, che è l'obiettivo naturale del giuramento, ha un posto preponderante anche nella struttura finalistica di tortura e duello. La *purgatio* è, essenzialmente, rimozione dell'infamia. La sua base dottrinale non attinge al diritto romano, ma alla società medievale, giuridicamente tradotta in una precisa «gerarchia di credibilità»<sup>588</sup>. E infatti, nella loro prima e più congeniale definizione, è soprattutto la qualità del reo, la sua credibilità, a costituire il discrimine d'applicazione tra giuramento, tortura e duello: il primo è associato agli ecclesiastici e in generale ai fededegni, la seconda agli imputati di basso rango e agli infami, il terzo ai nobili e ai cavalieri. Al progressivo assoggettamento delle classi privilegiate alla tortura segue la progressiva equiparazione dei tre istituti. La tortura è la

<sup>585</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>586</sup> Sulla questione delle origini rimando sempre ad Antonia Fiori, *op. cit.*, § 2. *Il problema delle origini del giuramento purgatorio*, pp. 5 ss.

<sup>587</sup> *Ivi*, p. 582.

<sup>588</sup> *Ibid.*



favorita, perché la ragion di Stato aborre i privilegi; per arginare se stessa la tortura accoglie la massima dell'innocenza del torturato *persistens*. Di questa massima non v'è traccia nel diritto romano. Come la «gerarchia della credibilità», anch'essa ha un'origine consuetudinaria e germanica connessa alla giustizia negoziata e al riconoscimento giuridico delle differenze di *status*. Così la *ratio* ordalica della tortura non deve essere valutata nel suo apporto religioso, quanto piuttosto in chiave politico-costituzionale. Lo stesso vale per la valenza ordalica del duello. Entrambi gli istituti hanno a che fare con un privilegio. Esso consiste nella possibilità di sfuggire alle dinamiche dimostrative della giustizia egemonica. La *purgatio*, per sua natura, è fattiva, non burocratica, e guarda al *reus* prima che alla *res*.

## CAPITOLO IV

### TORTURA COME BENEFICIO

## 1. La tortura è una prova decisoria? Interpretazioni discordi

Nel suo insuperato lavoro sulla tortura giudiziaria Piero Fiorelli ha più volte sottolineato la differenza tra tortura e *iudicia Dei*. Questi, egli afferma, «erano usati per poter costruire col risultato materiale dell'esperimento [...] il titolo della vittoria d'una parte e della sconfitta della parte avversaria», mentre la tortura non era altro che «un mezzo, non decisivo né definitivo, per la prova d'una verità che le prescrizioni e le cautele della giurisprudenza cercavano di rendere, per quanto umanamente possibile, positiva»<sup>589</sup>. Ferrajoli e Langbein parlano in parte della stessa cosa quando sostengono che il sistema della tortura soggiace a una logica giudiziaria sostanzialistica, cioè orientata a una verità assoluta priva di confini legali, e che il superamento della tortura si compie fisiologicamente con il superamento del modello penale sostanzialistico. Tutto ciò attiene, infatti, a un «monismo della verità»<sup>590</sup> la cui fallacia emerge in via definitiva soltanto con le grandi riforme del Settecento. Fermo questo punto, Langbein considera comunque ordalia e tortura come due episodi dello stesso capitolo: due «factual proofs» dotate di diversa intensità probatoria ma, anche, di un medesimo fine, che è il raggiungimento della certezza giudiziaria, ovvero della verità sostanziale<sup>591</sup>. Ferrajoli, andando ancora oltre, ritiene che la tortura sia riconducibile allo stesso schema logico ed epistemologico dell'ordalia, in quanto entrambe formalmente e simbolicamente vincolanti per il giudice, che oltre un certo limite non può valutare liberamente, ma deve «dedurre» la sentenza dal risultato dell'esperimento. Dal loro punto di vista, l'identità tra ordalia e tortura si trova appunto in questo nodo di illogicità: nel connettere «il tipo di fatto esperito come prova e il tipo di fatto assunto come provato»<sup>592</sup>, e quindi nella circostanza per cui il convenuto, invece di limitarsi a produrre gli elementi in base ai quali il giudice dovrà emettere la sentenza, precostituisce già con la propria *performance* (di attore ordalico o di reo torturato) il contenuto di quella sentenza, essendo l'organo giudicante obbligato, in linea di principio, a esprimersi in modo conforme all'esperimento<sup>593</sup>.

Fiorelli, al contrario, non considera la tortura una vera prova decisoria, e in ragione di ciò si impegna a ridimensionarne il rapporto con l'ordalia. Egli ritiene infatti che la tortura si

<sup>589</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 235.

<sup>590</sup> ALFREDO BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 29.

<sup>591</sup> Cfr. JOHN LANGBEIN, *The Legal History of Torture*, cit., in particolare p. 94; ID., *Torture and the law of proof*, cit., in particolare p. 7.

<sup>592</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 112.

<sup>593</sup> GIAN ANTONIO MICHELI, *L'onere della prova*, Cedam, Padova 1942, p. 79.

inserirse in un percorso graduale e il più possibile razionale verso una verità che, per quanto assoluta, era anche *umanamente* positiva, calata nella realtà fisica, ricercata con mezzi di indagine umani e, soprattutto, mediata dal momento della sentenza. Al centro di questa discordanza di visioni c'è un disaccordo su come debba essere inteso il rapporto di causa effetto tra tortura e sentenza. Non è pacifico, cioè, se la sentenza che deriva dalla tortura ne sia una conseguenza «necessaria», oppure se a quel risultato si debba anteporre, ai fini della sentenza, il convincimento del giudice e le risultanze processuali.

Che la questione non sia scontata lo si può desumere dal diario di un confortatore dei condannati a morte che fu attivo a Roma tra la fine del Seicento e i primi quarant'anni del secolo successivo. Si tratta di un abate, Placido Eustachio Ghezzi, membro della confraternita degli Agonizzanti, che annotò e in buona parte descrisse tutte e duecentodieci le esecuzioni capitali avvenute nell'Urbe tra il 1674 e il 1739. Il suo diario è poi confluito nella più ampia pubblicazione di Alessandro Ademollo, che copre anche il lungo regno del boia Mastro Titta, altro redattore puntiglioso, e del suo aiutante e successore Vincenzo Balducci<sup>594</sup>. Dai commenti dell'abate si evince con chiarezza di come egli fosse convinto che la condanna a morte fosse l'inevitabile conseguenza della confessione resa sotto tortura e il silenzio, viceversa, garanzia di salvezza. In diversi passi del suo diario spicca la contrapposizione tra il reo confesso mandato al patibolo e il suo complice, altrettanto colpevole se non di più, condannato a una pena minore grazie alla perseveranza nel negare il delitto<sup>595</sup>. E che la tortura fosse generalmente percepita come una sorta di bivio tra la vita e la morte, il momento decisivo nel quale al reo sarebbe bastato resistere per salvarsi, lo conferma anche il resoconto del processo a un giovane omicida, che nel 1685 «s'immaginava, che non potrebbero farlo morire se prima di propria bocca su li tormenti non confessava i delitti»<sup>596</sup>.

Per l'abate la sentenza aveva un rapporto assolutamente necessario con la tortura. Una valutazione che, secondo Piero Fiorelli, era lecita ai tempi della tortura ed è lecita anche oggi, ma solo «quando si eviti di guardare la cosa dal punto di vista del diritto». Ragionando in termini 'tecnici', infatti, la tortura era un mezzo che conduceva il giudice solo fino all'accertamento della colpevolezza. Raggiunta quella, però, egli si trovava davanti più di una strada, e quale dovesse imboccare non era affatto una cosa scontata:

In primo luogo, nessuna prova (testimonianza, confessione) ottenuta per mezzo della tortura aveva mai valore immediato d'assoluzione o di condanna: di questa o di quella poteva decidere soltanto la

---

<sup>594</sup> ALESSANDRO ADEMOLLO, *Le giustizie a Roma dal 1674 al 1739 e dal 1796 al 1840*, Forzani, Roma 1881.

<sup>595</sup> *Ivi*, pp. 20-1, 26-7, 33, 36, 43-4, 46-7, 51, 78-9, 87.

<sup>596</sup> *Ivi*, p. 162.

sentenza definitiva. In secondo luogo, nessuna di tali prove, per quanto formale e legale fosse il suo valore, poteva mai rendere necessaria, nel senso matematico della parola, una sentenza che avesse un contenuto già prima determinato. Si ricordi che le prove ottenute colla tortura non erano stimate prove se non avevano conferma, da un lato, negl'indizi che necessariamente le precedevano e nelle altre prove che le potevano accompagnare e rafforzare; dall'altro, per la confessione estorta e qualche volta per la stessa testimonianza, nella solenne ratificazione che la convalidava.<sup>597</sup>

Nel suo lavoro sulla confessione nel processo penale di epoca moderna Paolo Marchetti accoglie interamente l'opinione di Fiorelli e rincara la dose, avvisando che

l'appiattare in un unico schema epistemologico prove ordaliche, tortura e sistema di prova legale, in quanto tutti questi fenomeni sarebbero il frutto del medesimo paralogismo logico (quello cioè di considerare «l'induzione giudiziaria come una deduzione mascherata»), è un'operazione che, nell'enfatizzare le analogie tra queste situazioni, rischia di perdere di vista le specifiche differenze che la connotano. Il pericolo che si corre, operando in questo modo, è quello di far retroagire categorie appartenenti alla modernità perdendo di vista la profondità dell'esperienza storica.<sup>598</sup>

Per Marchetti ordalia e tortura chiamano in causa razionalità diverse, che si realizzano attraverso due distinte pratiche di accertamento, l'una improntata alla «verità rivelata», l'altra alla «verità ricercata», in ogni caso non automaticamente prodotta dal risultato della tortura, quanto dalla sentenza definitiva emessa dal giudice.

La differenza, quindi, si configura come specificamente formale. Essa consiste nella *gradualità* con cui il sistema di prove legali concepisce il venire a sentenza, anche, ma non necessariamente, con l'ausilio della tortura. Un perfetto compendio degli effetti giuridici e del ruolo esercitato dalla *quaestio* all'interno del sistema processuale si trova negli *Statuta Episcopatus Concordiensis* (1450), i soli statuti, per quanto risulti a Fiorelli, che diano alla materia un regolamento davvero organico e diffuso, non limitandosi a specificare le norme che completavano in punti particolari la disciplina prevista dal diritto comune, o le norme che da questa si discostavano. Vi si prescrive:

Si vero non plene fuerit probatum, tunc si aliquae presumptiones vel indicia fuerint inventa propter que tortura posset fieri, prefatus Capitaneus, seu Gastaldio, vel alter officialis domini Episcopi, reum predictum ponat ad tormenta. Et si debito modo tortus fuerit et non fuerit confessus absolvatur. Si autem confessus fuerit ipsum crimen, tunc de tormentis deponatur et dimittatur post tormenta una

<sup>597</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 155-6.

<sup>598</sup> PAOLO MARCHETTI, *Testis contra se*, cit., p. 75.

die in quiete, et postea sine molestia interrogetur de confessione quam fecit. Et si interrogatus extra tormenta ratificet suam confessionem in tormentis habitam et in illa perseveret, habeatur pro confesso. Si autem neget, habeatur pro non confesso, et iterum torqueatur ex suspitione sue confessionis. Et si secundo confessus fuerit, iterum interrogetur post unum diem ut supra, et si perseveravit, habeatur pro confesso: si negaverit, iterum torqueatur tertia vice. Et si non fuerit confessus, sive confessus fuerit, et non perseveravit ut supra, habeatur pro non confesso et non possit amplius torqueri, nisi ad alia nova inditia superveniant contra eum. Et similiter si prima vice debito modo tortus, non fuerit confessus, non possit iterum torqueri, nisi ex supervenientibus novis indiciis.<sup>599</sup>

Da questa e da altre descrizioni delle innumerevoli variabili da considerare nell'applicazione della *quaestio per tormenta* dovrebbe risultare chiaro che il sistema probatorio dell'*inquisitio* non le attribuiva quel valore formale di prova decisoria, con effetti necessari «nel senso matematico della parola», che invece aveva avuto l'ordalia. Ancora, il giudice della *quaestio* non era semplicemente un moderatore, ma un inquisitore e un ufficiale giudicante; se non era soddisfatto, poteva ordinare una seconda o una terza sessione di tortura, o poteva interromperla e riprenderla in un momento più propizio; le prove che otteneva per mezzo della tortura non erano prove se non trovavano conferma negli indizi che l'avevano preceduta, né la confessione estorta aveva valore legale se non era poi solennemente ratificata fuori dai tormenti. La dottrina più tarda, come si è visto, escogitò l'espedito della tortura con riserva di prove di modo che il giudice potesse all'occorrenza considerare purgati dal silenzio solo alcuni indizi, e non tutti; questi perciò poteva inoltre assolvere il reo con formula piena o con la clausola *stantibus rebus prout stant*, a seconda della propria convinzione. La tortura non offriva una sola strada. Non a caso, essa rappresentava, nell'astratta concezione giuridica, un male necessario, «quousque non utilius eliciendae veritatis presidium inveniatur»<sup>600</sup>, ovvero un mezzo più adatto di tanti altri a scoprire la verità, fin tanto che non se ne fosse inventato uno migliore. Il commento, che appartiene a un canonista del Settecento, esprime bene l'equilibrio tra la consapevolezza della perfettibilità (se non della scomodità) della *res fragilis et periculosa* insieme alla convinzione che il suo apporto rappresenti comunque un progresso tangibile rispetto al passato, il che è evidente anche per lo storico, il

<sup>599</sup> ERNESTO DEGANI, *Statuti civili e criminali della Diocesi di Concordia*, in «Miscellanea della R. Deputazione Veneta sopra gli Studi di Storia Patria», Venezia 1882, *Statuta Episcopatus Concordiensis*, rub. 186. Cfr. anche PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 155, nota 3.

<sup>600</sup> Ovvero: «finché non sia inventato un mezzo più utile di trovare la verità». Così il canonista del Settecento CARLO SEBASTIANO BERARDI, *Commentaria in Ius Ecclesiasticum Universum*, citato in ANTONIO REYES, *La confesion y la tortura en la historia de la Iglesia*, in «Revista espanola del derecho canonico», 24, Consejo superior de investigaciones científicas, Salamanca 1968, p. 605.

quale può vedere nella tortura persino un lontano preludio del «principio per cui nell'indagine giudiziaria si deve ricercare la verità dei fatti, reale e non fittizia, in tutti i modi, senza riguardo d'ambienti né di persone, senza limiti formalistici, che oggi più che mai è uno dei principi animatori d'ogni civiltà giuridica», e che fu, se non creato, consolidato «proprio dal sistema processuale [...] che aveva a sostegno il cavalletto e la corda»<sup>601</sup>.

Senz'altro, quindi, deve essere scartata l'ipotesi che la sentenza definitiva fosse un effetto necessario «nel senso matematico della parola» del risultato della tortura. Resta però il problema del suo significato storico complessivo. Infatti, il numero massimo di ripetizioni, i vari gradi di somministrazione, le formule assolutorie parziali, così come il convincimento del giudice e gli effetti probatori degli elementi vincolanti dell'inchiesta erano tutti limiti e regole che valevano a circoscrivere una massima cruciale dei criminalisti, e cioè che chiunque resistesse alla tortura perseverando nel negare il proprio reato aveva purgato gli indizi ed era da rimettere in libertà *ipso facto*. Questa massima, per Franco Cordero, è ordalica. Attenzione però: lo è la massima, non la tortura:

Ripugna al sistema il fatto che la tortura sia irripetibile, come dicono dei testi, perché l'inquisito, resistendovi, purga gli indizi; se lo fosse davvero, sarebbe un'ordalia (al cui ceppo, presumibilmente, risale questa massima); e analogie formali con gli *iudicia Dei* affiorano dalla finta o almeno blanda tortura del confesso, a scopo catartico, affinché, purgato dall'infamia, deponga validamente contro i correi.<sup>602</sup>

La tortura sarebbe un'ordalia, se fosse irripetibile. Ma, lungi dall'essere irripetibile, essa prevedeva in ogni caso un limite massimo di ripetizioni, dal che si potrebbe formulare il paradosso secondo cui era per l'appunto l'ultima sessione di *quaestio* - quella non più ripetibile - a essere sostanzialmente un'ordalia. Il paradosso non è così ozioso, perché l'ultima sessione di tortura rappresentava per la maggior parte dei giuristi il momento in cui il giudice, anche se convinto della colpevolezza del reo, doveva alzare le mani di fronte alla sua perseveranza. Tecnicamente, quindi, il rapporto tra tortura e sentenza non era necessario, fin tanto però che non si fosse giunti all'ultima sessione legale. La funzione di questo limite è peraltro piuttosto chiara: pur nella crescente aspirazione a un diritto «senza riguardo d'ambienti né di persone» e privo di limiti formalistici, non stabilire un numero massimo di ripetizioni significava rendere illimitato, e quindi insensato, il potere castigatorio della

<sup>601</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 156-7. Degno di nota che per Hermann Kantorowicz, è dalla tortura che nasce «la libera valutazione della prova». HERMANN ULRICH KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Forni, Milano 1908, (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906), p. 153.

<sup>602</sup> FRANCO CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 607.

tortura, compromettendo già in linea teorica il suo apporto alla causa della verità. Alla *ratio condemnandi* non può che opporsi una *ratio absolvendi* che garantisca la funzionalità e affidabilità della tortura così come essa è stata concepita, ovvero come un mezzo di indagine positivo, realistico. Quindi, se la tortura doveva giovare più di ogni altra cosa al fisco, doveva anche poter giovare all'imputato. Come aveva osservato Simancas, se il giudice è disposto a credere alla colpevolezza del reo confitente, deve anche essere disposto a credere alla sua innocenza quando «vince i tormenti»<sup>603</sup>; altrimenti tanto varrebbe condannare subito qualunque reo gravemente indiziato. La massima assolutoria, peraltro, appare perfettamente in linea con un sistema giuridico che, benché evoluto in senso inquisitorio, per secoli aveva coltivato nel precedente modello penale formalistico un ordine il più possibile isonomico. Un sistema che ribadiva allo stesso tempo che la giustizia non era uguale per tutti, che i fededegni e gli inattendibili erano tali per nascita e non solo per vocazione. La prima elaborazione dottrinale della tortura era stata costruita proprio su questo assunto, considerando che, nel XII secolo, i giuristi la introdussero circoscrivendone l'uso alle *viles personae*. Sul significato di questo esordio si concentra l'analisi di James Whitman, che procedendo da un'angolatura sociologica ravvisa nella tortura e nell'ordalia dei mezzi «to deal with the low-status persons»<sup>604</sup>. Il tema era già stato ampiamente affrontato da Heinrich Brunner<sup>605</sup> e poi da Robert Bartlett, ma Whitman ne ha tratto un ennesimo e più ardito corollario: che la vera funzione della tortura non fosse quella di raggiungere la verità, quanto di condannare o di assolvere imputati notoriamente colpevoli. Che la tortura, cioè, fosse un mezzo risolutivo prima ancora che inquisitorio, per gestire la delicata questione del trattamento giudiziario dei soggetti indesiderabili.

È chiaro che una simile interpretazione non può che partire dal presupposto che non solo la collettività, ma anche la dottrina, attribuissero un valore decisorio alla tortura; che questa, cioè, fosse connessa alla sentenza da un rapporto considerato da tutti, o dalla maggioranza, come necessario. Si torna quindi al punto di partenza: stabilire se la *ratio absolvendi* della tortura debba essere considerata un aspetto secondario oppure fondante ai fini della definizione storica dell'istituto. Questa incertezza interpretativa non riguarda soltanto gli

---

<sup>603</sup> Cfr. *supra*, p. 139.

<sup>604</sup> «Both were used to deal with the low-status persons; respectable people were immune of judicial torture, just as they have been immune of the judicial ordeal. Like so many other procedures in the premodern world, both judicial torture and judicial ordeal were designed to reflect, and reinforce, the fundamental distinction between high and low in society. Moreover, both judicial torture and judicial ordeal were used in the same procedural setting: [...] the ordeal was used in cases in which there was *fama*, but neither accusers nor witnesses came forward to testify, and the accused low-status person did not confess. There were the same circumstances in which Europeans later turned to torture». JAMES Q. WHITMAN, *The Origin of Reasonable Doubt*, cit., p. 100.

<sup>605</sup> HEINRICH BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Duncker und Humblot, Lipsia 1887-1892.



storici. Lo stesso dubbio animò una *pugna sententiarum* che si spinse ben oltre i confini del *mos italicus* e che a suo modo configura le diverse reazioni del diritto colto europeo all'evoluzione in senso assolutistico dell'ordine politico e giuridico. È probabile che, oggi come allora, a orientare il giudizio sia anche il fattore ineffabile dell'inclinazione personale. L'interpretazione delle leggi, ha detto Calamandrei, lascia al giudice un certo margine, e in quel margine non comanda la legge, ma il «mutevole cuore del giudice»<sup>606</sup>.

---

<sup>606</sup> PIERO CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Le Monnier, Firenze 1959, p. 214.

## 2. Giuristi e teologi sugli effetti salvifici della *quaestio*

### 2.1 *Tortura debet prodesse reo*

Beatus homo, qui se continere potuit in tormentis, quoniam absolvetur, et melior, quam ante accusationem, reputabitur, cum prospere et feliciter se purgaverit a sibi impostis.<sup>607</sup>

Questo singolare commento è di Jacopo da Belviso, dottore a Bologna dal 1305. Oltre due secoli dopo Tommaso Grammatico, un giurista attivo alla corte di Ferdinando d'Aragona nella seconda metà del XV secolo, avrebbe ripreso la stessa formula nelle *Decisiones*<sup>608</sup>. L'ordinanza di Villers-Cotterets (1539) andò persino oltre, stabilendo che all'imputato che purgava gli indizi con la tortura non solo spettava l'assoluzione, ma anche la riparazione della calunnia da parte dell'accusa<sup>609</sup>. E ancora oltre si spinse Peter Binsfeld, che accogliendo il parossismo di Belviso ne trasse un'altra conseguenza giuridica: che chi purgava gli indizi, anche gravi, con la tortura, aveva diritto all'azione legale d'ingiuria contro chiunque in seguito gli avesse rinfacciato il reato<sup>610</sup>.

L'enfasi dei giuristi su questo aspetto ci dice che l'assoluzione del torturato *persistens* era considerata da molti un effetto necessario, oltre che ricco di significato. Per alcuni, non solo il reo che resisteva alla tortura andava assolto, ma – *beatus homo* - doveva essere considerato migliore di quanto non fosse prima dell'accusa<sup>611</sup>. Ma perché? La motivazione resta per lo più

<sup>607</sup> JACOPO BELVISO, *Aurea practica criminalis*, Arnold Baert, Colonia 1580, q. 3, vv. 11 -15. La *Practica criminalis* venne stampata per la prima volta a Lione nel 1511.

<sup>608</sup> TOMMASO GRAMMATICO, *Decisiones*, apud Iuntas, Venezia 1551, Decisio 96, Folio 129.

<sup>609</sup> «Et si par la question ou torture, l'on ne peut rien gagner à l'encontre de l'accusé, tellement qu'il n'y ait matière de le condamner: nous voulons lui estre fait droit sur son absolution, par le regard de la partie civile, et sur la réparation de la calomnieuse accusation: et à ceste fin les parties ouïes en Jugement pour prendre leurs conclusions, l'un à l'encontre de l'autre, et estre reiglées en proces ordinaire, si mestier est, et si les Juges y voyent la matiere disposée». *Ordonnances de Francois Ier donnée à Villers-Cotterets au mois d'Août 1539*, Par M. Boucher d'Argis, Le Boucher, Parigi 1786, article 164, p. 145.

<sup>610</sup> «Hinc si quis alicui objiceret aliquod crimen etiam magie, super quo se tortura purgavit, et absolutus extitit, possit talis contra objicentem et exprobrantem agere iniuriarum». PETER BINSFELD, *Tractatus de confessionibus maleficorum, editio quarta correctior et auctior*, Petri Henningij, Colonia 1623, 17, p. 577.

<sup>611</sup> La questione riguardava anche il problema se la tortura infamasse o meno chi la subiva. L'imperatore Gordiano, nell'anno 238, aveva sentenziato in un rescritto che «nullam existimationis infamiam avunculus tuus pertimescat, ictibus fustium subiectus ob crimen habita quaestione, si sententia non praeessit ignominiae maculam inrogans» [Codex, 2, 11, 14: l. *Nullam, C. de causis ex quibus infamia alicui inrogatur*]; per quanto il rescritto fosse chiaro, Accursio ritenne di doverne limitare la portata, aprendo alla voce *Infamia* della sua glossa: «De iure, sed facti infamiam contrahit» [AZZONE, *Summa*, 2, 11, n. 12, gl. *Infamia*]. Contro Accursio insorse Bartolo: «Ille qui est tortus ad eruendam veritatem, non infamatur etiam de facto, quia dicit nullam: quod signum est universale, quod praedicatur de pluribus» [BARTOLO, *In primam codicis partem*, 2, 11], e la *communis opinio*, come attesta Fiorelli (p. 89) seguì Bartolo, stabilendo pressoché concordemente che in caso di tortura non fosse corretto, come pensava Accursio, distinguere tra *infamia facti* e *infamia iuris*: la tortura non era infamante.

sottintesa, o almeno, i giuristi non vi si addentrano quasi mai, per imbarazzo, perché la ritengono scontata, oppure per non entrare in un campo che esula in buona parte dalla loro materia. Si ritiene infatti che il colpevole soccomberà alla *questio* perché privo di quella forza d'animo di cui invece dispone l'innocente, che ha Dio dalla sua. Alfonso Vilagut, canonista francescano della fine del XVI secolo, affronta la questione quasi per inciso, e con un tono che, sebbene apodittico, è più confidenziale che dottorale:

Sed ego semper vidi homines obstinatos, et semper vidi pro uno delicto, quod confitebantur, etiam si esset capitale, negare plura homicida; et nunquam vidi innocentem condemnatum, et vidi criminosos absolutos et liberatos. Crede mihi, qui expertus loquor.<sup>612</sup>

In sostanza Vilagut chiedeva ai suoi lettori di credergli sulla fiducia, cosa che avrebbero dovuto fare per forza, visto che la sua asserzione – con la tortura non si rischia di far confessare persone innocenti - non poteva essere verificata come un qualsiasi altro enunciato di diritto criminale.

Tra l'altro, che un imputato riuscisse a resistere ai tormenti senza parlare non era un caso raro.<sup>613</sup> La tortura, a questo punto, veniva ripetuta, in ottemperanza alla mentalità inquisitoria di cui parla Cordero. Il termine di ogni singola sessione, la durezza dei tormenti, il numero massimo di ripetizioni variavano a seconda dei casi (ad esempio la gravità del reato) e delle singole legislazioni.<sup>614</sup> Tra una ripetizione e l'altra proseguiva l'indagine e l'audizione dei testimoni, nell'eventualità che sopraggiungessero nuovi elementi; oppure in questa attesa il reo era liberato e affidato a un fideiussore<sup>615</sup>. Se c'era un accusatore, gli si poneva un termine

---

<sup>612</sup> ALFONSO VILAGUT, *Practica canonica criminalis*, Wechel, Francoforte 1588, lib. VII, tit. *De tortura*, cap. V, *De torturae effectu, scilicet, de valore confessionis in tortura*.

<sup>613</sup> Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 135.

<sup>614</sup> La tortura applicata alle streghe ha rappresentato, in questo senso, un'eccezione, specie nella Germania del XVII secolo, dove nei processi per stregoneria i giudici dei tribunali laici infrangevano sistematicamente la legge in materia di tortura, o la aggiravano, in modo da ottenere il maggior numero possibile di confessioni e, quindi, di condanne. Per esempio, in un caso documentato da Paul Carus, la tortura di una strega fu ripetuta cinquantasei volte. Ancora: nel 1631, il boia della città tedesca di Dreissigacker rilasciò, a proposito di una donna incinta accusata di stregoneria, la seguente dichiarazione: «Io non ti torturerò per uno, due, tre, nemmeno otto giorni, e nemmeno poche settimane, ma per sei mesi o un anno, per tutta la vita, finché non confesserai: e se non confesserai, ti torturerò a morte, e dopo sarai bruciata» [Cfr. PAUL CARUS, *History of the Devil and the Idea of Evil* (prima edizione: Londra 1900), Courier Corporation, Dover 2012, p. 330]. Sulle illegalità e sulle atrocità commesse in Germania nella prima metà del XVII secolo una lettura utile, oltre che interessantissima, è la *Cautio criminalis* di Friedrich von Spee, confessore gesuita, che nei rapporti quotidiani con le streghe si persuase della loro innocenza e si prodigò coraggiosamente per denunciare ai principi tedeschi le illegalità, le atrocità e i difetti impliciti nella tortura. La *Cautio* è stata recentemente tradotta in italiano: FRIEDRICH VON SPEE, *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, a cura di Anna Foa, traduzione di Mietta Timi, Salerno Editrice, Roma 2004. Su Spee e sulla tortura delle streghe cfr. *infra*, in questo capitolo, § 3.3.

<sup>615</sup> Per fare un esempio di quanto potesse essere dettagliata e variegata la prassi in tutti questi casi, ecco le disposizioni fornite da Farinacci sul caso del fideiussore: «Tertia fuit aliorum, et quidem etiam in practica servata opinio, ut reus, qui per torturam purgavit indicia, nec diffinitive, nec ab observatione iudicii absolvatur, sed sub

entro cui avrebbe dovuto portare le prove o gli indizi a carico. Se né in un caso né nell'altro emergeva qualcosa di nuovo, non restava che rimettere in libertà l'accusato, e in questo aveva fatto scuola il *Tractatus de tormentiis*, ripreso, tra i vari, dal Gandino e poi da Angelo Gambiglioni, da Ippolito Marsili e da Paride del Pozzo<sup>616</sup>. Per alcuni, l'assoluzione doveva essere definitiva; per altri, tra i quali Giulio Claro, *ab observatione iudicii*<sup>617</sup>, con la clausola *stantibus rebus prout stant* e un possibile seguito non appena «superveniant nova indicia»<sup>618</sup>. A fronte di questa varietà di pratiche e di opinioni, però, per la maggior parte dei criminalisti il silenzio del torturato non solo annullava gli indizi, ma anche le prove piene. Il fondamento cui si faceva risalire questa disposizione non era una norma, ma una sentenza di Cicerone contenuta nei *Topica*. Dichiarò a questo riguardo Farinacci:

---

fideiussore de se representando relaxetur, et consequenter novis supervenientibus indicii iterum molestari possit, per supra allegata in antecedentis ampliacione, prout de hac practica restantur Marsili [...] ubi quod quicquid sic de iure, hodie de consuetudine, tam Romae, tam Neapoli, et in toto statu ecclesiastico reus, qui per torturam purgavit indicia, relaxatur sub cautione de repraesentando, et consequenter novis supervenientibus indicii, poterit iterum inquiri. Ego autem in hac opinionum, et practicarum diversitate dico, quod in Curia Romana vidi aliquando practitari, quod rei, qui indicia purgarunt per torturam, fuerunt ipsis instantibus, et petentibus ab observatione iudicii, nulla praestita de repraesentando cautione, absoluti, ac etiam aliquando eosdem reos etiam absolutione petentes non absolutos, sed sub dicta cautione relaxatos: aliquando etiam sine absolutione ad fine praestita cautione excarceratos, unde crederem id totum Iudicis arbitrio pendere, qui quidem Iudex, si speret supervenientia indicia, reum licet indicia vetera purgaverit, non absolvat, sed fideiussori tradat, si fideiussorem habeat: sin minus, sub eius iuratoria obligatione relaxet, saltem ubi illum post torturam illatam in carceribus detinuit, per viginti, aut triginta dies [...]. Si autem indicia nova speret, et pars petat se absolui, absolvat, sed ab observatione iudicii: sin autem id non petat, prorsus relaxet, et liberet sine absolutione, ac etiam nulla praestita cautione. Nec faciat, ut vidi facere quosdam nequitiae Iudices, qui ut salarium, vel (ut aiunt) propinam a reis consequantur, postquam reus bene torserunt, adhuc illos absolutionem non petentes propter eorum paupertatem et impossibilitatem deponendi sportulas in carceribus detinent, ut taedio affecti se absolui petant: habebunt enim isti Iudices, seu potius Christianorum hostes, Deum ultorem. Et pro hac mea opinione addo novissime [Sententiae receptae di Giulio Claro, q. 64, n.86] ubi licet videatur improbare practicam absolvendi statim reos in tortura persistentes propter cupiditatem sportularum, concludit tamen id totum esse remissum Iudici arbitrio, iuxta qualitatem processus delicti et inquisiti». PROSPERO FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis, partis primae tomus primus et secundus: opus nunc denuo reuisum, emendatum & additionibus eiusdem authoris illustratum*, Iacobi Cardon, Lione 1634, Tomo I, *De inquisitione*, Quaestio IV, n. 26.

<sup>616</sup> ALBERTO GANDINO, *Tractatus diversi super maleficiis, Nempe Do. Alberti de Gandino, Do. Bonifacii de Vitalinis, Do. Pauli Grillandi, Do. Baldi de Perigliis, Do. Iacobi de Arena*, apud Iacobi Iuntae, Lione 1555, r. *De quaestionibus*, v. 21 e ANGELO GAMBIGLIONI, gl. *Quod fama publica*, v. 119; IPPOLITO MARSILI, *Elegans & accuratus in titulum ff. de Quaestionibus compilatus Commentarius*, Franciscum Zilettum, Venezia 1564, 16, 18, 48; PARIDE DEL POZZO, *De Syndicatu tractatus elegantissimus*, Ioannis Saurii, Francoforte 1605, *Tortura*, qq. 3, 4, 5.

<sup>617</sup> L'*absolutus ab observatione iudicii* rimane per sempre perseguibile. A questo riguardo, Carmignani affermava che «l'indole del processo inquisitorio sembrò richiedere che il reo, il quale non abbia pienamente provata la sua innocenza, non debba essere autorizzato ad opporre contro un nuovo giudizio sullo stesso delitto la cosa giudicata» [GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Francesco Sanvito editore, Milano 1863, p. 242]. In tal senso FRANCO CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1220, osserva: «tende all'infinito l'opera inquisitoria: esplori una psiche o cada su reperti, testimonianze, responsi peritali e simili, pesca in materie inesauribili; le immagini retrospettive variano nel flusso del dati. Ogni questione prima o poi risulta solubile: basta scavare abbastanza; e il giudice terapeuta, chiamato a missioni importantissime, aborre gli insuccessi. Non ha fondo l'appetito inquisitorio. Nasce da questa bulimia un istituto italiano: mancando le prove, l'imputato viene *absolutus ab instantia*, ma solo *ab observatione iudicii*, con la clausola *stantibus rebus prout stant*, e un possibile seguito non appena *superveniant nova indicia*».

<sup>618</sup> GIULIO CLARO, *Sententiae receptae*, Venezia 1570, lib. V, q. 62, n. 2.

Tortura tanta vis est, ut in ea persistens negando, vel non persistens fatendo, quicquid dixerit puram veritatem dixisse praesumatur, quia, ut inquit Cicero in *Topis ad Trebatium*, verberibus torti, et igne fatigari, que dicunt, ea videtur veritas ipsa dicere, et que a perturbationibus animi sunt, dolore, cupiditate, iracundia, metu, quia necessitatis vim habent, afferunt auctoritatem et fidem.<sup>619</sup>

Il giudice doveva pensarci bene prima di mandare un uomo alla tortura, perché la forza probante delle parole dette si riteneva «*puram veritatem*». L'invito alla prudenza, costantemente rinnovato, non valeva quindi a ricordare solo l'estraneità della tortura alla specie delle pene (giacché essa era tra le *species probationis*), ma anche il suo potenziale assolutorio: torturare un reo convinto era pericoloso, perché ciò poteva avere come conseguenza la sua inappellabile assoluzione. Ovvero, come sintetizzato da Gianbattista De Luca, ci si esponeva «al pericolo di perdere le ragioni acquistate al fisco, e di fare beneficio al Reo»<sup>620</sup>. Perché, se l'assoluzione del reo non fosse stata considerata un effetto necessario del silenzio, tanti moniti alla prudenza, tanti riferimenti al pericolo di benefici indebiti?

L'eventualità di questo beneficio era sostanziale alla definizione dell'istituto, al punto che esso era previsto anche in presenza di prove piene. Altrimenti, spiega l'inquisitore parmense Francesco Bordoni, la tortura non gioverebbe nulla al reo, cosa che evidentemente non è in linea con i suoi scopi:

An tortus a iudice etiam incompetente persistendo purget saltem indicia, si non probationes? Purgat, quia tortura debet prodesse reo, cum sit species probationis.<sup>621</sup>

Altrove Bordoni entra ancor più nel dettaglio:

---

<sup>619</sup> PROSPERO FARINACCI, *Praxis et theoricae criminalis*, Palthenius, Zacharias Erben, Francoforte sul Meno 1606, lib. I, tit. V, *De indiciis et tortura*, q. 40, n. 56. L'opinione prevalente, secondo cui la tortura purga anche le prove piene, si riferisce a *Topica*, cap. 20, § 74. Alberico da Rosciate afferma che la tortura purga «probationes vel indicia» e che così «communiter tenet totus mundus». ALBERICO DA ROSCIATE, *Secunda super Digesto novo*, Lione 1545, ad Dig., 48, 18, 8, pr. I, *Edictum, ff de quaestionibus*, n. 2. L'opinione, già comunemente osservata nel Trecento, è in seguito accolta, tra i vari, da BARTOLOMEO CIPOLLA, *Consilia criminalia clarissimi vtriusque iuris doctoris et militis domini Bartholomei cepole veronensis*, Jacques Giunta, Lione 1525, c. 32, nn. 18-20; IPPOLITO MARSILI, *De quaestionibus*, ad Dig., 48, 18, 8, pr., n. 2; ID., *Practica causarum criminalium*, cit., § *Nunc videndum*, n. 26 (molto importante al riguardo anche il singolare 262 dei *Singularia septingenta* di Ippolito Marsili, di cui si parlerà a breve); FRANCESCO CASONI, *De indiciis et tormentis tractatus duo*, cit., cap. IX, nn. 1-2; AIMONE CRAVETTA, *Consilia*, Cominum de Tridino, Venezia 1566, c. 35, n. 20; DIEGO de SIMANCAS, *De catholicis institutionibus*, op. cit., tit. 63, n. 56; DIEGO DE LA CANTERA, *Quaestiones criminales*, cit., tit. *De reo*, q. 1, n. 13; CESARE CARENA, *Tractatus de Officio Sanctissimae Inquisitionis*, Laurentii Anisson, Lione 1669, Pars II, tit. I, n. 21.

<sup>620</sup> GIAMBATTISTA DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero, Il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, e municipale, nelle cose piu ricevute in pratica : moralizzato in lingua italiana per istruzione, e comodita maggiore di questa provincia*, Modesto Fenzo, Venezia, 1740, p. 82.

<sup>621</sup> FRANCESCO BORDONI, *Francisci Bordoni Opera omnia, iuridico-regularia, et moralia in quinque tomos distributa, Operum Tomus Quartus, qui continentur Resolutionum Pars Tertia, Decisiones Miscellanea, Theatrum praecedentia, De praecedentia Canonica*, Ioannis-Antonii Huguetan et Marci-Antonii Ravaud, Lione 1665, *Varium resolutionum Pars Tertia, Resolutio CXXXIX, De indiciis et tortura*.

An rigorosa tortura destruat non solum indicia indubitata, semiplena probationes, et etiam plenas? Resp. Quo ad semiplenam probationem destruendam prodest rigorosa tortura, et etiam quo ad plenam, convicto scilicet existente reo, respectu poenae ordinariae, quia tortura cum sit species probationis debet aliquid prodesse torturato persistenti in negativa; respectu vero poenae extraordinariae, et mitioris tortura, nihil prodest.<sup>622</sup>

La tortura, essendo «species probationis», non può essere solo a beneficio del fisco, ma anche a beneficio del convenuto<sup>623</sup>, quindi un reo torturato con rigore non può in nessun modo essere condannato alla pena ordinaria<sup>624</sup>, e un'opinione che ne ammetta la condanna *sic et simpliciter* sarebbe evidentemente «in aperto contrasto coi principi generali da cui l'istituto era retto: avrebbe privato la tortura del suo contenuto processuale e l'avrebbe ridotta a inutile sfogo di brutalità»<sup>625</sup>. Di fatti, la tortura non doveva essere confusa con una pena; meglio, dunque, che lo fosse con un'ordalia.

La riflessione di un magistrato tedesco – siamo ormai nel 1742 – può dare una misura del disagio che la *ratio* assolutoria doveva suscitare nei più zelanti fautori dell'ideologia inquisitoria:

Ego me bis vel ter in huiusmodi angustias redactum recordor, et cum collegio, cui adsidebam, dispexi sedulo, annon effugium aliquod et via pateret, tumultus animi et conscientiae, quos ista necessitas excitabat, sopiendi.<sup>626</sup>

Per il magistrato Roehrich la massima è fonte di una tale confusione che egli, come spiega, ha sempre tentato di aggirarla con qualche scappatoia - una condanna, ad esempio - che mettesse a tacere «i tumulti dell'anima e della coscienza».

---

<sup>622</sup> ID., *Sacrum Tribunal iudicum in causis sanctae fidei contra haereticos, et de haeresi suspectos*, Corbelletti, Roma 1648, Cap. XXXV, *De indicatiis et tortura*, n. 64.

<sup>623</sup> Si ricorderà che una medesima funzione pro reo è stata riconosciuta ai giudizi di Dio (cfr. *supra* cap. I, § 4), ma su questo aspetto ci si soffermerà nuovamente più avanti.

<sup>624</sup> Sul problema dell'erogazione della pena straordinaria in luogo di quella ordinaria vedi oltre.

<sup>625</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 137. «A una tale opinione tuttavia s'accostò la dottrina più tarda, in alcuni casi in cui l'eccezione al principio generale non era illogica; e sempre a patto che la tortura fosse stata preceduta da un'espressa dichiarazione che il suo risultato non avrebbe infirmato in nessun modo gl'indizi già raccolti. I casi erano: se l'interrogato non rispondeva affatto, o non rispondeva a proposito; se i delitti attribuitigli eran più d'uno, e seguiva la condanna per quelli soltanto di cui fosse non solamente indiziato ma convinto o confessato; se la reità era certa, pur non essendosi messo in chiaro l'elemento psicologico (dolo o colpa); infine, se di più perone tutte torturate e tutte neganti una almeno era certissimamente colpevole, e allora si infliggeva a tutte una pena straordinaria».

<sup>626</sup> JOHANN WILHELM ROEHRICH, *De malefico convicto sed non confesso*, Ephraim Gottlob Eichsfeld, Wittenberg 1742, cap. 13.

## 2.2 Due soluzioni opposte: Ippolito Marsili e Antonio Gomez

Non erano mancati, nei secoli precedenti, i giuristi dell'avviso di Roerich. Il più notevole è probabilmente Antonio Gomez, professore di diritto a Salamanca, che riservò alla tortura un posto d'eccezione all'interno delle sue *Variae resolutiones* (1552). La sua posizione, molto dura, oltre che molto personale, incentrata sull'idea di una giustizia penale forte e poco incline alla tutela dei diritti privati, esercitò una grande influenza sull'ideologie assolutistiche del XVII secolo<sup>627</sup>, influenza confermata anche dalle ripetute edizioni che le sue opere ebbero, oltre che in Spagna, in Francia e in Italia, fino alla fine del Settecento<sup>628</sup>.

Ad Antonio Gomez la massima assolutoria della tortura sembrava «assurda», ed egli stabilì che, alla luce di principi strettamente giuridici, non fosse opportuno né tanto meno doveroso rispettarla:

Sed advertendum, quod salva eorum pace, ista opinio et conclusio [quella secondo il torturato negativo va assolto] est falsa; imo teneo, quod licet iudex inepte faciat reum torqueri, stantibus veris et legitimis probationibus; tamen si de facto fecit, non per hoc eliduntur et enervantur illae veare et legitimae probationes in processu contentae; licet reus in tortura negaverit, et iudex nihil protestetur, imo licite et iuste potest reus diffinitive condemnari. Primo, quia in actibus dividuis et separabilibus utile per inutile non vitiatur [...]. Secundo, quia expurgatio defuncti vulnerati in favorem rei, contra quem sunt verae, et legitimae probationes, non valet, nec excusat eum a poena, ut supra suo loco dixi: ergo a fortiori expurgatio vel negatio ipsius rei in tortura, non debent eum excusare, stantibus veribus et legitimis probationibus. Tertio, quia alias sequeretur, quod in potestate cujuslibet forte ignorantis et imperiti iudicis, et praeter intentionem suam esset reum culpabilem a poena delicti liberare: quod esset absurdum, et in praeiudicio reipublicae.<sup>629</sup>

Gomez aveva già avvisato, in accordo con l'opinione comune, di non torturare per nessun motivo un reo convinto da prove vere e legittime, perché se quello poi persisteva negando, «statim ipso iure eliduntur et enervantur legitimae et verae probationes», e bisognava assolverlo. Ma questa massima, con buona pace di Alberico da Rosciate, Tommaso da Tortona, Ippolito Marsili e Bartolomeo Cipolla, indicati come esponenti dell'opinione opposta, era del tutto assurda. Infatti, se un giudice inetto faceva torturare un reo convinto da prove legittime, non per questo un suo eventuale silenzio invalidava le prove legittime, ed egli andava

<sup>627</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 171, nota 19.

<sup>628</sup> Fiorelli sostiene che le opere del Gomez furono pubblicate fino almeno al 1735, ma da quanto mi risulta lo furono almeno fino al 1780. *Ibid.*

<sup>629</sup> ANTONIO GOMEZ, *Variae resolutiones*, cit., tomo III, cap. XIII, n. 20.

condannato lo stesso. Questo perché, innanzi tutto, «utile per inutile non vitiatur»: l'atto valido di condannare un reo convinto da prove legittime non era invalidato dalla clausola che prevedeva di liberarlo se negava. Inoltre, cosa non meno importante, secondo Gomez l'atto di liberare dalla pena un reo convinto di colpevolezza era al di fuori dell'intenzione e del potere di un qualunque giudice ignorante e inesperto: ciò sarebbe stato, oltre che assurdo, a pregiudizio dell'interesse pubblico, «absurdum, et in praeiudicio reipublicae».

A preoccupare Gomez è quel valore aggiunto della tortura, percepito come del tutto incoerente con la *ratio* inquisitoria, poiché potenzialmente turbativo del rapporto di sottomissione del reo alla potestà giudiziaria; qualcosa che in un attimo può fare carta straccia del ponderoso e preveniente apparato di regole elaborato dai giureconsulti. Il problema era che, se un giudice, per quanto *ignorans et imperitus*, decideva di far torturare un reo *stantibus veris et legitimis probationibus*, o lo faceva per eccesso di zelo, o stava confondendo la tortura con una pena, oppure, cosa più facile, non era ancora convinto della sua colpevolezza, circostanza che però lo autorizzava alla *quaestio*.

Nei primi due casi, che uniformandosi al linguaggio dei giuristi si possono ricondurre alla figura del giudice disonesto, vale come lezione una memorabile frase di Ippolito Marsili: «Quod potui nolui, quod volui adimplere nequivi». Così il giurista bolognese apre il singolare 262 dei *Singularia septigenta*, che precede di circa cinquant'anni le *Resolutiones* di Gomez. Il tenore della frase è più o meno lo stesso dell'adagio *chi troppo vuole nulla stringe*: «ciò che potevo non lo volevo, ciò che volevo non ero in grado di compierlo». Certi giudici, afferma Marsili, dovrebbero scriversi questa frase a caratteri d'oro in modo da non dimenticarla mai più. Infatti, chi ha per le mani un reo convinto da prove piene, e, potendolo condannare a morte senza bisogno di confessione, decide lo stesso di torturarlo, e ciò per averlo, oltre che convinto, confesso, nel caso in cui poi il reo riesca a superare la tortura persistendo nella negativa, quel giudice, che prima poteva condannarlo a morte, ora non può più farlo, perché *il silenzio del torturato sul suo delitto vale più dell'eloquenza dei testimoni che lo hanno incriminato* (quia... magis videtur verum illud quod dicit et negat cum perseverantia ipse reus... quam illud quod deposuerunt testes contra eum)<sup>630</sup>.

---

<sup>630</sup> «Quod potui nolui, quod volui adimplere nequivi. Et pro ampliatione huius regulae, seu dictorum iuriura, teneas menti unum perpetua memoriam dignum et literis aureis scribendum, quod si iudex habet reum criminis in fortiis suis contra quem habet plenas probationes dicti criminis, et si eum potest absque confessione sua condemnare ad mortem [...], sed volens ipsi iudex ultra probationes dicti maleficii habere confessionem rei ad hoc ut post confessionem suam tanquam confessus et convictus non possit appellare a condemnatione contra eum fienda [...], ponit talem reum ad torturam ut confiteatur dictum crimen seu delicto et hoc vigore dictaur probationum, hoc casu si ipse reus tortus sufficienter semper persistit in negatione tunc iudex non potest ulterius eum condemnare de dicto delicto ut antea poterat, et hoc quia per talem torturam et negationem ac perseverantiam ipsius rei probationes quae erant contra eum sunt debilitatae, et magis videtur verum illud quod



Questa decisa affermazione, benché giunga a conclusioni opposte rispetto a quella di Gomez secondo cui «in potestate cujuslibet forte ignorantis et imperiti iudicis, et praeter intentionem suam esset reum culpabilem a poena delicti liberare», si accorda concettualmente con quest'ultima in un punto fondamentale: esistono circostanze in cui il contenuto della sentenza trascende la potestà del giudice. In entrambe le opinioni è senza indugio additata la condotta del giudice disonesto, ma per Ippolito Marsili l'inconveniente che ne deriva deve essere risolto antepoendo al suo arbitrio la valenza assolutoria della tortura, mentre per Gomez deve essergli anteposto l'interesse della repubblica, che coincide sempre con la condanna del reo.

Il fatto che Marsili affermi la necessità di liberare un reo già convinto, talmente convinto da essere condannabile anche senza tortura, ammettendo quindi il primato di una prova negativa<sup>631</sup> (il silenzio del reo) rispetto a una prova affermativa (le deposizioni dei *testes*),

---

dicit et negat cum perseverantia ipse reus, qui melius scit an deliquerit quam alius, quam illud quod deposuerunt testes contra eum». IPPOLITO MARSILI, *Singularia septingenta, tam vetera, noua, quam recentissima, ex postrema auctoris recognitione. Quibus, praeter omnium hactenus aeditiones, nouae accesserunt additiones plurimae, cum Repertorio dictorum memorabilium aucto supra modum, foeliciter exeunt*, Dominicum Liliium, Venezia 1559, sing. 262. Alcuni giuristi ritennero che questo singolare fosse in aperta contraddizione con il 108, nel quale Marsili diceva: «Alias fui interrogatus a quodam iudice maleficiorum iuvene et tirone, utrum ipse posset condemnare reum quem habeat in fortiis, qui non obstantibus iudiciis urgentibus et etiam legitimis probationibus contra eum existentibus nolebat confiteri crimen, sed semper in tortura et extra perseveravit in negandum delictum commisisse. Cui latrunculatori respondi et dixi quod poterat indubitanter eum diffinitive condemnare ad mortem vel ad membri mutilationem non obstante eius negatione et perseverantia». L'imputato, secondo questo singolare, doveva essere condannato a morte ugualmente, e non assolto come prescritto dal 262. Per tale ragione si ritenne il Marsili «sibi contrario», e i giuristi poterono flettere il suo pensiero a seconda delle proprie convinzioni. Fiorelli, tuttavia, ha fatto notare che, a leggere bene, i due detti non sono in contraddizione l'uno con l'altro, «non foss'altro che in ciascuno dei due singolari è citato l'altro». Tanto più che le *opinio doctorum* citate da Marsili a sostegno del 108, laddove non toccano la questione in modo indiretto, la risolvono in favore del reo. Inoltre, «Nel primo, la tortura è inflitta a un imputato che non è ancora convinto (Marsili non lo dice espressamente, ma l'ipotesi s'accorda bene colla sua esposizione); ma, nonostante il suo negare, altre prove sono raccolte contro di lui, e il loro peso rende inutile la sua resistenza: la confessione non occorre più, la certezza della reità e la conseguente condanna sono ottenute per un'altra via non meno sicura. Nel secondo caso, il reo è già convinto, ma un giudice poco rispettoso delle leggi lo mette ugualmente alla tortura; e l'illegittimità di questa aggiunge alla perseveranza del reo la virtù, che di per sé non avrebbe, di purgare le prove che già prima dei tormenti eran piene e sufficienti alla condanna». PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 142-3, e nota 24.

<sup>631</sup> La procedura penale delle popolazioni germaniche si era basata in massima parte sul sistema delle prove negative (l'ordalia e il giuramento lo erano). Ma, secondo le massime del diritto romano, era moralmente impossibile provare una negativa – a meno che quella negativa non fosse incompatibile con qualche affermativa suscettibile di prova – motivo per cui l'obbligo della prova doveva gravare sulle spalle dell'accusatore: «Actor quod adserverat probare se non posse profittendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit; cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit» (Constit. XXIII, c. *de probat.* IV, 19). I civilisti riconobbero la verità di questo principio. Le *Siete Partidas* di Alfonso X lo affermavano quasi con le stesse parole dei giureconsulti romani. [«La cosa que non es se puede probar nin mostrar segunt natura...», p. III, tit. XIV, l. I]. Poco tempo prima, le *Assises* di Gerusalemme avevano dichiarato che «nul ne peut faire preuve de non»; Beaumanoir, nei *Coutumes des Beauvoisis*, ribadiva l'asserzione dei civilisti: «Li clerc si dient et il dient voir, que negative ne doit pas quevir en proeve» [Cfr. HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, pp. 65-7]. La regola *affirmanti non neganti incubit probatio* enunciata dal *Corpus iuris* e inserita nella Glossa, parzialmente smentita dagli stessi testi romani e canonici attraverso ipotesi in cui la prova poteva essere trattata indirettamente, attraverso presunzioni, dall'atteggiamento dell'imputato, oltre che dall'uso di disporre delle posizioni negative, fu poi stravolta dalle interpretazioni Bartolo e di Bredo. In molto casi l'onere spettava al convenuto, dovendo il giudice decidere quali

conferma che quel principio era da taluni ritenuto come realmente costitutivo della tortura. Le *plenas probationes*, presenti sia nel suo esempio che in quello di Gomez, corrispondevano all'ideale massimo dell'evidenza, in assenza della quale, in linea teorica, «la condanna per un delitto grave non è possibile, ed in presenza della quale la medesima diventa *doverosa, a prescindere da un eventuale diverso convincimento del giudice*»<sup>632</sup>. Quindi, in accordo con l'opinione di Gomez, la condanna di un reo convinto da *plenas probationes* avrebbe dovuto essere davvero un atto doveroso e addirittura automatico della risultanza processuale, ma non del risultato della *quaestio*. Non è tuttavia così nella soluzione marsiliana, dove l'effetto assolutorio del silenzio è considerato più vincolante di quelle prove<sup>633</sup>.

### 2.3 «Casus valde cotroversus»: la tortura del reo convinto

Anteporre la prova negativa emersa dalla tortura a una prova positiva emersa dall'inchiesta significa di fatto ritenere la sentenza un effetto più che necessario della tortura. Questa «necessità», tuttavia, si costituisce in modo eccezionale, in relazione a un caso altamente

---

*probationes duriore* fosse tenuto a dare colui contro il quale esisteva *aliqua praesumptio*. La dottrina posteriore individuò poi l'ipotesi in cui chi negava doveva provare il fondamento della propria negazione in base al principio bartoliano «Negativa quando est fundamentum intentionis alicuius, rogant incubit eius probanti»: una negazione poteva trasformarsi in affermazione qualora si fosse dimostrata «fundamentus intentionis» [Cfr. PAOLO MARCHETTI, *Testi contra se*, cit., p. 31]. D'altronde, il duello giudiziario stesso aveva come fondamento la prova negativa, e la stessa cosa, a ben vedere, può dirsi della tortura.

<sup>632</sup> Il corsivo è mio. MARCELLO DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli Editore, Torino 2009, p. 72. La prova piena è costituita dalla confessione del reo, dalla deposizione di due testimoni, necessariamente oculari, oppure dalla presenza di documenti che dimostrino direttamente la commissione del reato.

<sup>633</sup> Mi piace concludere questo paragrafo con la suggestiva descrizione che fa Fiorelli del frontespizio della *Practica causarum criminalium* di Marsili, nell'edizione veneta del 1526-1529; descrizione annunciata più volte nel corso del testo, significativamente rimandata all'ultima pagina de *La tortura giudiziaria*: «In alto a sinistra [del frontespizio della *Practica*] vi si scorge, dietro un'inferriata, un gruppo di prigionieri ammonticchiati bestialmente in un buio carcere. Davanti a loro, fuori dall'inferriata, sparsi sopra una rozza tavola alcuni strumenti di tortura e disupplizio: il flagello, la mannaia, il mazzuolo; altri poi sono disseminati per terra: un braciere, un paio di tenaglie, un coltello. A destra, un condannato a morte è steso bocconi sul patibolo, e sul collo sta per piombare la mannaia, mossa dal carnefice; poco discosto, un altro carnefice sta passando attorno al collo d'un altro condannato la corda fatale: spettacoli quotidiani, l'uno e l'altro, della *practica causarum criminalium* dell'epoca. Nel mezzo della pagina, dominante, una scena di tortura: un muscoloso tortore solleva a forza di braccia la corda; in alto, la sinistra carrucola sembra quasi cigolare; al capo opposto pende la corda dell'imputato, seminudo, teso nello sforzo inumano che gli va spezzando le braccia; tre armigeri con aste e spade lo sorvegliano: "Dichas veritatem", è scritto ai loro piedi. È la tremenda macchina della giustizia penale di quei tempi. Ma in basso, a sinistra, il disegnatore ha colto un gruppetto di dottori: uno giovane, tre vecchi dalle venerabili barbe: si guardano tra loro accigliati, discutono; sopra la testa di uno di loro, il loro giudizio: 'Non debet torqueri'. E più in là, nei vari punti della tavola, presso le singole figure: "Non debet mori"; "Non debet dechapidari"; "Non debet suspendi". In basso a destra, sotto un nobile baldacchino, sta seduto avanti a'suoi scolari un vecchio maestro dalla lunga zazzera e dalla barba fluente, in cui la sigla, non foss'altro, e più d'una delle caratteristiche iconografiche più spiccate ci fanno riconoscere senz'ombra di dubbio lo stesso Ippolito Marsili. L'occhio è sempre, pur nella vecchiezza, vivacissimo, l'atteggiamento ieratico ricorda un poco le figurazioni classiche dei profeti: guarda severo alle feroci esecuzioni, leva contro di esse l'indice, in atto ammonitore». PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 283-4.

problematico. Essa emerge, cioè, solo nell'eventualità fino a qui descritta: torturato convinto e negante.

Ci conferma Giacomo Menochio, colto giurista pavese del XVI secolo, tra i curatori del *Tractatus universi iuris*, che il caso è «valde controversus». Alcuni, tra i quali Alberico da Rosciate, Tommaso Cipolla, Angelo Aretino, Tiberio Deciani, Tommaso Grammatico<sup>634</sup>, Tommaso da Tortona e Aimone Cravetta sostengono, insieme a Marsili, che un giudice che torturi in presenza di prove piene sia «fatuum» e che il reo vada liberato; altri, tra cui Bartolo, Baldo<sup>635</sup>, Angelo di Castro, Andrea d'Isernia, Paride del Pozzo, Felino Sandei, Matteo degli Afflitti e naturalmente Antonio Gomez sostengono che il reo possa e anzi debba essere punito con la pena ordinaria, anche con la morte se il delitto lo richiede. A questo partito si associa Menochio, che così argomenta: se esiste una prova piena contro il reo, non la si può ignorare solo per la costanza dimostrata nei tormenti, perché non sempre si può accordare fiducia alla tortura fragile e pericolosa (la *res fragilis* della definizione ulpiana contrasta nettamente con la *tanta vis* di quella ciceroniana). Vi è poi una «*mediam viam*», seconda la quale il reo deve essere condannato a una pena minore, ma non alla morte<sup>636</sup>.

Tra i casi per cui si comminava la pena minore c'era anche quello del reo che aveva reso una *confessio qualificata*. A differenza della *simplex*, dove la deposizione resa aveva l'univoco significato di sfavorevolezza per il confitente, quella qualificata, insieme al pregiudizio, conteneva anche elementi che ne ridimensionavano la portata. In tal caso, la maggior parte dei

---

<sup>634</sup> Grammatico, definito «sibi parum constans», cioè incoerente, similmente a Marsili «sibi contrarius», è citato come esponente anche dell'opinione opposta, nonché di quella media. Egli in effetti sembra trovare buone ragioni in tutte e tre le posizioni della *pugna sententiarum*.

<sup>635</sup> Come rileva Fiorelli, Baldo si dichiarò contro l'opinione comune che rifiutava la tortura del reo convinto. «Ammettendo questa tortura, egli non diceva se si riferiva al reo convinto con piene prove o a quello convinto con indizi indubitati. Certo, il secondo caso era compreso in tutti i modi nell'ipotesi». Anche il primo, tuttavia, fu accettato da alcuni scrittori autorevoli come Paride del Pozzo, Francesco Dal Bruno e Francesco Casoni. cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 8, nota 8.

<sup>636</sup> «Quarto est casus [i precedenti riguardavano indizi lievi, indizi urgenti e indizi urgenti e indubitati], quando plene extant probationes adversum ipsum reum totum negantem, se deluquisset: hic casus est valde controversus, si quidem tres sunt opiniones. Prima fuit opinio eorum, qui affirmarunt, purgatas et extintas esse omino liberandum [...]. Secunda est opinio, quod imo per torturam non censetur purgatae et extintae probationes, sed posse ed debere puniri poena ordinariis etiam mortis, si delicti qualitas id sert [...]. Et haec quidem opinio verior et probabilior mihi videtur [...]. Ea autem me movet ratio, quod cum plena illa probatio multorum testium facta delictum ab hoc reo fuisse perpetratum demonstret, recedendum non est a certa illa probatione, ob constantia in tormentis ipsius torti: cum non semper habenda sit fides quaestioni et torturae fragili et periculosa [...]. Et hic quidem casu longe diversam rationem habet a praecedenti, in quo extant sola indicia, que non reddunt delictum certo commissum, sed dubiam tantum solo faciunt probationem. Non mirum igitur, si tortura reo adhibita satis facile diluitur: secud vero est in casu nostro. Tertia est opinio quae mediam (ut dicit solet) viam eligit, ut scilicet non omnino poena ordinaria puniatur, sed poena indicatur extraordinaria pro iudicis arbitrio [...]. GIACOMO MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, Samuelis de Tournes, Ginevra 1690, lib. II, cent. III, casus 273, nn. 7-10.

giuristi voleva che il reo fosse condannato alla pena straordinaria<sup>637</sup>. Tra questi Farinacci, che si raccomanda anche di non torturare mai un reo confesso di confessione qualificata, perché se quello poi persiste nella tortura dichiarandosi innocente, deve essere assolto. Se così non fosse, commenta, ne conseguirebbe «quod tortura nihil prodesset reo, quod est absurdum»<sup>638</sup>. Si torna al problema dell'insensatezza di una *quaestio* che non giovi nulla al reo. Essa deve giovargli perché, a rigor di logica, uno strumento di indagine positiva, che ricerchi la verità, deve partire dal presupposto che quella verità sia ancora sconosciuta e dunque potenzialmente favorevole anche al reo. Ma è proprio quando il reo appare maggiormente compromesso che molti giuristi ritengono di dover esaltare il valore salvifico della tortura. Ciò non è in linea con la sua funzione positivista, ma lo è senz'altro con quella purgatoria e ludica.

Come si è detto, la qualità purgatoria attribuiva alla tortura anche una connotazione penitenziale legata all'implicito ma forte sottinteso secondo cui il reo andava punito per il solo fatto di essere stato indiziato di un crimine odioso. Egli, subendola, espiava il sospetto a prescindere che lo si dovesse poi costringere ad espiazioni più definitive, e in tal modo almeno una parte degli interessi del fisco trovavano soddisfazione. Per funzione ludica si intende invece quella proprietà della tortura strettamente connessa al duello<sup>639</sup> che costringe il giudice in una posizione di azzardo rispetto all'esito del processo. È, più precisamente, la tortura «in praeiudicio reipublicae» di Antonio Gomez. La posta messa in gioco dal giudice, infatti, ammette che il processo devii dall'*iter* strettamente inquisitorio e dunque prevedibile per seguirne uno più imprevedibile, nel quale l'interesse del reo potrebbe prevalere su quello del fisco. La tortura, messa nelle mani di chi non sa fare il proprio mestiere, va quindi a pregiudizio della repubblica, perché libera da molti vincoli, e anche da molti veli dottrinali, il suo potenziale assolutorio. Una buona parte dei giuristi sa che negarglielo significherebbe esautorare anche il suo potenziale condannatorio, e la *pugna sententiarum* nasce proprio là dove i nodi vengono al pettine: l'esempio classico del giudice *ignorans et imperitus* che tortura

<sup>637</sup> Se il reo che ha prestato una *confessio qualificata* possa essere torturato: «Contrarium, quod imo istu casu reus nullo pacto torqueri possit, des quod debeat in poenam extraordinariam condemnari, pluribus comprobatur». PROSPERO FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis*, Iacobi Cardon, Lione 1635, Pars tertia, *De Reo confessus et convictus*, cap. IV, q. 81, n. 137.

<sup>638</sup> «Ratio huius contrarie opinionis, quae sine dubio apud nos magis servatur in practica [...] quia scilicet, si reus tortus, ut simpliciter respondeat, persistat in tortura, absolvendus itaque est, cum per torturam, non obstante quacumque protestatione, tamquam contraria facto, purgentur nedum indicis, sed etiam probationes [...] et ideo ad effugiendum istud periculum cautius est devenire ad poenam extraordinariam. Et licet contrarium, quod imo, etiam quod sic confitens cum qualitate, si in tortura persistat, possit condemnari, [...] testantem ad triremes fuisse condemnatum quendam, qui in tormentis sustinuerat, ad sui necessariam defensionem occidisse. [...] Primam tamen opinionem credo verioem, quia sic haec ultima esset vera, sequeretur quod tortura nihil prodesset reo, quod est absurdum». *Ivi*, nn. 138-40.

<sup>639</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 4.5.

il reo pur disponendo di prove piene ha una funzione molto simile a quella dell'esperimento scientifico, nel quale si crea in laboratorio una situazione artificialmente ristretta del problema per costringere la natura a dare una risposta quanto più univoca e precisa. Si esclude, per così dire, la *totalità* della tortura, che è senza dubbio condannatoria, per verificarne la tenuta su un piano più incerto. L'esempio del giudice *imperitus* mette in perfetta evidenza il contrasto tra verità materiale e verità della *quaestio* e costringe i giuristi a propendere o per l'una o per l'altra verità, quindi o per l'una o per l'altra tortura. Non è un caso che entrambi i partiti ritengano che la parte avversa perori una causa «assurda». Se la tortura serve la causa della repubblica, è assurdo assolvere un reo convinto; se la tortura serve la causa della verità (intesa come verità pratica, legata all'impostazione filosofico-giuridica dell'*ordo iudiciarius*) è assurdo non assolverlo, anche se ciò significa agire *contra ius* ignorando un elemento vincolante come una prova piena. Non bisogna dimenticare, inoltre, la prerogativa extrastatuale dell'*ordo iudiciarius*, per il quale ogni ingerenza esterna rappresentava una *perversio ordinis*, concetto poi rifiuto e riformulato nella massima del diritto comune secondo cui la *consuetudo curiae*, o *stylus*, ovvero l'insieme delle regole di diritto sanzionate dalla pratica uniforme dei tribunali, «pro lege habeatur»<sup>640</sup>, doveva cioè essere tenuta per legge, essendo inferiore al solo diritto naturale<sup>641</sup>. La prassi, quindi, andava rispettata persino *contra ius* e contro il principe, pena l'invalidazione degli atti processuali («nulla sit citatio facta contra stylum»)<sup>642</sup> e l'esposizione del giudice a un accertamento di responsabilità («non observans stylus litem suam facit et tenetur in Syndacatu»)<sup>643</sup>. E la prassi voleva, per l'appunto, che la tortura purgasse gli indizi e anche le prove piene. Lo dichiara la massima autorità del diritto comune in materia criminale, Prospero Farinacci, il quale afferma che l'opinione secondo cui il reo *persistens* «sit absolvendus, et relaxandus», in quanto «per torturam censetur purgata non solum indicia, sed indicia urgentissima et indubitata, ac etiam plaenae probationes», è senza dubbio «magis communis et magis servata, etiam verior, declarata tamen temperata»<sup>644</sup>. Anche per l'opinione avversa Farinacci cita diverse autorità,

<sup>640</sup> Marsili ricorda più volte, ad esempio nel singolare 118, che «Stylus curiae est attendendus et observandus». L'autorità di legge attribuita allo *stylus* è, come si è detto, risalente, ma per quanto riguarda il diritto comune la sua formulazione si trova già, per esempio, in MATTEO DEGLI AFFLITTI, *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani*, Michaellem Bonellum, Venezia 1575, dec. 135, n. 3, 242; dec. 78, n. 6, 158; dec. 283, n. 6, 504. Cfr. NICOLA PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., pp. 33 ss.

<sup>641</sup> Da cui «nullus stylus potest praevalere contra ius naturale».

<sup>642</sup> CARLO PELLEGRINI, *Praxis vicariorum et omnium in vtroque foro iusdicentium quatuor partibus comprehensa: in prima continentur omnia, quae ad vicariorum quorumcumque potestatem, atque officium pertinent. In II. traditur praxis procedendi in causis civilibus. In tertia methodus in gradu appellationis. In quarta vero habetur exactissima practica criminalis*, Antonij Tiواني, Venezia 1681, pars IV, sectio II, n. 78, 285; così anche SALLUSTIO TIBERIO DA CORNETO, *Practica iudiciaria*, Roma 1593, I, cap. I, n. 7.

<sup>643</sup> CARLO PELLEGRINI, *Praxis vicariorum*, cit., pars IV, sectio II, n. 78, 285.

<sup>644</sup> PROSPERO FARINACCI, *op. cit.*, lib. I, tit. V, *De indicis et tortura*, q. 40, n. 8.

tra le quali, oltre a Marsili «sibi contrarius»<sup>645</sup>, Baldo, Paride del Pozzo, Felino Sandei e Antonio Gomez, ma di fatto non la accredita.

Ci dice Fiorelli che la dottrina più tarda ammise la condanna *sic et simpliciter* del *persistens*, non tanto per maggiore rigore quanto per una maggiore tendenza ad approfondire la casistica, e sempre previa espressa dichiarazione del giudice nella quale si avvertiva che il risultato della *quaestio* non avrebbe infirmato gli indizi già raccolti, e comunque solo in situazioni in cui l'eccezione al principio generale non sembrava illogica. Ad esempio, se l'interrogato non rispondeva a tono alle domande, o se proprio non apriva bocca; se i delitti imputatigli erano più d'uno e di alcuni era già convinto e confesso; se la reità era certa, pur non essendo chiaro se vi fosse il dolo o soltanto la colpa; se, di più persone tutte torturate e tutte neganti, almeno una era sicuramente colpevole, e allora si infliggeva a tutti quanti una pena straordinaria<sup>646</sup>. Quest'ultima, a patto che fosse inferiore alla pena ordinaria (la condanna a morte), poteva avere diversi gradi di durezza (mutilazione, fustigazione, triremi, esilio) e, come si è visto, era la soluzione preferita dalla «*mediam viam*». I giuristi la suggerirono con maggiore frequenza a partire dalla seconda metà del Cinquecento, quando, per ragioni connaturate all'evoluzione dell'assolutismo monarchico, si andò consolidando il partito che riteneva assurda l'idea che un malvivente potesse essere rimesso in libertà a causa dell'imperizia di un giudice<sup>647</sup>. E tuttavia, anche la giustificazione teorica addotta a sostegno della pena straordinaria conferma che la questione era stata colta nel suo significato più critico. In caso di reo convinto ma persistente, infatti, il partito di mezzo raccomandava la pena straordinaria per due ragioni: perché il reo convinto, con la sua perseveranza, aveva purgato una parte, ma una parte soltanto, delle prove a suo carico<sup>648</sup>; o perché nei tormenti egli aveva scontato una parte, ma una parte soltanto, della pena ordinaria, ritenendo quindi che quella tortura fosse «*in locum poenae surrogate, ac merito partem supplicii*

<sup>645</sup> Come abbiamo visto, diversi giuristi, tra cui Farinacci, ritennero che i singolari 108 e 262 fossero in contraddizione l'uno con l'altro. Cfr. *supra* nota 630.

<sup>646</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 137.

<sup>647</sup> *Ivi*, p. 140.

<sup>648</sup> La condanna veniva qui intesa come un caso particolare della condanna su indizi indubitati. Paride del Pozzo fa l'esempio del ladro «*publicus et convictus*» che resiste, senza confessare il delitto, a una tortura rigorosa: «*Et sic puto, quod sit sufficiens non ad poenam sanguinis extraordinariam imponendam, vel ad religionem tanquam hominem malae famae, vel ad deputandum ipsum ad opus publicum, ad purgandam provinciam malis hominibus, sed ad poenam, [...], quod a praesidem spectat, generaliter contra latrones inquirere, et homines malae conditionis et vitae punire: [...] quia pene moriatur ex debilitate probationum, [...] in quo relinquo cogitando iudicibus curiosis, tenere Rempubicam pacatam et purgatam malis hominibus*». PARIDE DEL POZZO, *De Syndicatu*, *op. cit.*, v. *Tortura*, *Quidam latro famosus...*, n. 7; così anche TOMMASO GRAMMATICO, *Consilia vota, seu juris responia*, Franciscum Zilettum, Venezia 1557, *consilium* 12, n. 9; ID., *Decisiones*, cit., *decisio* 8, n. 8; *decisio* 96, n. 6; EGIDIO BOSSI, *Practica et Tractatus Varii*, Sebastianum Henricpetri, Basilea 1580 (prima edizione: Lione 1562), tit. *de inquisitione*, n. 30; GIULIO CLARO, *Sententiae receptae*, *op. cit.*, q. 64, n.38; ANTONINO DIANA, *Resolutiones morales*, François de Waudré, Mons 1636, *tractatus* IV, q. 6, n. 33.

constituunt»<sup>649</sup>. Non si sarebbe potuta isolare una testimonianza più esplicita del significato purgatorio e penitenziale della tortura, giacché, da simili argomentazioni, la tortura non emerge affatto nella sua veste di *veritatis indagatio*.

---

<sup>649</sup> Questa posizione è descritta da Johann Christoph Goetz: «Alii vero statunt, plenas probationes, per torturam adhibitam, purgatas, hinc inquisitum potius prorsus absolvendus esse. E contrario nonnulli icti hocce in casu madiam viam amplectuntur, nam inquisitum convictum et in tortura negantem, a poena quidem ordinaria eximunt, sed nihilominus tamen extraordinaria poena puniendum esse putant, et quidem haec poena discretioni et arbitrio iudicis est reliquenda. Haec opinio propterea pre aliis nunc recensitis maiore aequitate niti ex ea ratione videtur, quia aequitati consentaneum, ut iudex de asperitate poenae ordinariae quid remittat, et iuris rigorem temperet, ob tormenta, quae reus de crimine convictus, perpressus est, nam ipsa tormenta illata, in locum poenae surrogate, ac merito partem supplicii constituunt». JOHANN CHRISTOPH GOETZ, *De tortura eiusque usu et effectibus*, Breitkopf, Lipsia 1742, cap. III, § 6. Goetz fa riferimento al *Codex Fabrianus*, secondo il quale: «Cum iudex pronunciavit, habenda de reo quaestionem, hoc tamen addito, ut ne quid iam suppetentibus probationibus derogetur, parum reo prodest, quod vim tormentorum patientia et contumacia sua fregerit: nihil enim ideo de poena criminis ordinaria remitti oportet, si plene probationes fuerunt, nisi quod si eius poenae differentes species ac veluti gradus quidam sint, nihil prohibet adhiberi ex causa moderationem». ANTOINE FAVRE, *Codex Fabrianus Definitiorum*, Petrus et Iacobus Chouet, Cologny 1628, lib. IX, tit. XXI, *definitio* 9.

### 3. Implicazioni giuridiche e degenerazioni pratiche della massima assolutoria

#### 3.1 Tortura come pena

L'accostamento tra tortura e pena, giuridicamente inammissibile, è presente di fatto in diversi testi, soprattutto normativi<sup>650</sup>. Essa è imputabile, nella maggior parte dei casi, a un uso duttile del termine «poena»<sup>651</sup>, che può esprimere sia l'aspetto coercitivo della *quaestio* sia quello afflittivo del pregiudizio fisico derivante da una condanna; o anche a un uso duttile del termine «tortura», il cui significato, come scrive Sebastiano de' Medici nel suo trattato di definizioni, deriva dal verbo *torquere*, nel quale si fa rientrare qualsiasi pena corporale e qualunque forma di tormento<sup>652</sup>. Nel *De indiciis et tortura* (1495) il giudice Francesco del Bruno ammette che tra gli scopi della *quaestio* ve ne sia anche uno «ad criminis punctionem» e porta come esempio il caso del delinquente colto sul fatto da un pubblico ufficiale, che a quel punto lo fa blandamente torturare<sup>653</sup>; sulla stessa linea Paolo Grillando, che nel *De quaestionibus* afferma che all'insolvente che non può corrispondere una pena pecuniaria si deve comminare la tortura<sup>654</sup>. Ma sono casi per cui non varrebbe la pena di scomodare i giureconsulti, dice Fiorelli, non avendo quelle torture nulla in comune, a parte il nome, con la *quaestio rigorosa* associata ai reati più gravi, tanto che oggi le si potrebbe paragonare a delle «contravvenzioni di polizia»<sup>655</sup>. Tuttavia c'è anche chi, come il giurista Giovanni Luigi Riccio,

---

<sup>650</sup> La tortura si comminava come pena in caso di reati lievi, che di conseguenza non riguardavano, se non incidentalmente, le trattazioni giuridiche. Tra questi la bestemmia, ingiurie e molestie, il turbamento dell'ordine pubblico, il favoreggiamento di evasi, l'accattonaggio, il contrabbando, la prostituzione e altri reati contro il buon costume, irregolarità e frodi commessi da pubblici ufficiali. Materie che spettavano alle legislazioni locali, per lo più regolate da editti, bandi, ordinanze e gride.

<sup>651</sup> Il Codice di Giustiniano parla di «poenae [...] quas fiduculae et tormenta constituunt», intendendo chiaramente le torture. *Codex*, 9, 41, 16, l. *Decuriones*, in pr., C. de *quaestionibus*. Le *Siete Partidas* definiscono la tortura una specie di pena: «tormento es manera de pena» (tit. 30, l. 1), anche se l'edizione curata da Gregorio Lopez cambia la definizione in «manera de prueba».

<sup>652</sup> SEBASTIANO DE' MEDICI, *Tractatus de definitionibus. In quo declarantur feré omnes communes termini iuris V. Nunc primum in lucem editus cum indice materiarum copiosissimo*, Carolus Pectinarium, Firenze 1571, pars II, 10, n.1.

<sup>653</sup> «Tortura potest fieri ad triplicem finem, nam quandoque fit ad criminis punctionem [...]. Exemplum, quando officialis reperit aliquem in flagranti, nam facit illum ex hoc fustigari, vel aliter torqueri [...]. Quandoque fit ad iurisdictionis defensionem et ista tortura debet esse modica et temperata [...]. Quandoque fit ad criminis inventionem, et de hac est materia nostra». FRANCESCO DAL BRUNO, *Tractatus de indiciis, et tortura*, Gulielmum Rouilium, Lione 1546, pars II, q. 7, n. 1.

<sup>654</sup> «Videmus alias quod vilis persona et pauper que propter inopiam non potest solvere penam pecuniariam, licet in corpore per torturam, et sic eo casu tortura ipsa datur pro poena». PAOLO GRILLANDO, *Tractatus de hereticis et sortilegijs omnifariam coitu eorumque penis. Item de Questionibus et tortura ac de relaxatione carceratorum Domini Pauli Grillandi*, Iacobum Giuncti, Lione 1536, lib. IV, *De quaestionibus et tortura*, q. 5, n. 9.

<sup>655</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 225.



ascoltato consultore della Curia arcivescovile napoletana<sup>656</sup>, ricorda che la tortura non dovrebbe avere luogo per reati piccoli, ad esempio «in furto minimo», dato che «tortura gravior poenam est, quam sit abscissio utriusque manus»<sup>657</sup>.

In altri casi la promiscuità tra pena e tortura appare più problematica. Nell'*Ordonnance criminelle* del 1670, nata su iniziativa di Jean-Baptiste Colbert sull'onda di un'affermazione intimidatoria del processo penale, sia la «question sans réserve des preuves» che quella «avec réserve des preuves» sono annoverate tra le pene, subito sotto, per asperità, alla pena di morte. In proposito commenta il giurista Daniel Jousse che «cette peine est regardée comme plus sévère que celle des galeres à tems, et avec raison, parce qu'elle peut avoir trait à la mort, dans le cas ou l'Accusé avoueroit à la question»<sup>658</sup>. Si può, da un lato, ricondurre la convergenza tra tortura e pena al mero piano dell'afflizione corporale, come fa lo stesso Paolo Grillando, che però puntualizza: «non dicitur proprie poena quae habeat effectum iuris»<sup>659</sup>; dall'altro, quello di Daniel Jousse, l'una e l'altra si trovano accomunate da un nesso che oggi si definirebbe psicologico: la tortura può essere assimilata alla pena perché ne rappresenta in qualche modo un'anticipazione, e del tipo peggiore, cioè la condanna a morte. Annoverarla tra le pene, come fa l'*Ordonnance* del 1670, presuppone l'inasprimento dei suoi termini di applicazione, implica cioè una tortura la cui durezza e ineluttabilità sono tali da far sì che il suo *effectum iuris* risulti determinato a priori. Dal momento che la *rigorosa quaestio* conduce quasi sempre alla condanna del reo si può dire che essa sia idealmente (e statisticamente) più vicina alla pena che a un mezzo di purgazione. Ma, come ha osservato Foucault, se il *patiens* è colpevole le sofferenze inflitigli sono «ingiuste»<sup>660</sup>, cioè illegali, perché tanto più è certa la colpevolezza tanto più la tortura risulta privata dei suoi peculiari effetti giuridici. Così l'insistenza sulla necessità di liberare il reo convinto che sia riuscito a tenere la negativa equivale a ribadire la non ineluttabilità della tortura e quindi la sua estraneità alle pene, il che dovrebbe essere già implicito nel suo *effectum* purgatorio. Tuttavia, esiste un'interpretazione della tortura nella quale è valido anche il ragionamento contrario: il suo *effectum* purgatorio è già garanzia di pena, perché si ritiene che la sofferenza produca *emendatio*. Proprio sulla base di ciò, la *mediam viam* raccomandava che il reo *convictus* ma *perpessus* non fosse punito con la pena ordinaria, giacché si era già liberato di una parte dell'accusa «ex debilitate

<sup>656</sup> Cfr. LORENZO GIUSTINIANI, *Memorie storiche degli scrittori legali del Regno di Napoli*, Stamperia Simoniana, Napoli 1787, vol. III, pp. 104-7.

<sup>657</sup> GIOVANNI LUIGI RICCIO, *Decisiones Aureae Curiae Archiepiscopalis Neapolitanae*, apud Iuntas et Baba, Venezia 1648, decisio XII, n. 8.

<sup>658</sup> DANIEL JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670. Avec un abrégé de la justice criminelle*, Debure, Parigi 1763, p. 445, commento al tit. 25, art. 13.

<sup>659</sup> PAOLO GRILLANDO, *De quaestionibus et tortura*, *op. cit.*, q. 7, n. 6.

<sup>660</sup> MICHEL FOUCAULT, *op. cit.*, p. 45.

probationum», secondo alcuni, o aveva già scontato «partem supplicii», secondo altri. Solo quest'ultima posizione eleva gli effetti della tortura del reo convinto al punto da presentarla come un surrogato della pena; entrambe ne valorizzano al massimo gli effetti purgatori, e questo a partire dalla sua illegittimità, perché la tortura di un reo già convinto, rendendo superflua la *veritatis indagatio*, attiva tutte le potenzialità della *purgatio* e ne distilla il significato penitenziale. Se nella soluzione marsiliana pesa l'aspetto ludico della tortura, e cioè che essa non può essere comminata senza che vi sia un rischio anche per il fisco, la soluzione della *mediam via* slatentizza l'affinità tra tortura e pena, incorporata nel valore purgatorio.

Esiste poi una dimensione «spirituale» nella quale l'associazione con la pena, per attivarsi, non necessita di alcuna premessa di illegalità, anzi è l'associazione con la pena a costituire in qualche modo la premessa della tortura. Essa vi figura come portatrice di *metanoia*, cioè di una conversione, in questo caso veicolata dalla sofferenza fisica, che ha effetti interiori definitivi; inflitta anche e soprattutto come pena, intesa nel suo significato originario di *ποινή*, termine che August Pott trae dalla radice *pû*, purgare, e che si trova nel sanscrito *pûnya*, ciò che è puro<sup>661</sup>.

La tortura come strumento di purificazione<sup>662</sup> è sempre associata al reato di eresia e trae i suoi effetti salvifici (di salvezza dell'anima) proprio dalla valenza penitenziale<sup>663</sup>. Sulla base di ciò, alcuni autori raccomandano di stimare sempre per eccesso, mai per difetto, il valore legale degli indizi a carico del reo, e di torturarlo senza troppi scrupoli. Non è un caso che questa opinione si trovi approfondita nei manuali di inquisitori e teologi.

Rispetto all'uso della tortura Eliseo Masini avvertiva che, «quando gl'indizj sono legittimi, bastevoli, chiari, e (come dicono) concludenti *in suo genere*, può e deve l'inquisitore senza alcun biasimo farlo, acciocché i Rei, confessando i loro delitti, si convertano a Dio, e per mezzo del castigo salvino l'anime loro»<sup>664</sup>. Juan de Rojas, inquisitore a Valencia e poi vescovo di

<sup>661</sup> OTTORINO PIANGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Albrighi & Segati, Roma 1907, v. *Pena*.

<sup>662</sup> Cfr. anche il saggio di EDWARD PETERS, *Destruction of the Flesh, Salvation of the Spirit. The Paradoxes of Torture in Medieval Christian Society*, in ALBERTO FERREIRO (a cura di), *The Devil, Heresy and Witchcraft in the Middle Ages. Essays in Honor of Jeffrey B. Russell*, BRILL, Leiden-New York-Köln 1998, pp. 131-148.

<sup>663</sup> Un allievo di Carnelutti, Giuseppe De Luca, trovava conferma della sua tesi sulla penitenzialità della tortura nel fatto che essa venisse applicata ai rei convinti, il che ne metterebbe in luce la valenza purificatoria: «Che la tortura abbia avuto anche una funzione penitenziale è confermato dal fatto che essa fu adoperata anche nei casi di flagranza di reato, dove non v'è alcun delitto da accertare. Ma poiché, secondo la concezione del tempo, chi ha commesso il delitto e persiste nel diniego è considerato *impoenitens seu pertinax*, si cerca di farlo confessare nei tormenti allo scopo di provocarne il pentimento. [...] Solo attraverso il tormento della carne, si pensava, il reo avrebbe liberato lo spirito dalle pastoie del male, deponendo il peso della propria reità». GIUSEPPE DE LUCA, *La Tortura nei rapporti tra processo e pena*, in «Rivista di diritto processuale civile», 4, Padova 1949, pp. 329-330.

<sup>664</sup> ELISEO MASINI, *Sacro arsenale, ovvero Pratica dell'Ufficio della Santa Inquisizione*, Stamperia di S. Michele a Ripa, Roma 1730, Sesta parte, *Del modo d'interrogare i Rei nella Tortura*, p. 263.

Agrigento fino al 1577, anno della sua morte, consigliava la stessa cosa nel *De haereticis*, opera apparsa in Italia nel 1583 nella celebre raccolta sulle cause di fede curata da Francesca Peña:

Haeretici confessio non modo Reipublicae, sed ipsimet haeretico est plurimum prosutura. [...] Ideo merito dicere possumus, hoc remedium torturae esse favorabile, cum de eius conversione et absolute agatur.<sup>665</sup>

La tortura è «remedium favorabile» al reo perché lo induce alla conversione e all'assoluzione. In linea con questa prospettiva, torturare un colpevole non significa privare la *quaestio* dei suoi effetti salvifici, anzi: tanto più il reo è colpevole tanto più si rende necessaria la tortura, non solo perché, costringendolo a confessare, lo si possa condannare, ma anche perché lo si possa salvare. È vero che il suo corpo perirà per mezzo della *poena ordinaria*, ma la sua anima si salverà per mezzo della confessione<sup>666</sup>. Quindi, se da un punto di vista strettamente giuridico la tortura non può essere considerata una pena in quanto essa è *purgatio*, da una prospettiva prettamente spirituale essa è una pena proprio nella misura in cui è anche *purgatio*.

Il teologo Tommaso Del Bene nel *De officio S. Inquisitionis circa haeresim* riprendeva la formula di Rojas<sup>667</sup> fornendo un interessante approfondimento: si affronta la questione se, quando il reo sia gravemente indiziato, l'inquisitore debba procedere alla pena straordinaria oppure alla tortura. Del Bene indica la strada delle tortura, a patto che il reo sia un soggetto torturabile e «servatis omnibus ad torturam requisitis», affinché, «reperta veritate, poena ordinaria damnetur, vel absolvatur; cum tale remedium iure statuum sit ad extorquendam veritatem»<sup>668</sup>. La tortura, inoltre, è preferibile alla pena straordinaria perché è una soluzione che consente contemporaneamente la *veritatis indagatio*, l'*emendatio* e la *poena*:

---

<sup>665</sup> JUAN DE ROJAS, *Singularia iuris in favorem fidei, haeresisque detestationem, tractatus de haereticis, cum quinquaginta analyticis assertionibus, et privilegiis Inquisitorum*, a cura di Francisco Peña, Franciscum Zilettum, Venezia 1583, Pars II, n. 297.

<sup>666</sup> Adriano Prosperi ha messo in risalto il perenne conflitto, sviluppatosi in epoca moderna, tra la confessione come «conversione», cioè come scelta individuale per riavvicinarsi a Dio, e la confessione come «tribunale delle colpe», cioè come sottomissione a un organo giudiziario. Il problema ha le sue origini nel più ampio conflitto tra «una religione della coscienza e una religione dell'autorità». Cfr. ADRIANO PROSPERI, *Tribunali della coscienza*, cit., p. 214.

<sup>667</sup> TOMMASO DEL BENE, *De officio S. Inquisitionis circa haeresim, cum bullis ad eandem materiam, seu ad idem officium spectantibus et locis theologicis in ordine ad qualificandas propositiones pars prior*, Joannis et Petri Arnaud, Lione 1680, *Dubitatio* 192, sectio II, n. 1.

<sup>668</sup> *Ivi*, *Dubitatio* 192, sectio III, n. 1

Quod saltem locum habere debet in fidei causis, in quibus non solum intenditur reorum poena, sed etiam emendatio, et ad eorum salutem veritatis indagatio (quae per solam torturam haberi potest) ut sic rei errores suos confitendo convertantur, et vivant.<sup>669</sup>

La *veritatis indagatio* è presentata da Del Bene come mezzo *ad reorum salutem* perché la confessione è l'unica garanzia di salvezza *spiritualis* per l'imputato; e visto che nella *causa fidei* ciò che si ricerca, oltre alla verità e alla punizione, è la correzione, la tortura ne rappresenta il mezzo giudiziario d'elezione: essa sola è sia punitiva che salvifica, consente cioè di condannare il reo alla pena ordinaria e allo stesso tempo di salvarlo spiritualmente attraverso la confessione. L'idea è condivisa da autori del calibro di Martin del Rio e Simancas. Quest'ultimo, in riferimento al sospetto di eresia, definisce la tortura, l'abiura e la *purgatio canonica* come delle pene: «unaquaeque harum poenarum efficax est ad quaslibet suspiciones purgandas»<sup>670</sup>. E che come tali in parte le consideri può essere suggerito dal fatto che egli reputasse ingiusta la «consuetudo antiqua» di sottoporre l'imputato a tutte e tre le prove, proprio perché ciò avrebbe comportato, per un solo reato, una triplice pena.

Un'ultima cosa deve essere detta sulla tortura come pena, e riguarda la tortura del testimone. Quest'ultimo, nel diritto greco e romano, era considerato il soggetto normale della tortura. Fiorelli osserva che, dei testi romani sulla tortura, quei pochi che vengono ripresi con una certa frequenza dalle fonti fino al XII secolo riguardano essenzialmente la tortura dei testimoni<sup>671</sup>. L'idea che nel diritto romano la tortura fosse indirizzata soprattutto a queste figure è confermata anche dal fatto che i primi glossatori, civilisti e canonisti, hanno parlato della tortura dell'imputato addirittura come di un fatto eccezionale. Il cosiddetto *Ordo Bambergensis*, o *Quia iudiciorum*, fra i principali ordini giudiziari del XII secolo, ammetteva la tortura per il testimone e la negava per il reo, sebbene aggiungesse che «sunt, qui dicunt, a reo etiam aliquando confessionem extorqueri posse»<sup>672</sup>. Rufino non ammette la tortura degli

<sup>669</sup> *Ivi*, n. 2.

<sup>670</sup> Il n. 20 del tit. 56 del *De Catholicis Institutionibus* è così introdotto: «Purgatio, vel quaecumque alia poena in suspectos de haeresi statuta, per se efficax est ad quaslibet suspiciones purgandas», e così affrontato: »Tum illud addo, quod unaquaeque harum poenarum efficax est ad quaslibet suspiciones purgandas, ut proculdubio supervacaneum et iniquum sit, pluribus simul suspectum reum affligere. Nam qui tormenta vincit, purgat quaecumque indicia, et qui purgationi canonicae satisfacit, absolvendus est, et boni testimonij vir declarandus: neque de his quae iam purgata sunt remanere sint sinistra debet».

<sup>671</sup> I testi romani citati da Fiorelli sono *Dig.*, 22, 5, 21, 2, l. *Ob carmen*, § *Si ea*, ff. *de testibus*: «Si ea rei condicio sit, ubi harenarium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio eius credendum non est»; e *Nov.*, 90, 1, 1, *auth. de testibus*, § *Si vero ignoti*, coll. VII: «Si vero ignoti quidam [testes] fuerint undique et aliquid apparuerint circa testimonii veritatem corrumpere festinantes, [sancimus] posse eos etiam verberibus subiacere». Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 256-7, nota 3.

<sup>672</sup> JOHANN FRIEDRICH SCHULTE (a cura di), *Der Ordo Judiciarius des Codex Bambergensis*, Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien, XXX, Vienna 1872, rub. 19.

uomini liberi come imputati, ma solamente come testimoni nelle cause criminali<sup>673</sup>. Per Uguccio il soggetto normale della tortura è il testimone, mentre «reus etiam licet raro torquetur»<sup>674</sup>. Ancora, alla fine XIII secolo, Iacopo d'Arena sostiene che il reo di libera condizione non possa essere sottoposto alla tortura<sup>675</sup>. E non fu l'ultimo<sup>676</sup>.

Le cose sarebbero cambiate al punto che, nel 1778, con la tortura ancora in vigore, un avvocato fiscale dell'armata veneta, autore di un noto dizionario di diritto comune, commentava che «la cosa più strana si è, che davasi [i romani] la tortura a terze persone, quantunque non accusate e soltanto ad oggetto di acquistar prove o testimonianze del delitto e dei colpevoli»<sup>677</sup>. Questa «strana» abitudine dei romani, che come si è visto era la norma anche nei primi secoli dell'inchiesta romano-canonica, era stata adombrata dalla centralità assunta nel diritto comune dalla figura del reo. Tanto è vero che la tortura del testimone, pur non essendo esclusa per ovvie ragioni, si ritenne che dovesse essere inflitta con maggiore moderazione<sup>678</sup>. E la spiegazione era che del testimone si considerava certa l'innocenza, mentre di un reo ammesso alla tortura si considerava quasi certa la colpevolezza<sup>679</sup>. Il ragionamento suggerisce che i giuristi, pur proclamando la tortura estranea alla pena, non riuscivano a convincersene del tutto. Infatti, il considerare colui che è soggetto a tortura come sostanzialmente colpevole prima della condanna definitiva, se da un lato ha lo scopo di giustificare moralmente l'uso della *quaestio*<sup>680</sup>, dall'altro significa inevitabilmente ammetterne un valore punitivo.

---

<sup>673</sup> RUFINO DA BOLOGNA, *Summa decretorum*, ed. H. Singer, Paderborn 1902, rist. Aalen 1963, ad *Dec. Grat.*, 2, 15, 6, gl. *Quod vero confessio cruciatibus extorquenda non sit*.

<sup>674</sup> UGUCCIO DA PISA, *Summa*, cit., ad *Decr. Grat.*, 2, 15, 6, gl. *Quod vero*.

<sup>675</sup> IACOPO D'ARENA, *Super Digesto novo*, in *Commentarii in universum ius civile*, Etienne Ruffin & Jean Ausoult impensis Hugues de La Porte, Lione 1541, ad *Dig.*, 48, 18, 1, l. I, ff. *de quaestionibus*.

<sup>676</sup> Cfr. la vasta documentazione di fonti in PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, pp. 258-9.

<sup>677</sup> MARCO FERRO, *Dizionario del diritto comune e veneto*, Vol. II, presso Andrea Santini e figlio, Venezia 1847 (prima ed. Venezia 1778).

<sup>678</sup> Citatissima la prescrizione di Baldo secondo cui «Tortura [testis] non debet esse nimis aspera, nec nimis levis, sed moderata», in ad *Cod.*, 9, 41, 18, l. fin., *C. de quaestionibus*.

<sup>679</sup> Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 258.

<sup>680</sup> Secondo James Q. Whitman, il sistema inquisitorio era costruito in modo tale da condurre alla tortura solo quando l'imputato era certamente colpevole, o comunque di ciò erano persuasi i giuristi: questo consentiva di risolvere, almeno formalmente, il problema della responsabilità morale del giudice, e anche della loro: «It is important to recognize that this highly mechanical system of proof was not primarily designed to elucidate factual mysteries. The system assumed that defendants were ordinarily guilty as charged. Its core purpose was not to resolve factual mysteries, which are always rare in criminal justice, but to provide judges with moral comfort, permitting them to assure themselves that they had not sinned by involving themselves in the wrongful bloodshed of an innocent victim» JAMES Q. WHITMAN, *The Transition to Modernity*, cit., p. 92]. Sulla tesi di Whitman vedi anche ID., *The Origisn of Reasonable Doubt*, cit., in particolare p. 92-124 e *supra*, § *Introduzione*; e note 31 e 246.

### 3.2 Tortura come garanzia

La funzione anche penitenziale della tortura rafforza l'idea di un divario tra l'enunciazione dei suoi scopi e la complessa realtà dei suoi effetti giuridici. La *purgatio*, benché formalmente incorporata nella *veritatis indagatio*, si pone con quest'ultima in un rapporto di competizione, talvolta di incompatibilità. Non può esservi coabitazione pacifica tra *purgatio* e *probatio*, poiché la prima, tecnicamente, è un'*innocentiae ostensio*, ha una connotazione interiore per quanto riguarda la redenzione dal peccato e una connotazione pubblica per quanto riguarda la riparazione della fama<sup>681</sup>, mentre la seconda è una *demonstratio apud iudicem*, il suo valore è positivo, istruttorio, segreto, riservato alle «operazioni solitarie della mente del giudice»<sup>682</sup>. Nell'istituto della tortura la *purgatio* mostra una certa preminenza sulla *probatio*, o, più correttamente, la *purgatio* vi svolge un ruolo più significativo, in parte proprio per il contrasto con la premessa maggiore della tortura, la *probatio*, in parte perché la tortura mostra di non esaurire affatto la propria funzione nell'accertamento fattuale. Essa, cioè, non diventa superflua solo perché lo è diventato il lavoro inquisitorio, come è lampante nel caso della tortura del reo convinto o colto in flagranza di reato. È un caso, naturalmente, nel quale si sta abusando dell'istituto, e che dunque in linea teorica non andrebbe posto, ma il fatto che lo sia, non solo come esempio di prassi scorretta ma anche come banco di prova teorico della massima assolutoria, dirige l'attenzione su un aspetto saliente dell'istituto, che è poi anche il problema di fondo di questa ricerca: a quale tipo di *veritas* tende la tortura? Questa *veritas* è rivolta maggiormente alla *res*, o al *reus*?

Sbriccoli ha messo in evidenza la frattura tra «la *tortura praticata*, quella che arrivava a violare la stessa legalità che le accordava l'esistenza, e la *tortura regolata*»<sup>683</sup>; quest'ultima, ingabbiata in un rigido apparato di regole e limiti formali, sarebbe stata il luogo per eccellenza della garanzia, «nello spirito di salvaguardare la *veritas*, ma con l'effetto di tutelare l'accusato»<sup>684</sup>. Questo divario tra prassi e teoria, tra spirito inquisitorio e spirito garantista, si riproduce con altrettanta tensione nel divario tra *probatio* e *purgatio*. Anch'esso rivela l'indecisione della tortura tra salvaguardia della *veritas* e salvaguardia dell'accusato, tra *res* e *reus*, giacché, mentre la *probatio* si interessa maggiormente alla *res*, la *purgatio* si rivolge al *reus*. Laddove è chiara l'inflessione sull'aspetto purgatorio, si profila una concezione della

<sup>681</sup> Ricordo in proposito il già citato enunciato di Joseph van de Wouw sulle cause della *purgatio*: «Quare fit purgatio? Duppliciter: causa peccati et infamiae».

<sup>682</sup> ALESSANDRO GIULIANI, *Prova*, cit., p. 521.

<sup>683</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 127.

<sup>684</sup> *Ibid.*

tortura come beneficio. La parola potrebbe suonare provocatoria, e tuttavia non è così semplice sostituirla. Beneficio, innanzi tutto, allude al termine latino *salus*, salvezza, o mezzo di salvezza, nel senso di integrità fisica o di una condizione prettamente spirituale; in riferimento alla tortura il termine può avere quindi un'accezione religiosa, cioè salvezza dalla dannazione eterna, come lo utilizza Del Bene (*ad reorum salutem*), o un'accezione laica: per Farinacci, «dum agitur de torquendo reum, agitur consequenter de hominis salute»<sup>685</sup>, la tortura, cioè, non deve salvaguardare solo il fisco, ma anche l'imputato, poiché «ubi maius est periculum, ibi cautius est agendum»<sup>686</sup>. «Garanzia *nella* tortura, quindi, ma anche tortura come *ulteriore* garanzia»<sup>687</sup>, tenendo conto del fatto che la *quaestio* si ordinava per lo più nei casi disperati, come ribadisce un commento di Kohler riportato sia da Fiorelli che da Sbriccoli, secondo il quale oggi possiamo «ritenere che nella maggior parte dei casi di tortura i fatti stavano a tanto che noi avremmo condannato il pervenuto»<sup>688</sup>.

Diversi giuristi ritengono che l'apporto della tortura alla causa della verità non possa prescindere dalla possibilità concreta che essa giovi al reo. Sul fondamento di soli indizi indubitati, quanto meno nei giudizi capitali<sup>689</sup>, la tortura non solo è permessa, ma consigliata da coloro che vi leggono non solo un mezzo per completare il corredo di prove, ma un'ancora di salvezza per l'innocente. Ciò poteva essere avvertito da taluni come una minaccia alla causa della repubblica, poiché si incorreva appunto nel pericolo di «fare beneficio al Reo», da altri come conferma del suo ruolo vivificante, esaltato dalla massima secondo cui chi riusciva a purgarsi doveva essere considerato «melior quam ante accusationem». Ci sarebbe anche stato chi, come il monaco vallombrosano Ferdinando Facchinei, in pieno secolo dei Lumi, avrebbe definito la tortura «un atto di misericordia, che usa la Giustizia coi medesimi rei», giacché essi devono solo resisterle per scagionarsi<sup>690</sup>. Mario Sbriccoli ha parlato più in generale di tortura come «argine», cioè come dell'unico istituto del processo inquisitorio custode di reali garanzie processuali<sup>691</sup>. Beneficio, quindi, per mettere l'accento sul destino del *reus*, cui la tortura mostra un volto benevolo, sia esso sotto forma di semplici garanzie formali (limiti e regole di invalidità per tutelarlo), ultimo rimedio di salvezza spirituale (tortura come pena propedeutica alla conversione), ultimo rimedio per sfuggire alla condanna (tortura come ulteriore garanzia), o addirittura unico rimedio per il reo convinto (tortura come mezzo di

<sup>685</sup> PROSPERO FARINACCI, *Praxis et theoricæ*, cit., *De indiciis et tortura*, quaestio 37, n. 4.

<sup>686</sup> *Ibid.*

<sup>687</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 128, nota 32.

<sup>688</sup> *Ibid.*, e PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 5, nota 2.

<sup>689</sup> IPPOLITO MARSILI, *Elegans & accuratus in titulum ff. de Quaestionibus compilatus Commentarius*, cit., 48, 18, 16, l. *Repeti*, n. 25.

<sup>690</sup> Su Ferdinando Facchinei vedi *infra*, § 4.2.

<sup>691</sup> MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., pp. 127-8.

grazia). Quest'ultimo, il più estremo, è già implicito in ciascuno dei livelli precedenti. Sappiamo infatti che il fine della giustizia egemonica era di «mettere il giudice in condizione di punire»<sup>692</sup>. Ma il rendere la «tortura regolata» uno strumento tecnicamente poco maneggevole per il raggiungimento di questo scopo, come rileva Sbriccoli, mette piuttosto il giudice che usa la tortura *in condizione di decidere*. La «tortura regolata», in sostanza, dovrebbe scoraggiarlo dall'ordinare la *quaestio*, se ciò che egli vuole ottenere è una sentenza di condanna. Il filo di questo ragionamento non può che condurre a una domanda: se non è prudente, né giusto, utilizzarla come sommario strumento di condanna, che cos'è, veramente, la *quaestio*? Da qui le declinazioni della tortura come azzardo, beneficio, atto di misericordia. Sono esasperazioni, ma molto significative, perché segnalano inequivocabilmente la pregnanza della componente ludica ed etica dell'istituto. Ludica perché la tortura conferisce all'esito del processo un aspetto aleatorio; etica perché il reo torturato non è più l'oggetto ignaro e impotente delle elucubrazioni del giudice, ma diventa protagonista del giudizio. La tortura regolata è «salvifica» e «benevola» perché conferisce incertezza al giudizio ed esalta l'individualità del convenuto.

### 3.3 Un significativo capovolgimento: il silenzio del reo come *maleficium*

Si è parlato fin qui dei diversi modi in cui i giuristi interpretarono la massima del silenzio del torturato, ora attenuando, ora esasperando il suo portato assolutorio, ora tentando di renderlo il più coerente possibile con la procedura, ora riconducendo i suoi effetti a una dimensione spirituale e penitenziale del processo. Ciò mette in risalto un aspetto non sempre evidente della «tortura regolata», ovvero che la sua funzione condannatoria non può essere separata da quella salvifica, e che quest'ultima è tanto più difficile da aggirare tanto più l'imputato appare colpevole. Adoperata correttamente, la tortura minaccia la causa della repubblica, e questo paradosso, oltre a mettere alla prova i giuristi, doveva ispirare anche soluzioni più pratiche e risolutive: il *fuero* di Guipuzcoa, emanato per volere di Enrico III di Castiglia nel 1397, arrivò a conferire a tutti gli abitanti dei Paesi Baschi il titolo di «hidalgos» per poter riconoscere loro l'immunità dalla tortura; il provvedimento, a dispetto dell'apparenza benevola, mirava in realtà a rendere applicabile la pena ordinaria senza dover passare per la tortura, solo sulla base degli indizi che sarebbero stati sufficienti a ordinarla<sup>693</sup>. Si preferiva, cioè, rinunciare ai vantaggi della *quaestio* piuttosto che incorrere nel rischio di

---

<sup>692</sup> *Ivi*, p. 1241.

<sup>693</sup> ANABELLE BESTION, *La torture et le législateur en Europe*, cit., p. 853 ss.



perdere dei potenziali colpevoli. Il *fuero* di Guipuzcoa ispirò anche quello di Vizcaya del 1526 e fu confermato nel 1646 da Enrico IV. Filippo III di Spagna aveva riconosciuto ai suoi sudditi il medesimo «privilegio» nel 1610. Anabelle Bestion osserva in proposito che, nei rari casi in cui veniva autorizzata, la tortura risultava a tutti gli effetti un «faveur», un favore fatto al reo cui si dava la chance di purgare gli indizi invece che essere direttamente condannato sulla base di quei soli<sup>694</sup>. L'idea della tortura come *faveur* era già stata espressa da Alec Mellor<sup>695</sup>; Antoine Astaing l'ha ripresa senza alcun riferimento ai *fuero* spagnoli, parlando in proposito di «uno dei paradossi sociologici più sorprendenti che sia dato osservare»<sup>696</sup>; ma, egli aggiunge, dal punto di vista giuridico il paradosso non è altro che un «corollaire obligé»<sup>697</sup> della teoria delle prove legali, ovvero del ruolo assegnato alla confessione. Il paradosso di cui parla Astaing, tuttavia, era già presente nell'ordalia giudiziaria, ma sarebbe stata l'emergenza eretica e il relativo avvento del processo inquisitorio a metterlo bene in evidenza.

Alla fine del XV secolo Institor e Sprenger avevano proclamato l'ordalia una prova inadatta alla causa antidiabolica. Si erano domandati, nella Quaestio XVII del *Malleus*, se fosse lecito acconsentire alla richiesta delle streghe di purificarsi con la prova del ferro rovente. Teoricamente sembra di sì, rispondono i domenicani. Infatti il duello è lecito, almeno in qualche caso, o comunque non è «talmente illecito» da essere proibito in ogni caso, e visto che le streghe non possono duellare si finisce per ammetterle all'ordalia. Ma l'ordalia, obiettano, è vietata dai sacri canoni, di conseguenza sarebbe più appropriato proibirla. E per un altro motivo ancora: è un tipo di prova che può favorire le streghe. Il diavolo, loro alleato, potrebbe subentrare con vari artifici e manomettere l'esperimento. Anzi, per lo stesso fatto che vi si appellino «devono essere ritenute streghe sospette». Serve a questa dimostrazione, raccontano, un fatto accorso nella diocesi di Costanza: una famosa strega più volte diffamata dagli abitanti della contea di Fürstenberg era stata arrestata dal conte su richiesta dei cittadini. Ella aveva chiesto di purgarsi con il ferro incandescente e il conte, giovane e inesperto, aveva acconsentito. Risultato: pur essendo richiesta di portare il ferro per tre passi, la strega lo portò per sei, offrendosi addirittura di portarlo per un più lungo tratto. Da come si sono svolte le cose gli autori concludono che la colpevolezza della strega era, a maggior ragione, palese: infatti nessun cuore innocente avrebbe avuto la presunzione di tentare fino a quel punto l'assistenza divina. Meglio sarebbe stato torturarla ed estorcerle una piena

---

<sup>694</sup> Questa procedura sbrigativa riguardava ovviamente i *crimina excepta*; il *fuero* di Vizcaya, ad esempio, citava il reato di lesa maestà, di eresia, di falso conio e di sodomia. Per gli altri delitti era prevista la pena straordinaria, eccetto la mutilazione delle membra, la confisca dei beni e il bando superiore a tre anni. *Ibid.*

<sup>695</sup> ALEC MELLOR, *La torture*, cit., pp. 84-6.

<sup>696</sup> ANTOINE ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé*, cit., p. 89.

<sup>697</sup> *Ibid.*

confessione.<sup>698</sup> Sappiamo però che altri autori, più tardi, avrebbero sollevato lo stesso identico problema in merito alla tortura. Per citarli tutti conviene citare colui che ha messo il maggior impegno nel confutarli: il padre gesuita Friedrich von Spee, per Fiorelli «forse la più bella e nobile figura tra quante la lunga storia della lotta per l'abolizione della tortura possa vantare»<sup>699</sup>. Egli fu poeta, missionario mancato, confessore e predicatore attivo nella Westfalia protestante agli inizi del Seicento, anni in cui la Germania si avviava a raggiungere il primato dei roghi nell'intera storia della persecuzione antistregonesca in Europa<sup>700</sup>. Nel maggio o nell'aprile del 1631 Spee dava alle stampe, sotto l'appellativo di *incerto Theologo Romano*<sup>701</sup>, un'opera intitolata *Cautio Criminalis, sive de Processibus contra Sagas Liber*<sup>702</sup>. Il

---

<sup>698</sup> HEINRICH INSTITOR, JACOB SPRENGER, *Il martello delle streghe*, trad. a cura di Armando Verdiglione, Spirali, Roma 2006, pp. 393-7.

<sup>699</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 231.

<sup>700</sup> Le stime parlano di un totale di circa 11.000 processi per stregoneria tra evo medio e moderno, di cui 50.000 solamente in Germania (contro, ad esempio, i 5.000 dell'Italia). [cfr. ANDREA DEL COL, *La persecuzione della stregoneria in Italia dal medioevo all'età moderna*, in *Ci chiamavano streghe*, «Atti del convegno «La caccia alle streghe nelle valli alpine e in Italia nei secoli XVI e XVII»», Pisogne 2008, Laterza, Bari 2009, pp. 13-32]. Il noto *The witch-hunt in early modern Europe* di Brian Levack ha applicato al fenomeno della stregoneria un'interpretazione che è stata considerata per molti versi revisionista [cfr. MATTEO DUNI, *Le streghe e gli storici, 1986-2006*, in MATTEO DUNI, DINA CORSI (a cura di), «*Non lasciar vivere la malefica*». *Le streghe nei trattati e nei processi (secoli XIV-XVII)*, Firenze University Press, Firenze 2008, pp. 7-8.]. Ovvero: scarsa attenzione per la storia di genere e per la storia sociale e di contro un forte interesse per il quadro legale-amministrativo. Il lavoro di Levack ha messo in rilievo il fatto che la caccia alle streghe fu prima di tutto un fenomeno giudiziario e che i suoi protagonisti non furono semplicemente i perseguitati (storia dei soggetti marginali) e i persecutori (storia politica), ma dei *soggetti legali*: magistrati, imputati, apparati burocratici statali, tribunali centrali e periferici. In particolare, il rilievo assegnato da Levack alla dialettica tra centro e periferia è risultato molto utile per comprendere le diverse intensità della persecuzione nell'Europa moderna. Servendosi di una prima fioritura di studi regionali che cominciavano a mettere a fuoco nel dettaglio le diverse dinamiche che le cacce ebbero nei vari paesi europei, Levack ha messo in rilievo il rapporto inverso esistente tra il grado di centralizzazione politico-amministrativa di un territorio e l'intensità della persecuzione. I territori dove un saldo potere statale si era dotato per tempo di articolazioni periferiche efficienti e di apparati giudiziari gestiti da professionisti che rispondevano direttamente al sovrano o alle Inquisizioni (Italia, Spagna e Portogallo), furono raramente teatro di decimazioni. L'esempio della Germania sembra confermarlo: all'inizio dell'era moderna il paese era frammentato in più di trecento entità territoriali relativamente autonome, di varie dimensioni, tutte genericamente comprese nel Sacro Romano Impero. Il *Reichstag* emanava leggi vincolanti per tutti i sudditi dell'impero, ma il modo in cui ciascuna entità territoriale applicava quelle leggi, ubbidendo all'autorità centrale, era discontinuo e difficile da verificare. Gli storici hanno attribuito gran parte della responsabilità delle stragi al principe-vescovo Johann von Schönenberg e al suo vescovo suffraganeo, il celebre demonologo Peter Binsfeld [cfr. BRIAN LEVACK, *La caccia alle streghe in Europa agli inizi dell'età moderna*, Laterza, Bari 1988, pp. 199-200]. L'approfondimento dei quadri istituzionali e la microanalisi dei contesti sociali ha suscitato nuovi problemi che in buona parte rimangono irrisolti. Piuttosto recentemente, Wolfgang Behringer e altri ricercatori di area germanofona hanno proposto la tesi del clima per tentare di inquadrare meglio il primato tedesco: nel periodo che va dal 1560 al 1630 la Germania avrebbe vissuto una «piccola era glaciale» durante la quale l'abbassamento delle temperature medie e il relativo accorciamento della stagione calda causarono una serie di disastri tra i raccolti, mettendo in crisi l'economia agricola dell'Europa centro-occidentale: la responsabilità delle carestie sarebbe stata quindi attribuita, dalle popolazioni vessate, all'intervento degli alleati del diavolo, contribuendo in modo consistente alla psicosi dei roghi [cfr. WOLFGANG BEHRINGER, *Weather, hunger and fear. Origins of the European witch-hunts in climate, society and mentality*, in DARREN OLDRIDGE (a cura di), *The witchcraft reader*, Routledge Press, Londra 2002, in particolare vedi pp. 69-86].

<sup>701</sup> La *Cautio* uscì, senza l'autorizzazione dei Superiori, anonima più di nome che di fatto, per di più in una città calvinista. Le violente reazioni in seno all'Ordine furono domate senza gravi conseguenze per Spee solo grazie alla protezione del provinciale Goswinus Nickel. Non è improbabile che, in quel periodo, Spee si risolvesse a mandare il libro a Roma presso l'Ordine dei Gesuiti, del quale era allora Preposito Generale Muzio Vitelleschi,

libro è talmente unico per umanità e intelligenza, le sue argomentazioni talmente originali e sorprendenti, che sarebbe un peccato dirne troppo poco. Vi si tratta di streghe, giudici, demonologi e giuristi. Il proemio avverte: «Questo libro è dedicato alle autorità tedesche. Non a chi lo leggerà, bensì a chi non lo leggerà mai. [...] Proprio coloro che non leggeranno sono invitati a leggerlo. Chi lo leggerà, può benissimo fare a meno di leggerlo». L'idea di cui i lettori di Spee sarebbero già in possesso è sostanzialmente questa: le streghe non esistono<sup>703</sup>; esistono solo dei giudici che, «sotto la parvenza della legalità, hanno il potere di ripetere la tortura in misura tale che qualunque persona, se sottoposta alla tortura, diventa subito infetta dalla peste della magia»<sup>704</sup>. L'espressione «peste della magia», specie a chi abbia letto *Storia notturna* di Carlo Ginzburg, appare carica di sottintesi. Essa evoca l'immagine classica della magia come morbo, ma il contagio a cui allude Spee è chiaramente veicolato dalla tortura: la strega, pressata, accusa un'altra complice, che ne accusa un'altra, e così via. La metafora colpisce per un'altra ragione ancora: la tortura, prima di diffondere il morbo della magia, aveva contribuito alla psicosi degli untori nel XIV secolo<sup>705</sup>; il famoso *topos* della cospirazione

---

nella speranza che i confratelli si unissero a lui nella battaglia contro la psicosi antistregonesca. Non è chiaro se, e in che misura, i confratelli rispossero all'appello; tuttavia l'Ordine non prese mai una posizione di aperta condanna verso la *Cautio*. Il problema riguarda, più in generale, la politica di Roma nei confronti dei processi di stregoneria. È certo che Spee ebbe potenti protettori in seno all'Ordine e in vita fu gratificato di altre due ristampe del suo capolavoro, una a Francoforte sul Meno l'altra a Colonia, prima di morire di peste nel 1635, a Treviri, dove stava accudendo i feriti e gli appestati: «giovane ancora - scrive Fiorelli - ma l'avevano fatto precocemente incanutire la penosa esperienza dell'assistenza spirituale alle pretese streghe, alla quale era stato addetto nella città di Wurzburg per molti mesi, in cui la persecuzione delle infelici donne aveva atrocemente infuriato e i supplizi s'erano contati a centinaia». Sull'atteggiamento della Compagnia di Gesù nei riguardi della caccia alle streghe, e in particolare sulla circolazione dell'opera di Spee a Roma, si veda la verosimile e suggestiva ricostruzione che ne fa Anna Foa in *Soliloquio*, in ANNA FOA, *Eretici. Storie di streghe, ebrei e convertiti*, Il Mulino, Bologna 2004. Sull'atteggiamento «moderato» e per certi versi scettico del Sant'Offizio e sulla politica delle tre Inquisizioni nei confronti del reato di stregoneria cfr. in particolare GIOVANNI ROMEO, *Inquisitori esorcisti e streghe*, cit.; BENGT ANKARLOO, GUSTAV HENNINGSEN (a cura di), *Early Modern European Witchcraft: Centers and Peripheries*, cit.; GUSTAV HENNINGSEN, *L'avvocato delle streghe: stregoneria basca e inquisizione spagnola*, Milano, Garzanti, 1990; JOHN TEDESCHI, *Il giudice e l'eretico. Studi sull'Inquisizione romana, Vita e Pensiero, Milano 1997*.

<sup>702</sup> Ho già citato l'edizione critica curata da Anna Foa: FRIEDRICH VON SPEE, *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, cit. La prima edizione della *Cautio* uscì per la tipografia di Peter Lucius (Rinteln sul Weser) con il titolo *Cautio Criminalis, Seu de Processibus contra Sagas Liber. Ad Magistratus Germaniae hoc tempore necessarius, Tum autem Consiliariis, et Confessariis Principum, Inquisitoribus, Judicibus, Advocatis, Confessariorum Concionatoribus, caeterisq, lectu utilissimus. Auctore incerto Theologo Romano*. Per Fiorelli «libro originalissimo e potente, a cui la serrata dialettica del predicatore e l'avvicente parola del poeta davano intrinseci pregi di sostanza e di forma che meriterebbero ricordo di per sé soli», PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 232.

<sup>703</sup> Questa affermazione non viene mai posta da Spee in forma dichiarativa, ma si presenta come corollario di ragionamenti e dimostrazioni che formano l'ossatura della *Cautio*.

<sup>704</sup> FRIEDRICH VON SPEE, *Cautio criminalis*, cit., p. 155.

<sup>705</sup> Ginzburg ha collegato la nascita della moderna setta delle streghe all'incontro tra miti antichissimi, culturalmente molto distanti tra loro, e la crescente paura della cospirazione diffusasi in Europa alla fine del Medioevo, che ebbe per oggetto prima la figura del lebbroso (e quindi dell'untore), poi quella dell'ebreo, spostandosi in fine sulla strega. Al centro di queste dinamiche egli individua il timore ancestrale del nemico (*l'hostis*) e la rielaborazione, in buona parte ad opera della cultura alta, intorno a credenze a sfondo estatico. Cfr. CARLO GINZBURG, *Storia notturna*, Einaudi, Torino 2006, in particolare pp. 5-35.

- la diffusione per via aerea delle polveri pestifere - usciva in buona parte dalle camere di tortura. È esattamente in quest'ottica, da storico e da psicologo, che Spee guarda alla piaga della stregoneria.

Tra le autorità di riferimento della *Cautio*, un teologo e matematico tedesco, Adam Tanner<sup>706</sup>, e il più celebre dei giureconsulti romani, Prospero Farinacci. Tra i nemici giurati, invece, i teologi Peter Binsfeld<sup>707</sup> e Martin del Rio; costoro «restino pure seduti nelle loro biblioteche e ci partoriscono le loro elucubrazioni teologiche»; ma non ci vengano a parlare di imputati se «almeno una volta non si siano chinati a parlare alle orecchie dei carcerieri e se ne siano andati impregnati del fetore delle carceri»<sup>708</sup>. Questo è lo Spee espressionista: non tollera che i dottori parlino di cose che non conoscono; se si informassero, scoprirebbero che la loro *interpretatio* lascia ai giudici un'eccessiva libertà di manovra; che in Germania i tribunali fanno un uso sregolato della *quaestio* a danno di migliaia di presunte streghe. Queste ultime, attraverso mille espedienti e brutalità, vengono private del tutto della possibilità di resistere alla tortura<sup>709</sup>; e se anche qualche imputata riesce miracolosamente a superare l'ultima sessione senza confessare<sup>710</sup>, i giudici ne deducono che, vista la durezza dei tormenti, debba essersi servita per forza di arti diaboliche. Il silenzio della donna si trasforma in una prova di colpevolezza ancora più schiacciante. Ora il giudice può utilizzare questa nuova «prova» a suo piacimento, sia per giustificare una nuova sessione di tortura, sia per inasprire o prolungare quella già in corso. Il principio è uguale a quello a cui si appellano Institor e Sprenger a proposito della strega della diocesi di Costanza: la donna era da ritenersi *colpevole proprio perché era riuscita a superare la prova*. Quando si tratta di reati occulti, ecco che il risultato

---

<sup>706</sup> Si ritiene che l'*Universa theologia scolastica* di Tanner abbia gettato le basi per la critica alla caccia alle streghe nell'Europa settentrionale.

<sup>707</sup> La figura di Bisfeld è più controversa; pur muovendosi sul tracciato della tradizione demonologica, nel *Tractatus de confessionibus maleficorum* egli non mancò di sottolineare, come ha fatto notare Fiorelli, la crudeltà e la fallacia della tortura. Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 238-9.

<sup>708</sup> *Cautio*, cit., p. 301.

<sup>709</sup> Come salvaguardare le innocenti, se i giudici abusano dalla tortura? Spee è giustamente molto pessimista al riguardo: «Di recente, un religioso di acuta intelligenza, al termine di una discussione su questo argomento con alcuni funzionari giudiziari, poneva questa domanda: "Vorrei che mi insegnaste un sistema con cui una persona arrestata che sia davvero innocente possa tornare in libertà". Siccome la domanda continuava a restare senza risposta, ed egli continuava ad insistere, essi finirono col dire che ci avrebbero ripensato su quella notte. Ecco, dunque, che uomini avevano già mandato al rogo tanta gente, lo avevano fatto in base a procedure tali da non riuscire a trovare fino a quel giorno un sistema soddisfacente con cui un innocente potesse sfuggir loro dalle mani». *Ivi*, p. 140.

<sup>710</sup> «Ma poniamo che ci sia qualche imputata che raggiunge questo limite senza parlare né mentire. Una ragione per tale comportamento esiste, anche se pochi vi hanno riflettuto, ed è assai valida e degna di nota, come ho appreso per lunga esperienza. Se si accusano di un delitto grave come la magia, le imputate per lo più danno per scontato di commettere peccato mortale e di non poter in nessun modo salvare la propria anima. Per non peccare tanto gravemente contro la propria coscienza, lottano con tutte le loro forze di fronte a sofferenze insopportabili...». *Ivi*, p. 128.

dell'esperimento può prestarsi a un'interpretazione opposta a quella da cui prende il nome l'intera prova: all'occorrenza giudizio di Dio, all'occorrenza giudizio diabolico.

Se l'ordalia veniva sconsigliata per imputati di cui si supposeva una familiarità con l'invisibile maligno era perché, facendo essa stessa affidamento su forze invisibili, avrebbe potuto lasciare i giudici in un dubbio veramente amletico. Non c'è da stupirsi che anche la tortura, parente stretta dell'ordalia, abbia finito per istillare al demonologo diligente lo stesso identico dubbio. Per questa ragione, infatti, i giudici di cui parla Spee non considerano la resistenza alla tortura come una prova di innocenza: «Se non agissimo così - dicono - non ci sarebbe più motivo di procedere». Ecco l'ironica parafrasi che fa il gesuita del loro argomento: «Se non agissimo in contrasto con la ragione, l'equità e le leggi, cioè se non peccassimo gravemente, e non sottoponestimo di nuovo alla tortura, senza ulteriori indizi, chi si è già purgato, *non avremmo più streghe, non potremmo più innalzare i roghi*»<sup>711</sup>.

Spee è fermamente convinto che, senza questi giudici, non ci sarebbero più neppure le streghe; che la tortura, rettammente utilizzata, avrebbe ottime possibilità di concludersi con l'assoluzione delle imputate, giacché tutte o «quasi tutte» sono innocenti<sup>712</sup>, e il timore di commettere peccato mortale accusandosi falsamente infonde alla maggior parte di esse la forza necessaria a resistere. Sebbene Spee ribadisca in più passaggi che la prassi, non la dottrina, è la principale responsabile di queste aberrazioni («Non sto parlando di ciò che prescrivono le leggi o la ragione, ma di ciò che un po' dovunque i giudici di fatto si arrogano il potere di fare»)<sup>713</sup>, nella *Questione XXV* egli confuta una tesi molto cara a diversi manuali antistregoneschi: *Se il maleficio del silenzio sia un ulteriore indizio valido per la ripetizione della tortura.*

Il *maleficium taciturnitatis*, insieme ad altri trucchi, era stato esaminato con cura nel *Malleus*. Gli autori erano incorsi però in un piccolo paradosso, giacché, se nella *Questione XVII* (III

<sup>711</sup> *Ivi*, p. 148. Il corsivo è mio.

<sup>712</sup> Egli cita in due occasioni un «argomento segreto», del quale ritiene che sia ancora prematuro parlare, ma che si riserva di esporre in un'opera successiva, che però non vedrà mai la luce: «La carità mi arde il cuore come un incendio e mi spinge a tentare con ogni mezzo di fermare quei roghi la cui fiamma, temo, lambisce sinistramente anche gli innocenti. È in mio possesso un argomento, N.B. ancora segreto, che rivelerò a tempo e luogo; ne sono così sicuro da non nutrire il minimo dubbio che, in ogni gruppo di cinquanta condannate al rogo, ce ne sono di colpevoli al massimo da due a cinque» [*Ivi*, p. 182-3]. Aggiungo che il lettore della *Cautio* sa che anche quelle due o cinque definite colpevoli, per Spee sono colpevoli di stoltezza e fatuità, colpevoli di essersi illuse sulla realtà del patto diabolico e di aver pensato di propiziarlo: sono donne «che vaneggiano, sull'orlo della follia, superficiali, chiacchierone, volubili, ambigue, false e spergiure» (p. 54). Il diavolo, per Spee, non fa affari con le donnette ignoranti, non frequenta le radure nei convegni notturni, non arrostitisce bambini: «Sono convinti di mangiare cibi raffinati, di bere, di dormire in letti d'avorio, ecc., mentre invece si cibano di carogne, bevono orina e riposano sotto il patibolo. Ometto tutte le altre creazioni illusorie che sono rituali in queste riunioni sacre al demonio, quasi che l'istrione infernale non faccia nient'altro che indulgere ad inventare immagini illusorie, puri spettri, larve» (p. 303). Il diavolo non si litiga con Dio l'ascendente sul mondo, non interviene sulla natura, perché essa risponde soltanto al volere divino. Il diavolo, in definitiva, è nel cuore degli uomini.

<sup>713</sup> *Ivi*, p. 142.

parte) avevano concluso che le streghe andassero torturate piuttosto che purgate con l'ordalia per evitare che il diavolo falsasse la prova, nella Questione XV segnalavano il medesimo rischio anche nell'esperimento della tortura. C'erano, in effetti, alcune precauzioni che l'inquisitore diligente poteva osservare per aggirare o per scoprire il maleficio del silenzio, ma esponendole una ad una gli autori lasciano intendere che l'ultima mossa spetta comunque al diavolo. Ad esempio, si consiglia agli inquisitori di scongiurare o di costringere le streghe a piangere: «se è davvero una strega, non può versare lacrime. Emetterà solo flebili voci e cercherà di bagnare le guance e gli occhi di saliva»<sup>714</sup>. Anche questa legge, però, va presa con le pinze: il diavolo può aiutarle a piangere. Allora perquisirle per capire se nascondono nei vestiti, tra i capelli o i peli pubici degli amuleti o dei cartigli diabolici da sfruttare al momento debito. Ma subito si obietta che il diavolo può temprare la mente delle streghe senza bisogno di strumenti ausiliari. In alcuni casi, poi, basta un pugno di ceneri di «un neonato maschio e non battezzato, oltre che primogenito, [...] ucciso e arrostito in una fornace»<sup>715</sup> per resistere con successo alla tortura. Alcune riescono a tacere perché un'altra strega è entrata in possesso di un filo della loro veste: quel solo filo, secondo una famosa strega di Innsbruck, «poteva esercitare un tale effetto che, per quanto torturato, anche fino alla morte, [l'incarcerato] non poteva confessare niente». Insomma, l'inquisitore avveduto doveva dedurre da tutto ciò che del silenzio di una strega era comunque meglio non fidarsi.

Di fronte a simili cavillazioni, accettate anche da testi accreditati come il *Disquisitionum magicarum* di Martin del Rio<sup>716</sup>, l'indignazione di Spee raggiunge il culmine: per trovare una spiegazione al silenzio di certe imputate non è necessario chiamare in causa né il diavolo né Dio; bastano un'infarinatura di medicina, la conoscenza delle inclinazioni umane e un po' di fisica. Qualsiasi medico potrà dire che la strega, quando tace sotto tortura, è caduta in deliquio; persino «i poeti hanno voluto alludere a qualcosa di simile nel mito di Niobe, narrando che essa per il dolore si irrigidì mutandosi in pietra»<sup>717</sup>. Ma, anche volendo ammettere che l'imputata sia stata soccorsa dal diavolo, la mala fede dei giudici e la dabbenaggine degli scrittori è comunque manifesta, e per due motivi. Il primo: affermare che quelle torture non si sarebbero potute sostenere senza l'ausilio del diavolo significa ammettere di aver somministrato torture più dure di quelle considerate sopportabili; ne consegue che quelle torture sono «altrettanto ingiuste, come pure, dal punto di vista giuridico,

---

<sup>714</sup> *Malleus*, cit., p. 385.

<sup>715</sup> *Ivi*, p. 388.

<sup>716</sup> MARTIN DEL RIO, *Disquisitionum magicarum libri sex*, cit., libro V, sez. IV, pp. 107 ss.

<sup>717</sup> *Cautio*, p. 166.

del tutto invalide e nulle»<sup>718</sup>, e l'imputata deve essere assolta. Il secondo motivo: per quale ragione affermare che il superamento della tortura sia opera del demonio piuttosto che di Dio? È la stessa cosa che ci chiediamo noi oggi. «Infatti, quando Tizia veniva torturata così brutalmente, o era innocente del crimine che le veniva imputato, oppure era colpevole. Nel primo caso, cosa c'è di più credibile dell'ipotesi che Dio abbia così soccorso un'innocente, tanto brutalmente torturata? Nel secondo caso, anche ammesso che fosse il demonio, e non Dio, ad averla aiutata, i giudici non devono tuttavia presupporre che sia stato il demonio e che Tizia sia davvero colpevole, poiché proprio questo è in questione: ed è proprio perché lo ignorano che cercano un nuovo indizio»<sup>719</sup>. Sottile chiosa per ribadire: avete accusato Tizia di stregoneria e ne avete cercato la prova nella sua confessione; ora il fatto che non confessi è diventato la prova che stavate cercando.

In realtà, a Spee non interessa avallare l'intervento divino piuttosto che quello diabolico, perché lui non crede né all'uno né all'altro. In un'altra occasione ricorda che «chi è innocente non si professerà facilmente colpevole, preferirà sopportare la tortura e tacere, piuttosto che parlare e gettare una macchia indelebile sulla sua famiglia»<sup>720</sup>. È «quell'imperativo della coscienza», non Dio, a mantenere saldo l'imputato, e «quelle stesse *forze della natura* che sosterranno contro la tortura l'innocente, sosterranno anche il colpevole»<sup>721</sup>: nel primo interviene la tenacia, nel secondo l'ostinazione. Sono argomenti che servono a dimostrare che la tortura non è in nessun caso un mezzo adatto a scoprire la verità. Allo stesso tempo forniscono il quadro realistico degli abusi perpetrati dai tribunali laici in un momento di grave disordine (si era in piena Guerra dei Trent'anni), in cui all'ambizione e allo zelo dei principi tedeschi e all'iniquità dei giudici (accusati persino di guadagnare «a cottimo»), doveva sommarsi la paranoia di una popolazione vessata e molto suggestionabile.

Per quel che interessa qui, gli argomenti della *Cautio* mettono a nudo la piena illogicità della tortura decurtata della sua massima assolutoria. Si può anche ipotizzare che, se i giudici tedeschi avessero applicato correttamente la legge rispettando la 'vera' *quaestio* propugnata dai giuristi, la *Cautio* non sarebbe mai stata scritta. Ma i reati oscuri come la stregoneria portano al lato oscuro della tortura; e come dai giuristi è lecito attendersi la devolgarizzazione dell'istanza purgatoria della tortura, i demonologi saranno piuttosto inclini a sopprimerla del tutto, per via dei suoi effetti incontrollabili, potenzialmente favorevoli al reo.

---

<sup>718</sup> *Ivi*, p. 160.

<sup>719</sup> *Ivi*, p. 162.

<sup>720</sup> *Ivi*, p. 170.

<sup>721</sup> *Ivi*, p. 171. Il corsivo è mio.

Il seme piantato dal *Malleus* sboccia alla fine del Cinquecento con i trattati demonologici di Jean Bodin, Nicolas Rémy, Peter Binsfeld, Martin Del Rio. Questi pensatori, ispirati dai dogmi della teologia e della filosofia naturale, pretendono dalla pratica giudiziaria la riprova delle proprie asserzioni: le streghe esitano e la tortura è il modo più efficace per dimostrarlo. Ma, proprio come i sovrani spagnoli emanatori delle costituzioni di Giupuzcoa e Vizcaya, essi compresero che la tortura era un'arma a doppia taglio, e che adoperarla così com'era, nei termini prescritti dai giureconsulti del *mos Italicus*, avrebbe permesso a troppe volpi di circolare nella vigna del Signore. L'emergenza eretica del XIII secolo aveva condotto alle medesime conclusioni sull'ordalia.



## 4. Tortura come evoluzione della *purgatio vulgaris*

### 4.1 Esenzioni e *regola affirmativa*

Se non fosse legata a un'etica della dignità umana, la tortura non avrebbe tanti punti di contatto con il duello e il giuramento, che per secoli hanno rappresentato una via decisoria alternativa pensata *ad hoc* per preservare nel giudizio la dignità dei fededegni e degli uomini notevoli, quindi per non sconvolgere l'ordine sociale e non violare il diritto naturale.

Mentre le norme della giurisprudenza romana si erano occupate di regolare la *quaestio* definendo i soggetti che avrebbero potuto subirla, con la nascita dell'inchiesta il problema dei giuristi diventa piuttosto stabilire quali soggetti debbano esserne esentati. Questo significativo mutamento di prospettiva era già in nuce nel diritto imperiale e giustiniano, che aveva fatto della soggezione ai tormenti una regola generale in tutti i reati lesivi dell'interesse pubblico. La norma degli uomini liberi, in sostanza, era già venuta meno con il declino delle istituzioni repubblicane, anche perché, nota giustamente Fiorelli, gli antichi schiavi e gli antichi stranieri erano diventati i nuovi liberi e i nuovi cittadini, e quello che in origine era stato il privilegio di una classe eletta non si sarebbe potuto estendere a una moltitudine di sudditi senza compromettere l'interesse della giustizia. I giuristi dello *ius commune*, perciò, non fecero altro che interpretare in senso autoritario una disposizione già presente nei testi giustiniani.

Nei delitti più lievi, l'opinione comune voleva che i liberi non fossero assoggettabili ai tormenti. Nella metà del XIV secolo dice Alberico da Rosciate, i cui commentari al Digesto e al Codice costituiscono un'eccellente fonte d'informazione sulle opinioni più osservate tra i giuristi italiani, che «solum super gravioribus maleficiis videtur esse locus tormentis ut hic dicitur, sed tamen communiter servatur quod etiam super levibus fiunt torturae»<sup>722</sup>. Una minoranza, è vero, sosteneva che la tortura potesse essere usata anche nei reati criminali minori, ma solo per persone di vile condizione o molto sospette. Farinacci respinse questa opinione, non dovendo essere la pena maggiore del delitto<sup>723</sup>; Paolo Grillando, invece, la sostenne; dice Fiorelli «più, si direbbe, per isfoggio di bravura dialettica che per vera

<sup>722</sup> ALBERICO DA ROSCIATE, *Secunda super Digesto novo*, cit., ad Dig., 48, 18, 8, l. *Edictum*, in pr., ff de *quaestionibus*, n. 4.

<sup>723</sup> PROSPERO FARINACCI, *Praxis et theorica criminalis*, cit., q. 42, nn. 19-25.

persuasione, e non senza un certo sforzo di voler conciliare l'inconciliabile»<sup>724</sup>. Grillando forzò i testi romani usando l'artificio dell'*argumentum a silentio*: la legge *Milites* della rubrica *De quaestionibus* del *Codex* prescriveva di procedere alla tortura solo sulla base di indizi certi e solo dopo aver verificato che la condizione del soggetto lo consentisse; Grillando notò che la legge non distingueva tra reati più o meno gravi e affermò che, di conseguenza, il punto non doveva preoccupare neppure gli interpreti. Ergo, in tutte le cause criminali i tormenti erano leciti<sup>725</sup>. Nella *Summa Codicis* Azzone vi aveva dichiarato soggetti «liber et servus in criminali causa et civili», proprio sulla base dei testi giustinianeï,<sup>726</sup> e il *Tractatus de tormentiis* dettagliò l'affermazione sentenziando che «certe torqueri possunt tam liberi quam servi et liberti et statu liberi [...] et tam masculi quam feminae, nisi sint praegnantes»<sup>727</sup>.

Si ribadiva che, per alcuni reati precisi, sia criminali che civili, anche gli uomini liberi potevano essere torturati. Il problema, naturalmente, era inseparabile da quello delle esenzioni *ratione dignitatis*. Nel XV secolo l'immunità era ormai un'eccezione alla «regola affermativa», come l'aveva definita Angelo Gambiglioni nel 1438<sup>728</sup>: vi si derogava o per ragioni motivate dal buon senso, per cui erano sollevati dalla tortura i bambini, i vecchi, i malati, le donne incinte, le puerpere, i labili mentali e gli invalidi, oppure per ragioni di ordine sociale, quindi si dichiaravano non torturabili i nobili e i cavalieri, gli ecclesiastici, i medici e gli uomini di toga. Il secondo gruppo, tuttavia, avrebbe incontrato molte più difficoltà nel vedersi riconosciuto questo diritto. Va specificato ancora una volta che di fronte all'accusa di *criminen exceptum* vacillavano o venivano meno tutti i privilegi di *status* che avevano contraddistinto la tarda fase feudale, nella quale ancora ordalia e tortura avevano rappresentato due opzioni alternative la cui scelta, dove non fosse dettata da preferenze del giudice, era determinata dalla caratura dei soggetti imputati<sup>729</sup>. Ma alla fine del Medioevo la maggior parte dei giuristi

<sup>724</sup> PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, p. 245.

<sup>725</sup> *Ibid.* Fiorelli specifica che su questo particolare punto le polemiche dei giuristi erano comunque superate dalla realtà delle legislazioni particolari, che normalmente si peritavano di specificare nel dettaglio i delitti che richiedevano la tortura. Si può comunque affermare che sia i giuristi che le leggi furono sostanzialmente concordi nel richiedere la tortura almeno e soprattutto nei crimini occulti, cioè difficilmente investigabili, nei crimini clandestini e di quelli furtivi, cioè quelli commessi di notte. Ovvero: falso conio, tradimento, lesa maestà, adulterio, sodomia, simonia, eresia, magia, veneficio.

<sup>726</sup> AZZONE, *Summa super codicem*, Bernardino e Ambrogio de Rovellis, Pavia 1506 (rist. anastatica Torino 1966), ad C. *de quaestionibus*, 9, 41, n.6.

<sup>727</sup> GUIDO DA SUZZARA (attr.), *Tractatus de tormentiis sive de indicijs et tortura*, in *Tractatus II de indicijs, quaestionibus et tortura cum additionibus Ludovici Bolognini*, Nicolaus Henricus, Oberursel 1597, cap. II, n. 1.

<sup>728</sup> «Quaero, quae personae possint torqueri. Dic quod regulariter omnes, et sic regula est affirmative, nisi expresse reperiantur prohibitae, et sic sive liberi sive servi, sive mares sive feminae, sive paterfamilias sive filiusfamilas». ANGELO GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis*, Societatem Minimam, Venezia 1598, q. *Quod fama publica*, n. 102.

<sup>729</sup> Il *Tractatus de tormentiis* conferma l'immunità degli imputati di alta dignità e addirittura dei loro figli e nipoti, eccetto che nei casi di lesa maestà: «Item in dignitate positi non torquentur, ut eminentissimi iudices, et milites, et decuriones, et filii et nepotes praedictorum, ne in eis aliqua pudoris macula aspergatur [...]. Sed in

si trovava ormai schierata contro l'immunità dei *milites*<sup>730</sup> e la prassi, qui però con maggiore imbarazzo della dottrina, la ammetteva con facilità anche per la classe dei *nobiles*<sup>731</sup>. Queste categorie, che si riconoscevano nelle leggi dell'onore sociale e cavalleresco, si trovarono assoggettate a una procedura ritenuta infamante, tradizionalmente riservata alle *viles personae*<sup>732</sup>. Qualcosa di molto simile era accaduto ai chierici a seguito dell'intricato dibattito sulla loro torturabilità, afferente alla più vasta questione della *fama* come requisito sufficiente alla tortura. Come si ricorderà, i canonisti si erano attestati, pur con qualche renitenza, sulle posizioni dell'Abbas antiquus, che aveva incluso nella categoria dei chierici passibili di tortura anche quelli colpiti dalla semplice *infamia facti*, ovvero tutti i chierici infamati da un'accusa ben precisa<sup>733</sup>. In sostanza, qualunque religioso, fatta eccezione per i vescovi, poteva essere torturato. L'opinione fu generalmente accettata dai civilisti<sup>734</sup>: Egidio Bossi racconta che nella città di Milano i preti erano addirittura soggetti a torture più severe<sup>735</sup>; Farinacci dice di non poter capire perché gli uomini di chiesa dovrebbero avere diritto a un trattamento di favore,

---

quibusdam casibus dignitas nec minor aetas praebet excusationem, quia torquentur, ut in crimine laesae maiestatis, et prodicionis, et quibusdam aliis». GUIDO DA SUZZARA (attr.), *Tractatus de tormentiis sive de indiciis et tortura*, cit., cap. II, n. 7.

<sup>730</sup> Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 305-11. Le ragioni addotte vertevano in buona parte sul decadimento della classe militare. Cino da Pistoia spiegava che i cavalieri moderni si dedicavano alla mercatura o ad altre attività borghesi, o addirittura a mestieri vili, che non sapevano combattere, che avevano costumi dissoluti, e pure pretendevano onori e privilegi: «et satis in hoc privilegio gaudent; de aliis privilegiis militaribus non sunt digni», CINO DA PISTOIA, *Super Codice*, ad Cod. I, 18, rub. 10. Nel XVI e XVII secolo si alzano alcune voci contrarie alla tortura dei militari, ma, spiega Fiorelli, «si resero sempre conto di cozzare se non contro un'opinione, contro una pratica ormai commune», cit., II, p. 311.

<sup>731</sup> Nel 1575 l'ambasciatore veneto a Napoli raccontava che ai marchesi, ai duchi e ai principi si dava la corda fore con più rigore che alle persone vili. Pochi anni dopo la consuetudine è confermata da Farinacci, secondo il quale, nello Stato della Chiesa, i nobili si torturavano quanto gli altri: semplicemente era richiesta una maggiore gravità d'indizi. Cfr. PIERO FIORELLI, *op.cit.*, II, pp. 299-304.

<sup>732</sup> Deriva che ovviamente suscitò violentissime reazioni da parte del ceto equestre e nobiliare. Racconta Lea, ad esempio, che in pieno XV secolo, in alcune regioni della Francia (Bretagna, Borgogna, ad Amynes e al Vermandes), i nobili riuscirono a strappare al re una serie di statuti nei quali si concedeva loro di ricorrere al duello giudiziario in luogo della tortura. Nel *Coutumier* di Bourdeau vi era una dichiarazione assai significativa, secondo la quale la sapienza dei vecchi non voleva che si spogliassero gli uomini delle loro libertà e dei loro privilegi. Perciò la tortura veniva proibita a tutti i cittadini, eccetto quelli che avessero cattiva reputazione o fossero già stati dichiarati infami in precedenza [Cfr. HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, pp. 511-16]. Lo stesso fiorire di tutta una serie di trattati commissionati dall'aristocrazia a professionisti del settore, filosofi e letterati, esperti d'arme e non di diritto, disinteressati al duello come struttura processuale e dediti invece all'enucleazione dei suoi valori guida, appare un sintomo di questo disagio di classe, oltre che dell'insofferenza verso una sempre più rigida regolamentazione della materia duellare. Mi riferisco, oltre al già citato Girolamo Muzio, soprattutto al *De singulari certamine* di Pietro Monti (Milano 1509), al *Duello regolato da le leggi de l'honore con tutti li cartelli missivi, e risponsivi in querela volontaria, necessaria, e mista, e discorsi sopra del tempo de cavallieri erranti, de bravi e de l'eta nostra* di Sebastiano Fausto da Longiano (Venezia 1551) e al *Il cavaliere in risposta al Gentil huomo del S. Mutio Iustinopolitano* di a Domenico Mora (1589). Cfr. MARCO CAVINA, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 61 ss.

<sup>733</sup> Cfr. *supra*, pp. 134-6.

<sup>734</sup> Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, I, pp. 315-21.

<sup>735</sup> EGIDIO BOSSI, *Practica et Tractatus Varii*, cit., tit. *De indiciis*, n. 103.

che anzi i loro delitti sono più gravi e meritano procedure più severe di quelle riservate ai laici<sup>736</sup>.

Pur con le dovute eccezioni di autori, tribunali e statuti, la tortura risponde a una regola che, mano a mano che ci si addentra nel diritto comune, si fa sempre più *affirmativa*. La «gerarchia di credibilità»<sup>737</sup> del processo medievale, che aveva per qualche tempo sottratto alcune categorie di imputati a pratiche sentite come infamanti, diventa per lo più estranea al processo di epoca moderna. Alla progressiva riduzione dei vari mezzi di purgazione (ordalia, giuramento e duello) al solo istituto della tortura, corrisponde il progressivo assoggettamento di tutti gli uomini alla condizione di soggetti torturabili: si sorvola sulle differenze di *status*, non si distingue più tra infame e infamato<sup>738</sup>. Significa, da un lato, che la giustizia ha sensibilmente allentato i rapporti con l'ordine sociale, riflesso del diritto divino, e consolidato il debito col diritto romano imperiale; dall'altro, significa che la tortura ha assorbito e rielaborato l'eredità delle *purgationes* medievali: la sua forma è la *quaestio* romana, ma il suo cuore è la *purgatio*. È a questo filo mai spezzato con il diritto germanico e pregraziano che si può ricondurre quel «significativo rovesciamento» di cui ha parlato Sbriccoli, per cui il metodo garantistico avrebbe finito per «annidarsi» proprio nell'assetto giuridico della tortura. Il garantismo era già in nuce nella *purgatio*, e in particolare nella *purgatio vulgaris*, non tanto come metodo, ma come fondamentale idea di tutela del soggetto dalla pena capitale. Ripercorriamo brevemente una ricostruzione già nota.

La *purgatio* si affronta per produrre un verdetto certo di innocenza o di colpevolezza, ovvero un *probatum*, risultato che non ha necessariamente un rapporto con la *veritas rei*. Nella *purgatio* non vi è alcuna inclinazione verso la colpevolezza, anzi: nella stessa definizione di «*innocentiae ostensio*» sembra piuttosto implicita una previsione d'innocenza, il che rafforza l'idea che i mezzi di purgazione abbiano avuto essenzialmente una funzione assolutoria. Già nel diritto greco arcaico si pensa che l'ordalia costituisse un meccanismo di soluzione per le controversie squilibrate, dove una delle due parti dominava l'altra «*de toute sa force, de toute sa autonomie personnelle, de tout sa puissance sociale*»<sup>739</sup>; alla parte più debole veniva concessa la possibilità di ricorrere alla prova ordalica nella misura in cui essa rappresentava la sua «*ultime échappatoire*»<sup>740</sup>. Per Gustav Glotz l'intervento divino si produce allorché

---

<sup>736</sup> PROSPERO FARINACCI, *Praxis et theorica criminalis*, cit., q. 41, nn. 12, 13.

<sup>737</sup> ANTONIA FIORI, *op. cit.*, p. 582.

<sup>738</sup> Cfr. *supra*, cap. III, in particolare § 3.3.

<sup>739</sup> GERARD SAUTEL, *Les preuves dans le droit grec archaïque*, cit., p. 125.

<sup>740</sup> *Ivi*, p. 126.

l'individuo è già perduto, condannato, o in via d'esecuzione<sup>741</sup>. Allo stesso modo Jean-Philippe Lévy considera le ordalie «moins comme une prove que comme une grâce divine»<sup>742</sup>. Egli osserva anche che, se si trattasse solo di ricercare la verità, dei procedimenti inoffensivi sarebbero più che sufficienti, ma le ordalie hanno come oggetto, più che la verità, l'imputato e la sua ricollocazione nella società, e si costituiscono coerentemente come uno spazio «di asilo», di «sottrazione alla giustizia umana»<sup>743</sup>. La medesima idea è implicita nel giuramento, solo che l'attore ordalico, a differenza del giuratore, è sprovvisto di onore sociale, e per ottenere il medesimo risultato deve esporsi a un pericolo maggiore, così che l'ordalia, come ha notato Collin Morris, si presenta come l'equivalente volgare (se ci fosse bisogno di ricordarlo) del giuramento, con Dio nelle vesti di testimone<sup>744</sup>. Questa stessa tesi - l'ordalia come giuramento dei reprobri - è stata estesa da James Q. Whitman alla tortura giudiziaria, che nel nuovo sistema processuale avrebbe preso in carico la funzione originariamente svolta dall'ordalia; implicito, in entrambi i sistemi, l'assunto che «the accused was, in the ordinary case, clearly guilty»<sup>745</sup>.

Se si assume che l'ordalia sia stata una prova *ad hoc* per imputati già ritenuti colpevoli, anche la perversione dell'onere della prova a carico dell'accusato, inconcepibile per l'*ordo iudiciarius*, acquista una sua logicità all'interno di quel regime probatorio. Infatti, se il fine della prova ordalica non era l'ottenimento della *veritas rei* ma la purgazione del convenuto, s'intende bene perché dovesse essere proprio il convenuto a farsene carico. Un ragionamento simile può essere applicato all'istituzione dei *compurgatores*. Il diritto medievale li qualifica come testimoni, ma si tratta di testimoni che normalmente non hanno visto nulla; per questo, in opposizione ai veri testimoni (*testes de veritate*), i *compurgatores* vengono chiamati *testes de credulitate*, testimoni di credibilità; Lévy traduce «di moralità»<sup>746</sup>: essi non testimoniano sul reato, ma sull'imputato; non viene chiesto loro di giurare che l'imputato è innocente, ma che merita di essere assolto; tecnicamente sarebbe più corretto dire «creduto», ma l'inflessione sulla moralità lascia supporre che l'interesse per la persona superasse quello per i fatti della causa. È una differenza sottile, che però acquista maggiore spessore se si guarda al giuramento come a un mezzo pensato per sancire l'assoluzione di imputati che, al contrario di quelli indirizzati all'ordalia o alla tortura, godevano della presunzione di innocenza.

<sup>741</sup> GUSTAV GLOTZ, *L'ordalie dans la Grèce primitive*, Fontemoing, Parigi 1904, p. 20.

<sup>742</sup> JEAN-PHILIPPE LÉVY, *L'évolution de la preuve*, cit., p. 23.

<sup>743</sup> *Ibid.*

<sup>744</sup> COLLIN MORRIS, *Judicium Dei*, cit., p. 96. Stesse osservazioni in TRISHA OLSON, *Of Enchantment. The Passing of Ordeals and the Rise of Jury Trial*, in «Syracuse Law Review», 50, 2000, p. 163.

<sup>745</sup> JAMES Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit., p. 102.

<sup>746</sup> JEAN-PHILIPPE LÉVY, *L'évolution de la preuve*, cit., p. 24.

Margaret Kerr, Richard Forsyth e Michael Plyley sono giunti a conclusioni simili studiando i *trials by ordeal* in Inghilterra. Si trattava, secondo gli autori, di prove «engineered to ensure a high rate of success»<sup>747</sup>; ovvero, alle alte probabilità di colpevolezza del convenuto corrispondevano alte probabilità di esito favorevole della prova. Questa idea, più in generale, è condivisa da chi ritiene che gli intellettuali del Medioevo non credessero alla realtà delle ordalie<sup>748</sup>; una questione piuttosto controversa, se la si vuole risolvere sulla sola base dei dati a disposizione, notoriamente scarsi; o di ipotesi fisiologiche come il già citato effetto Leidenfrost (che avrebbe facilitato la presa del ferro incandescente)<sup>749</sup>; o sulla base, ad esempio, delle dichiarazioni scettiche di Guglielmo il Rosso<sup>750</sup>; oppure immaginando, come ha fatto Cordero, che le prove fossero pilotate dal clero<sup>751</sup>. A ben vedere, l'idea che le ordalie abbiano avuto una 'preferenza' per l'assoluzione è già pensabile nell'idea stessa di giudizio divino e nella sua evoluzione storica, di cui la tortura rappresenta senz'altro un capitolo, probabilmente non l'ultimo.

Le purgazioni volgari avevano lo scopo di far dialogare la giustizia con una categoria di individui a cui era negata credibilità giuridica; dal corpo dell'imputato si doveva ottenere una prova che egli non avrebbe potuto fornire con la parola. Questa necessità risulta ancora più evidente nella tortura, inizialmente ammessa solo per imputati privi di dignità sociale. La valenza etica di queste prove consiste nel fatto che esse appianano nel giudizio le disparità sociali proiettate sul processo. Le differenze di *status* sono appianabili solo in quanto *espiabili*: perché all'imputato indegno possa essere accordata la credibilità di cui difetta gli si offre la via della sofferenza; il precetto della spontaneità lo sottolinea molto bene: l'imputato, teoricamente, potrebbe rifiutare l'ordalia, ma se lo facesse si priverebbe della possibilità di acquisire il credito necessario alla sua salvezza. La giustificazione morale alla base di questo tacito accordo tra reo e giustizia è che il difetto di credibilità è considerato di per sé come una colpa da espiare. Così la sofferenza, il cimento del corpo, mentre convalidano una parola altrimenti invalida per la legge, detergono una macchia (l'indegnità) che ha ostacolato un corso più fluido della giustizia. L'idea che in questa operazione possa nascondersi un dispositivo di grazia va ascritta alla natura stessa dell'ordalia. Essa non è tale se non rappresenta l'ultima possibilità di salvezza per l'imputato. Che egli possa uscirne 'perdente' è previsto, ma la prova non sarebbe celebrata se ci fossero gli estremi per condannarlo. Così

---

<sup>747</sup> MARGARET H. KERR, RICHARD D. FORSYTH, MICHAEL J. PLYLEY, *Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England*, cit., p. 580.

<sup>748</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 4.

<sup>749</sup> Cfr. *supra*, p. 37.

<sup>750</sup> Cfr. *supra*, p. 36-7.

<sup>751</sup> *Ibid.*

l'ordalia, con sottile duttilità, solleva la potestà pubblica dalla responsabilità morale di una eventuale sentenza di morte, e allo stesso modo le consente di non compromettersi troppo nel caso di una sentenza di grazia: *Deus vult*.

La salvaguardia del soggetto debole è un'operazione delicata, che, per realizzarsi senza pregiudizio della giustizia, deve poter agire in modo non convenzionale, al di fuori delle consuete modalità del giudizio umano. Ora, sebbene la tortura, al contrario delle purgazioni medievali, abbia un'indiscutibile predisposizione alla condanna, le sue corrispondenze con l'ordalia sono tali da lasciar supporre che il suo ruolo nel processo romano-canonico non sia stato puramente condannatorio. Se nel Medioevo il soggetto debole è ancora il *vilis*, l'*indignus*, il *suspectos*, nel Cinquecento, quando il modello inquisitorio ha pienamente maturato tutte le sue potenzialità e si è imposto come rito penale unico, ogni *inquisitus*, se il capo d'accusa lo prevede, si trova a dover espiare la propria condizione di *inquisitus*. Ancora è richiesto di espiarla attraverso il patimento fisico, non più, però, per purgare pubblicamente una macchia sociale, ma per soddisfare privatamente il giudice, che non potendolo condannare subito lo mette a tortura «in locum poenae», in modo tale che, se il reo alla fine dovesse vincere, almeno «pars supplicii» risulti erogata. L'ingiustizia da arginare non riguarda più la proporzione tra trattamento giuridico e *status* del soggetto, ma il trattamento giuridico in sé. Quindi la funzione della *purgatio* diventa quella di appianare l'enorme disparità tra giudice e reo. Nella sua essenza di giudizio etico non soggetto all'*epistème*, la *purgatio* proietta sulla prova la sua consolidata vocazione assolutoria.

È ipotizzabile che la necessità di stabilire una riserva di grazia dipenda in primo luogo dai problemi etici posti della giustizia capitale. Osservava Jean-Philippe Lévy, che, ancora ai suoi tempi (in Francia la pena di morte è stata abolita dal codice penale nel 1981), si era soliti graziare il condannato se la corda utilizzata per l'impiccagione si rompeva, o se il boia mancava il collo per tre volte<sup>752</sup>. Negli Stati Uniti si ammette ancora la stessa consuetudine, purtroppo avviatasi alla desuetudine. Ciò suggerisce, come prima cosa, che la mentalità ordalica non sia confinata a quelle sole società in cui scienza e magia siano tra loro poco o per nulla distinte, e che il suo innegabile sostrato magico-religioso costituisca la legittimazione epistemologica di qualcosa che, prima ancora che con il divino, ha a che fare con la pena di morte. Inoltre, il fatto che la violenza legale (ordalia, tortura, pena capitale), per trovare una propria giustificazione all'interno dell'ordinamento debba poter rappresentare anche una possibile fonte di salvezza per il soggetto che vi si espone, rimanda al perenne conflitto tra logica e morale, che, come ha messo in rilievo Max Weber, si esplica come perturbazione della

---

<sup>752</sup> JEAN-PHILIPPE LÉVY, *L'évolution de la preuve*, cit., p. 23.

‘razionalità formale’ del diritto<sup>753</sup>. Detta in altre parole, la morale e l’etica impediscono la formazione di un ordinamento perfettamente coerente dal punto di vista formale; incoerenza e incompletezza sono quindi anche garanzia della vitalità del diritto, la fonte propulsiva del suo progredire, giacché «la loro ipotetica realizzazione equivarrebbe alla fine dell’ordinamento come strumento di concretizzazione della società in divenire»<sup>754</sup>. Per cui la contraddizione rappresentata dalla tortura all’interno del processo romano-canonico riflette innanzi tutto questo: lo strettissimo legame tra tortura e «società in divenire», la necessità dell’ordinamento di non sacrificare l’etica alla razionalità. In questo senso, anche l’uso del termine ‘garantismo’ riferito alla tortura giudiziaria diventa più accettabile, perché diluito nel campo, difficilmente contestualizzabile dal punto di vista storico, delle innumerevoli strategie che il potere adotta per porre dei limiti a se stesso.

#### 4.2 Il parallelo tra ordalia e tortura nella critica illuministica

Negli anni ‘70 del XVII secolo il benedettino Ludwig Engel, professore di diritto canonico presso l’università di Salzburg, affrontava nel suo compendio di *iura canonica* la delicata questione dei rapporti tra tortura e *purgatio vulgaris*. Ogni possibile analogia, secondo Engel, era invalidata da due differenze manifeste: primo, che la tortura non si fondava sul miracolo, diversamente dall’ordalia che invece avveniva per contatto col fuoco; secondo, che la tortura era impiegata per ottenere una confessione urgente attraverso il dolore, diversamente dall’ordalia che invece aveva lo scopo di dimostrare la verità sul crimine<sup>755</sup>. L’argomentazione di Engel fu ripresa da diversi giuristi dell’area germanica<sup>756</sup> con il dichiarato obiettivo di

<sup>753</sup> Cfr. *supra*, nella *Premessa* al cap. II.

<sup>754</sup> FRANCO MODUGNO, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino 2012, p. 24.

<sup>755</sup> «Quamvis autem aliquibus etiam tortura videatur species purgationis vulgaris, apparet tamen differentia satis manifesta in duobus: I. Quod tortura possit sufferri naturaliter sine miraculo, aliter quam purgatio vulgaris, quae v.g. sit per tactum ignis. II. Quod tortura adhibeatur non ad probationem criminis, sed ad elicendam confessione urgente dolore». LUDWIG ENGEL, *Collegium universi juris canonici antehac Juxta triplex Juris Objectum partitum, Nunc Vero Servato Ordine Decretalium Accuratus Translatum, et Indice Copioso Locupletatum*, Typis Joan. Jos. Mayr, Salisburgo 1759, tit. XXXIV & XXXV, *De purgatio canonica & vulgari*. La prima edizione è di Salzburg, 1671–1674; nel 1770 l’opera aveva raggiunto la quindicesima ristampa; nel 1720 ne fu pubblicato un sommario da Mainardus Schwartz.

<sup>756</sup> Tra i più noti Franz Xavier Schmalzgrueber, canonista, prima professore di Logica e Morale all’Università di Ingolstadt (a partire dal 1698), poi professore di diritto canonico presso l’Accademia di Dillingen. A Roma fu revisore generale dei libri. Schmalzgrueber riprende Engel sulle analogie e le differenze tra tortura e *purgatio vulgaris* in FRANZ XAVIER SCHMALZGRUEBER, *Crimen Fori Ecclesiastici, Seu Decretalium Gregorij IX. Pont. Max. Liber V*, LaHaye, Ingolstadt 1727, tit. XXXV, *De purgazione Vulgari*. La stessa tesi è ripresa da Antoninus Gassmann, frate di Mainz, professore di teologia e polemista, in ANTONINUS GASSMANN, *Via lactea ad Prooemium iuris canonici*, Erfurt 1739, lib. V, Quaestio Ultima, *Utrum nedum purgatio Canonica possit indici, sed et Vulgaris*. Vale la pena citare anche il caso atipico del teologo gesuita Veit Pichler, professore di diritto canonico prima a Ingolstadt (dal 1716), poi a Monaco (dal 1731), che nel 1721 diede alle stampe un trattato di diritto canonico secondo le decretali di Gregorio IX: qui il parallelo tra tortura e ordalia non viene confutato, bensì



confutare le illazioni sulla presunta parentela tra i due istituti. In realtà, benché lo stesso Engel faccia presente che «alcuni» erano soliti metterli a confronto («Quamvis autem aliquibus etiam tortura videatur species purgationis vulgaris...»), non è affatto facile trovare testi che avanzino questa tesi in modo esplicito; o almeno, bisogna attendere la fine del Seicento<sup>757</sup>. Con un'eccezione: all'inizio del secolo, il prete olandese Johannes Grevius, deposto e incarcerato per le sue posizioni ostili nei confronti della chiesa calvinista d'Olanda, scrive un trattato sulla tortura mentre si trova recluso nella prigione di Amsterdam. Il *Tribunal reformatum*, pubblicato ad Amburgo nel 1624, è la prima monografia dei tempi moderni contro la tortura. Smontata pezzo per pezzo, accettata come istituto del più moderato diritto romano ma respinta nella sua cruenta e illogica versione inquisitoria, incompatibile con la

---

affermato. Il fatto è particolarmente degno di interesse perché Pichler, prima di convalidarlo, porta a termine una serie di argomentazioni che sembrano avere il neppure troppo implicito intento di *riabilitare* le ordalie provandone la canonicità. È l'unico caso che abbia trovato in cui un canonista utilizza l'analogia con la *quaestio* per legittimare la *purgatio vulgaris* (normalmente è la differenza tra le due che rafforza la legittimità della *quaestio*). Al titolo *De purgatione vulgari* Pichler esordisce ricordando che l'ordalia è illecita e ripugna non solo al diritto canonico ma anche diritto naturale, perché, secondo l'argomentazione classica, si tratta di una prova che tenta Dio e di un rimedio superstizioso. Inoltre, egli aggiunge, l'ordalia espone la giustizia al pericolo di condannare l'innocente e scagionare il reo. E tuttavia, ricorda il precedente biblico dell'oblazione di gelosia: Dio stesso ha deliberato che la moglie sospettata di infedeltà debba essere sottoposta alla prova dell'acqua, «ergo purgatio per aquam non est illicita», conclude; inoltre, Graziano nel canone *Qui Presbyterum* prescrive che, se un servo uccide un sacerdote, deve essere sottoposto alla prova del ferro bollente; se ne può concludere che «purgatio per ignem approbatur in Jure Canonico». Fa poi diversi esempi di santi «qui per ignem vel aquam purgarunt suam innocentiam», dai quali dovrà definitivamente stabilire che «hoc illicitum non est». A questo punto interviene la riflessione sulla tortura: «Passim adhibetur nemine improbante, tortura ad detergendam veritatem apud suspectos de crimine, quod alio modo sufficienter probari nequit: sed talis tortura est similis purgatione vulgari». La tortura, benché sia «ad detergendam veritatem», assomiglia alla *purgatio vulgaris*, specie quella somministrata col ferro incandescente. Se ne dovrebbe forse concludere che le ordalie non sono poi così illecite, sia sulla base di precedenti agiografici, biblici e canonici, sia in virtù della loro somiglianza con la tortura. VEIT PICHLER, *Jus canonicum practice explicatum seu Decisiones casuum ad singulos Decretalium Gregorii Papae IX*, apud Nicolaum Pezzana, Venezia 1758 (Prima edizione: Ingolstadt 1716-21), lib. V, titulus XXXV, *De Purgatione Vulgari*. Va aggiunto che il testo, di impostazione filo curiale, compare nel repertorio delle licenze di stampa veneziane con falso luogo di pubblicazione. L'opera riporta però l'approvazione dell'Inquisizione del Sant'Uffizio, ed è probabile che la falsa data sia dovuta alla volontà di non coinvolgere direttamente la Repubblica nella pubblicazione di un libro avverso alla giurisdizione secolare. «La Repubblica non intendeva, proibendone la stampa, rinunciare ad un genere editoriale di largo smercio, tuttavia non desiderava che le proprie posizioni giurisdizionali fossero confuse con i contenuti di quei testi». Cfr. PATRIZIA BRAVETTI, ORFEA GRANZOTTO (a cura di), *False date. Repertorio delle licenze di stampa veneziane con falso luogo di edizione (1740-1797)*, Firenze University Press, Firenze 2008.

<sup>757</sup> Nei testi di diritto comune che ho potuto consultare, il parallelo con l'ordalia unilaterale non viene mai posto in termini esplicitamente analogici, neppure al fine di negarlo. Il rapporto è sempre e soltanto quello con la *purgatio canonica* e con il duello: la prima lecita (ma a partire dal Cinquecento desueta se non nei cirmini di eresia), il secondo, come abbiamo visto, in una posizione piuttosto liminare tra legalità e illegalità. Le cose cambiano tra la fine del Seicento e gli inizi del Settecento, in area germanica con l'ammissione di Engel e con il *Tribunal reformatum* di Johan Graefe (vedi *infra*), in area francese con il *pamphlet* del magistrato Augustine Nicolas (vedi *infra*). È un'epoca in cui la trattazione sulla tortura comincia a uscire dal piano strettamente giuridico per assumere un carattere storico-critico; è un'epoca, se ci fosse bisogno di ricordarlo, nella quale sul tronco stesso della tradizione e delle dottrine tradizionali la tortura comincia ad apparire agli osservatori come un ramo secco e vicino a cadere. Ricordo anche per inciso che i principi attuati nelle grandi riforme del Settecento, come hanno osservato numerosi e illustrissimi autori, erano già stati definitivamente formulati da numerosi, benché solitari, pensatori del Seicento. Su quest'ultima questione rimando a due fondamentali: PAUL HAZARD, *La crisi della coscienza europea*, Torino, UTET, 2007 e RICHARD H. POPKIN, *Storia dello scetticismo*, Milano, Mondadori, 2000.

legge divina, per Grevius la tortura deve essere abolita subito e senza alcuna eccezione, nemmeno per i reati più atroci: non è uno strumento degno del popolo cristiano, non è un istituto valido a scoprire la verità. E un altro argomento ancora si aggiunge alla serie di teoremi: dal momento che le ordalie sono state rifiutate dalla legge in quanto superstiziose e contumeliose nei confronti di Dio, deve esserlo anche la tortura, che ha molto in comune con quei decaduti costumi barbarici:

Nos Deo plus sapere, rem accuratio agere, delicta senerius punire velle, quis non indignabitur? In purgationibus illis, quae vulgares quae dicuntur, quales illae quae per aquam frigidam, vel ferrum cadens fieri olim solebant, cum scilicet reus illaesa manu impositum cadens ferrum, sustinendo vel transferendo, innocentiae suae testimonium edere; in illis inquam cum purgatione Mosaica, quam amara illa et maledicta aqua praestabat, aliquid saltem habere videbantur convenientiae et similitudinis. Sed re penitus tandem perpensa, in universum eas sostulit Pontificis rescriptum [...]. Recte certer et prudenter factum, quod eas omino cessare voluerit, tanquam temerarias, et in Deum contumeliosas. Utinam etiam totum illud, quod in tortura vitii, ita displiceret iis, qui potestate divinitus donati sunt, ut si non tollere eam omnino, saltem, modo aliquo emendare vellent.<sup>758</sup>

Se si fa eccezione per il *Coutume de Bretagne* (XIV secolo), nel quale la tortura veniva esplicitamente paragonata all'ordalia unilaterale (la prova del ferro incandescente e dell'acqua fredda),<sup>759</sup> e a una serie di sovrapposizioni concettuali che si trovano sparse qua e là nelle leggi e nei testi composti durante la fase di passaggio dal sistema ordalico a quello della tortura<sup>760</sup>, questa è forse la prima volta in cui la tesi dell'analogia formale tra i due istituti viene presentata in forma compiuta, per giunta all'interno di un testo interamente dedicato alla materia<sup>761</sup>.

---

<sup>758</sup> JOHANNES GREVIUS, *Tribunal reformatum, in quo sanioris et tutioris justitiae via iudici christiano in processu criminali commonstratur, rejecta et fugata tortura, cujus iniquitatem, multiplicem fallaciam, atque illicitum inter Christianos usu, libera et necessaria dissertatione apervit*, Christophori Meisneri, Lipsia 1737, lib II, cap. I, § VI, pp. 295-6.

<sup>759</sup> Cfr. *supra*, p. 102.

<sup>760</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 1.

<sup>761</sup> Alla base del *Tribunal reformatum* c'è l'idea che la tortura, essendo prova di resistenza fisica, faccia la fortuna dei delinquenti robusti e la rovina degli innocenti più deboli. Questo stesso argomento era stato sollevato, poco tempo prima, dal filosofo e giurista Ugo Grozio, anch'egli olandese, in una delle epistole *ad Gallos* [UGO GROZIO, *Epistulae ad Gallos*, Leiden 1648, ep. 693. Cfr. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, p. 241. Degno di nota il fatto che Grozio, nel *De iure belli ac pacis*, insegnava che, per stabilire la pena, non bisognava prendere di mira il passato, ovvero il reato commesso, ma il futuro, ovvero gli scopi della pena. Egli cioè considerava la retribuzione giuridica, che mirava solo al passato, come «triumphum et gloriam animi», un trionfo egoista; dunque la pena commisurata sulla retribuzione non come una pena, ma come una vendetta: «poena non est, sed factum hostile». Cfr. HANS VON HENTIG, *La pena*, cit., p. 174]. L'inaffidabilità della tortura in quanto prova di resistenza fisica è ripresa da dal moralista Jean de La Bruyère, che nel celebre *Les caractères* (uscito anonimo nel 1688) commentava: «La question est une invention merveilleuse et tout à fait sûre pour perdre un innocent qui a la complexion foible, et sauver un coupable qui est né robuste» [JEAN DE LA BRUYÈRE, *Les caractères de Théophraste, traduits du grec*,

Quasi sessant'anni dopo, nel 1681, il magistrato e consigliere regio Augustine Nicolas indirizza a Luigi XIV una dissertazione morale e giuridica sulla tortura. Il titolo è eloquente: *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets*<sup>762</sup>. Per Nicolas la risposta è senz'altro no, ed egli propone di abolirla nella sua interezza, in quanto «moyen d'erreur, d'injustice, et d'iniquité si reconnu»<sup>763</sup>. Come Grevius, Nicolas attribuisce tutta la responsabilità della tortura ai giuristi del *mos Italicus*. Addirittura, egli sostiene, la loro vera intenzione sarebbe stata quella di liquidare più facilmente i propri nemici costringendoli a confessare delitti non veri (la *vis* polemica è rivolta soprattutto ai processi di stregoneria); e in questo i giureconsulti sarebbero stati assistiti niente meno che dal diavolo, che avrebbe ispirato loro prima l'invenzione della tortura, poi quella di speciosi argomenti volti a sostenerla. Si domanda Nicolas, che è un appassionato credente, come sia possibile che la Chiesa ufficiale abbia avallato una pratica così contraria ai suoi stessi principi; tanto più che, egli dice, molti papi e altrettanti concili abolirono l'uso delle purgazioni volgari ritenendole superstiziose e violente: come si può non vedere che la tortura assomiglia a quelle pratiche, e che anzi le sorpassa tutte per temerarietà? Nicolas si dilunga su questo problema, cosa che invece non aveva fatto Grevius:

---

*avec les caractères ou les moeurs de ce siècle*, Théodore Dabo, Parigi 1821, cap. XIV, *De quelques usages*.]. Senza contare la lunga schiera di pensatori che, per attaccare i processi di stregoneria, si servirono di quell'argomento per dimostrare che esistevano ben pochi reati che la tortura non potesse convalidare; pensatori, anche in questo caso, dell'Europa settentrionale: di Spee si è già parlato, e così di Adam Tanner, guida spirituale della *Cautio*, prudente ma fermo oppositore dei processi alle streghe e degli abusi giudiziari che da questi derivavano; prima di loro il medico barbantino Johann Wier, allievo di Agrippa di Nettesheim, tra i più audaci e radicali pionieri della critica razionale e divulgatore dell'umanesimo erasmiano, avversario della pena di morte e della tortura, in special modo quella delle streghe [sul *De praestigiis daemonum, et incantationibus, ac veneficiis* (Basilea 1563) cfr. MICHAELA VALENTE, *Johann Wier*, cit.]; mentre nel 1711 Christian Thomasius, precursore dell'illuminismo tedesco, discuteva a Halle una dissertazione giuridica *de origine processus inquisitorii* nella quale entrava in apertissima polemica con il sistema penale, la *quaestio* e il modo di istruire i processi di stregoneria; opera che Ettore Dezza ha giudicato «simbolico punto di discriminazione per la storia della forma del processo penale nell'Europa del tardo diritto comune» nonché «la prima presa di posizione consapevolmente innovativa e oggettivamente illuminista» su quella materia [ETTORE DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Giuffrè, Milano 1989, p. 134]. Un ultimo nome non può essere tralasciato, quello di Benedikt Carpzov, fondatore della tradizione giuridica tedesca, autore della *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635), nella quale la tortura è criticata sia sul piano umanitario che giuridico, benché l'autore ritenga che un suo uso moderato sia comunque necessario. Per gli altri critici a cavallo tra XVII e XVIII secolo, e non sono pochi, rimando come sempre a PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 229-43. Egli individua il capostipite della critica alla tortura nella figura del criminalista Francesco Casoni, che nel *Tractatus de tormentis* (1557) si preoccupava di prescrivere norme il più possibile indirizzate a limitare abusi e assicurare agli innocenti un'onesta giustizia. Egli affermò in diverse rubriche che la tortura ripugnava alla religione, alla pietà e anche alla scienza giuridica.

<sup>762</sup> AUGUSTINE NICOLAS, *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique par laquelle il est amplement traité des abus qui se commettent partout en l'instruction des procès criminels, et particulièrement en la recherche du sortilège*, Abraham Wolfgang, Amsterdam 1681. Ci fa sapere Fiorelli che il testo fu ripubblicato in francese nel 1682, poi in latino nel 1697 e in olandese nel 1702 e nel 1736. L'edizione che ho consultato io è Amsterdam 1682.

<sup>763</sup> *Ivi*, p. 218.

En celles-là [le ordalie] on se rapportoit au jugement de Dieu sur une chose impossible à être prouvée par des témoignages humains, et quelquefois Dieu protegeoit l'innocent, lor qu'il le voyoit contraint à ces perilleuses et temeraires purgations. Dans cette-cy [la tortura] on tente Dieu aussi temerairement, en voulant l'obliger à un miracle perpetuel, qui est, d'empêcher que ces deux grandes passions qui produisent le mensonge dans ces questions, perdent leur effet naturel et presque infallible en un patient demembré tout vif, et qu'il n'apprehende ni la mort ni les douleurs qui luy font fausser la verité. On cherche la verité dans une *voix de mensonge* si reconnuë, et l'on soûmet les biens, l'honneur, et la vie de mille innocens à un peril evident, sous l'esperance incertaine de decouvrir un coupable. Les Criminalistes mesmes sont contraints d'avoüer en leurs façons de parler methodiques, *que la torture est un purgation vulgaire*. On n'entend rien d'eux plus frequemment, que cette façon de parler, dont ils se font un principe, que *la torture purge les indices*; mais cette purgation est d'autant plus detestable à Dieu et aux hommes, que si le patient est criminel, cette purgation vulgaire le fait passer pour plus innocent qu'il n'estoit reputé auparavant, et s'il est innocent elle l'oblige à souffrir injustement un supplice plus grand que celui d'avoir les deux manis couppees. N'est-ce pas tenter Dieu de tous costez, ou en cherchant la conviction impossible d'un fourbe endurci ou charmé, ou en l'oppression manifeste d'un innocent, incapable de resister à de si extremes douleurs? <sup>764</sup>

Il ragionamento è piuttosto arzigogolato e non manca di punti oscuri (soprattutto linguistici). Ecco, in sintesi: la tortura è più temeraria dell'ordalia; nell'ordalia infatti si consulta Dio in mancanza di prove e Dio, di tanto in tanto, acconsente a proteggere l'innocente, vedendolo costretto a una prova così perigliosa; nella tortura invece si chiede a Dio un miracolo perpetuo: annullare gli effetti naturali che la paura della morte e la sofferenza fisica producono quasi immancabilmente sugli uomini in modo da neutralizzare il pericolo della menzogna e ottenere sempre la verità. Ma questo significa cercare la verità dove non può esserci altro che menzogna. I criminalisti stessi sono costretti ad ammettere che la tortura è una purgazione volgare; costoro non fanno altro che ripetere che la tortura purga gli indizi, senza rendersi conto che, in questo metodo di prova, il criminale potrebbe uscirne migliore di prima mentre l'innocente potrebbe perdere tutto.

Il discorso è uno strano miscuglio di argomenti religiosi, umanitari e logici. Viene da chiedersi, ad esempio, perché mai un Dio che «qualche volta» ha protetto l'innocente dall'ordalia non dovrebbe fare altrettanto con la tortura; dove sia, cioè, tutta questa differenza tra le due prestazioni richieste all'Onnipotente, fermo restando che, come egli afferma, *la tortura è una purgazione volgare*. Poco più avanti la responsabilità di tutto ricade ancora una volta sul diavolo: «Il se sert de l'Écriture pour nous faire à croire que Dieu veut qu'on fasse perir par

---

<sup>764</sup> AUGUSTINE NICOLAS, *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets*, Abraham Wolfgang, Amsterdam 1682, pp. 88-9. I corsivi sono originali.

toutes voyes toutes personnes suspectes de sortilege... il luy fait croire [al giudice] que les dernieres douleurs sont capables de produire une verité contre celui qui les souffre»<sup>765</sup>. Il diavolo confonde i giuristi, i teologi e i giudici e fa passare la tortura per una prova accreditata dalle Sacre Scritture, quindi una prova nella quale si dovrebbe riporre la stessa fede che si deve a Dio. Non siamo molto lontani dai discorsi di Martin Del Rio sulla discendenza delle ordalie dalla prova biblica delle acque amare: dovendo condannare quelle senza mettere in discussione il precedente veterotestamentario, il teologo aveva finito per dire che sì, l'ordalia delle acque amare era stata istituita da Dio, ma poi il diavolo aveva confuso gli uomini facendo credere loro che le prove dell'acqua e del fuoco le fossero conformi<sup>766</sup>. Il diavolo come responsabile del travisamento di precetti divini, quindi la tortura come travisamento di precetti divini, il che non suona molto illuministico, e neppure pre-illuministico; un Friedrich von Spee non si sarebbe mai espresso in questi termini. E tuttavia, Nicolas getta ampiamente le fondamenta di un argomento destinato a lunga vita: la tortura è irrazionale come l'ordalia perché si fonda sulla fiducia nell'intervento divino. Voltaire lo ribadisce nel *Dictionnaire philosophique* (1764) ampliando ulteriormente il campo del paragone: non si tratta più soltanto di ordalie dell'acqua e del fuoco; anche il duello, che molti giuristi hanno equiparato alla tortura, appartiene alla specie delle purgazioni volgari. Infatti, pensare di poter ottenere per mezzo dei tormenti la verità su un crimine è tanto assurdo quanto pensare di poter giudicare un colpevole per mezzo di un combattimento cavalleresco.<sup>767</sup>

Dopodiché sulla tortura si abbatte la condanna della nuova filosofia. Nello stesso anno del *Dictionnaire*<sup>768</sup> esce il *Dei delitti e delle pene* di Beccaria. Sarebbe superfluo insistere una volta di più su come e quanto quest'opera, scritta da un ventiseienne ancora sconosciuto, abbia

---

<sup>765</sup> *Ivi*, p. 90.

<sup>766</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 3.5.

<sup>767</sup> «J'ai toujours présumé que la question, la torture avait été inventée par de voleurs, qui, étant éntres chez un avare, et ne trouvant point son trésor, lui firent souffrir mille tourments jusqu'à qu'il le découvrit. On a dit suvent que la question était un moyen de sauver un coupable robuste, et de perdre un innocent trop faible; que chez les Athéniens on ne donnait la question que dans le crime d'état; que le Romains n'appliquèrent jamais à la torture un citoyen romain pour savoir son secret; que le tribunal abominable de l'Inquisition renouvela ce supplice, et que par conséquent il doit être en horreur à toute la terre; qu'il est aussi absurde d'infliger la torture pour parvenir à la connaissance d'un crime, qu'il était absurde d'ordonner autrefois le duel pour juger un coupable; car souvent le coupable était vainquer, et souvent le coupable vigoureux et opiniâtre résiste à la question, tandis que l'innocent débile y succombe; que cependant le duel était appelé le *jugement de Dieu*, et qu'il ne manque plus que d'appeler la torture le *jugement de Dieu*; que la torture est un supplice plus long et plus douloureux que la mort; qu'ainsi on punit l'accusé avant d'être certain de son crime, et qu'on le punit plus cruellement qu'en le faisant mourir». *Dictionnaire philosophique*, voce *Question, Torture*.

<sup>768</sup> Si è detto che era il 1764. In questa data, in un almanacco intitolato *Il mal di milza*, Pietro Verri poneva questo indovinello: «Io son regina ed abito fra gli sgherri; purgo chi è macchiato, e macchio chi non è macchiato; sono creduta necessaria per conoscere la verità, e non si crede a quello che si dice per opera mia. I robusti trovano in me salute, e i deboli la rovina. Le nazioni colte non si sono servite di me: il mio impero è nato ne' tempi delle tenebre; il mio dominio non è fondato sulle leggi, ma sulle opinioni di alcuni privati». Il testo dell'indovinello è riportato da Fiorelli, che lo prende da Cantù. PIERO FIORELLI, *op. cit.*, II, pp. 250-1.

influito sul pensiero giuridico europeo. Basterà ribadire, insieme a Michel Porret, che lo ha interamente plasmato<sup>769</sup>, e ricordare che, nel giro di pochi anni, la giustizia penale fu riformata in un gran numero di stati, anche sull'onda dell'emozione suscitata da quel libello.

La critica alla tortura del *Dei delitti* si articola su due fronti: la rivendicazione della presunzione di innocenza e della *facultas taciendi* per l'imputato e la negazione della funzione probatoria della tortura. «Qual'è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente?»<sup>770</sup>. La tortura è una *pena* perché somministra sofferenze prima della sentenza e non si avvale di un valido criterio di verità. Negata la sua funzione probatoria, l'illegittimità della *quaestio* in ambito processuale dovrebbe risultare subito evidente. Ciò che è inutile, è ingiusto; la tortura è inutile, quindi è ingiusta. E che dire della sua declamata funzione purgatoria? Essa poggia sull'errata convinzione che «il dolore, che è una sensazione, purghi l'infamia, che è un mero rapporto morale». Questo rapporto causale, benché ammissibile nell'ambito della fede, non lo è nell'ambito del diritto<sup>771</sup>: l'infamia infatti è «un sentimento non soggetto né alle leggi né alla ragione, ma alla opinione comune».

<sup>769</sup> MICHEL PORRET, *Beccaria*, cit., p. 12.

<sup>770</sup> CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 16, *Della tortura*.

<sup>771</sup> L'argomento della confusione tra prassi giudiziaria e principi religiosi sarà fondamentale nella polemica illuministica contro la tortura. Si può citare, tra i tanti, il commento di Felice Turotti e Alberto De Simoni nel *Del furto e sua pena* (1776): «Viene qui a proposito [della tortura] ciò che nell'adottato pratico sistema di giurisprudenza criminale si osserva: osservazione non isfuggita all'autore del libro *Dei delitti e delle Pene*, ed è il pretendere di purgare l'infamia di alcuno per abilitarlo ad essere testimonio legale coll'uso della tortura. Ma che ha egli a fare un tal mezzo col fine preteso? E fino a questa età nostra cotanto illuminata ha potuto arrivare e mantenersi un uso quanto barbaro, altrettanto ridicolo e assurdo? Dunque tra gli spasimi degli omeri scommessi della slogate braccia (sic), dei freddi sudori, riacquisterà egli la buona fama e il buon nome che ha perduto? Dunque, siccome dicesi de' serpenti che in mezzo alle spine e ai sassi depongono le antiche squame, così dovremmo noi credere che gli uomini in mezzo ai dolori e tormenti depongano le spoglie d'infamia onde erano prima rivestiti?». ALBERTO DE SIMONI, FELICE TUROTTI, *Del furto e sua pena trattato di Alberto De Simoni con alcune osservazioni generali in materia criminale. Nuova edizione diligentemente corretta ed illustrata con note e con un cenno biografico intorno all'autore ed alle sue opere di Felice Turotti*, Burrone e Scotti, Milano 1854, p. 320. Ma la riflessione più bella e più lucida si trova forse nelle pagine de *La scienza della legislazione* (1780) di Gaetano Filangieri: «I nostri giureconsulti poco filosofi han creduto che si appartenesse alla legge il distruggere o il determinare l'infamia: ma, se essi avessero consultato la ragione e l'esperienza, avrebbero veduto che l'infamia non può essere regolata che dalla pubblica opinione; che, se colui che non è infame per diritto, lo è nell'opinione del popolo, il favore della legge non lo garantisce dal pubblico disprezzo; che l'infamia legale, che non è ratificata dalla opinione pubblica, è assolutamente nulla; e che della maniera istessa, quando la legge assolve uno dall'infamia, quest'assoluzione non ha alcun vigore, se non è combinata colla maniera di pensare della più gran parte degli uomini. Questo falso principio de' nostri giureconsulti ha fatto loro credere che la tortura serviva per togliere l'infamia dell'accusa, come la toglievano i Giudizi di Dio in altri tempi. Ma essi dovrebbero vedere che l'opinione pubblica allora era persuasa che colui che restava vittorioso nell'esperimento era senza dubbio innocente; e che l'istessa opinione pubblica è oggi persuasa che colui che ha saputo reggere nella negativa tra i tormenti della tortura, è forse uno scellerato che ha il corpo indurito come il cuore, e che non deve riacquistare la sua confidenza dopo un giudizio così poco esatto». GAETANO FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., pp. 280-1.

Non è difficile il rimontare all'origine di questa ridicola legge, perché gli assurdi stessi che sono da una nazione intera adottati hanno sempre qualche relazione ad altre idee comuni e rispettate dalla nazione medesima. Sembra quest'uso preso dalla idee religiose e spirituali, che hanno tanta influenza su i pensieri degli uomini, sulle nazioni e su i secoli. Un dogma infallibile ci assicura che le macchie contratte dall'umana debolezza e che non hanno meritata l'ira eterna del grand'Essere, debbano da un fuoco incomprendibile esser purgate; ora l'infamia è una macchia civile, e come il dolore ed il fuoco tolgono le macchie spirituali ed incorporee, perché gli spasmi della tortura non toglieranno la macchia civile che è l'infamia?<sup>772</sup>

La tortura mira a redimere una macchia spirituale e civile, ma ciò non rientra tra le competenze del processo penale. Quest'ultimo non si occupa di redimere, ma di scoprire la colpevolezza o l'innocenza del reo. E se anche si volessero considerare gli effetti della tortura in termini di investigazione della verità, si tratterebbe comunque di una verità rivelata, non di una verità processuale. Infatti la tortura si fonda sullo stesso principio trascendente che ha ispirato i giudizi di Dio<sup>773</sup>. Verri, che com'è noto ebbe un ruolo di primissimo piano nella formulazione della critica alla tortura di Beccaria,<sup>774</sup> proseguirà sulla stessa linea nelle *Osservazioni*: la tortura, come l'ordalia, vuole «interporre con una spensierata temerarietà il giudizio dell'eterno motore dell'universo nelle più frivole umane questioni»<sup>775</sup>. Ma le riflessioni di maggiore interesse - almeno, ma non solo, per il tema che ci riguarda - sono quelle di Gaetano Filangieri<sup>776</sup>. La sua *Scienza della legislazione*, con la quale l'autore si prefiggeva il compito di ridurre la legislazione a unità di scienza normativa, uscì nel 1780 ed ebbe fortuna editoriale per almeno un quarantennio, con traduzioni in tedesco, francese,

---

<sup>772</sup> *Dei delitti*, § 16.

<sup>773</sup> «La sola differenza che passa fra la tortura e le prove del fuoco e dell'acqua bollente, è che l'esito della prima sembra dipendere dalla volontà del reo, e delle seconde da un fatto puramente fisico ed estrinseco: a questa differenza è solo apparente e non reale».

<sup>774</sup> Cfr. *supra* nota 276.

<sup>775</sup> PIETRO VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, § 13, *Come siasi introdotto l'uso di torturare ne' processi criminali*. Della critica alla tortura di Verri si è già parlato *supra*, nella *Premessa* al cap. II.

<sup>776</sup> A proposito di Filangieri, tra i più letti e apprezzati giuristi dell'Europa del Settecento, può risultare interessante, oltre che godibile, un piccolo estratto dal *Viaggio in Italia* di Goethe, alla data Napoli, 5 marzo 1787: «Debbo darvi qualche breve ragguaglio di carattere generale circa un uomo egregio che ho conosciuto in questi giorni: il cavalier Filangieri, noto per il suo libro sulle legislazioni. Egli fa parte di quei giovani degni di stima che hanno di mira la felicità degli uomini, non disgiunta da un'onorevole libertà. Dal suo contegno traspare il decoro del soldato, del cavaliere e dell'uomo di mondo, temperato però dall'espressione d'un delicato senso morale diffuso in tutto il suo essere e che emana bellamente dalla parola e dal gesto. È profondamente rispettoso del suo re e del reame, benché non approvi tutto ciò che vi accade; condivide però i timori riguardanti Giuseppe II. L'immagine d'un despota, pur se aleggi soltanto nell'aria, impaurisce gli uomini dabbene. Mi parlò con grande schiettezza dei motivi per i quali si ha ragione di temerlo a Napoli. Discorre volentieri di Montesquieu, di Beccaria e anche delle proprie opere, sempre nel medesimo spirito di buona volontà e con vivo slancio giovanile per il ben fare. Non credo abbia ancora toccato la quarantina. Egli non tardò a intrattenermi su uno scrittore d'altri tempi, nella cui insondabile profondità questi moderni italiani amici delle leggi trovano edificazione e conforto; il suo nome è Giovan Battista Vico, e lo tengono per superiore a Montesquieu...».

spagnolo, inglese e svedese. Al rapporto tra tortura e purgazioni volgari Filangieri dedica un intero capitolo della *Scienza*, intitolato, appunto, *Parallelo tra Giudizi di Dio de' tempi barbari e la tortura*. Gli argomenti del riformatore sono ormai quelli dello storico del diritto:

Se si considera la tortura come criterio di verità, si troverà così fallace, così assurda, come lo erano i Giudizi di Dio. La disposizione fisica del corpo determina, così in quella come in questi, l'esito della prova. Nell'una e negli altri l'innocente può essere condannato, e il vero reo assoluto; nell'una e negli altri ciò che determina la verità non ha alcun rapporto con essa [...].<sup>777</sup>

In questa enunciazione si trovano ormai in forma piuttosto compiuta tutti i principali argomenti a sostegno dell'analogia. Ma Filangieri ha da esporne anche di più originali: le ordalie, egli afferma, possono dirsi conformi alla «bontà relativa delle leggi» (tema cui ha dedicato buona parte del primo libro della *Scienza*): il valore delle leggi «bisogna sempre misurarlo colle circostanze de' tempi, nei quali sono state dettate»<sup>778</sup>; e seguendo questo principio si vedrà che le ordalie erano più che buone per quei popoli che le hanno utilizzate: scongiuravano il rischio della vendetta privata, si fondevano su valori compatibili con i costumi di quelle società e una fede sincera nell'intervento divino dava la forza all'innocente di affrontare la prova mentre ne dissuadeva il colpevole, il che garantiva persino una certa attendibilità della prova. Ma non si tratta solo di questo. I giudizi di Dio, benché irrazionali, violenti e temerari, non ledevano la dignità, la libertà e i diritti fondamentali del cittadino, il quale «si avvedeva sempre che la mano che lo perseguitava era quella d'un padre e non d'un tiranno»<sup>779</sup>. Invece la tortura, esaminata «per quello che è in se stessa, o per quello che può essere rapporto agli interessi della società, noi la troveremo sempre ingiusta, sempre perniciosa, sempre contraria agli interessi di qualunque società, in qualunque luogo ed in qualunque tempo»<sup>780</sup>. Le ordalie sono *relativamente buone*, la tortura *assolutamente cattiva*. Ma perché? Perché la tortura, a differenza dell'ordalia, non garantisce i diritti dell'imputato e non contribuisce alla causa dello Stato. E questo non semplicemente perché la tortura sia illogica, ingiusta, brutale e arcaica, ma perché *né il reo né lo Stato ripongono fede in questa prova*. Il primo «sa che uno sforzo di pochi momenti lo garantisce dalla morte; egli sa che dopo aver sostenuta la sua innocenza fra' tormenti, qualunque prova che si possa posteriormente addurre contro di lui, sarà inefficace a condurlo alla morte: egli troverà dunque nella tortura

<sup>777</sup> GAETANO FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, cit., libro II, p. 278.

<sup>778</sup> *Ivi*, p. 272.

<sup>779</sup> *Ivi*, cap. VI, *L'intimazione all'accusato, e la sicurezza della sua persona*, in particolare p. 21. Alcune osservazioni sulla posizione piuttosto originale di Filangieri sui giudizi di Dio si trovano già *supra*, pp. 103-4.

<sup>780</sup> *Scienza della legislazione*, cit., p. 273.



istessa l'istrumento della sua impunità»<sup>781</sup>; il secondo crede così poco nell'efficacia e nell'attendibilità della *quaestio* da aver dovuto inventare l'espedito della riserva di prove, in modo tale da potersi garantire da negative inopportune. Ecco che, «in due metodi dunque ugualmente assurdi per indagare la verità, si trova nulladimeno questa gran differenza: i nostri padri confidavano nel loro, e noi diffidiamo del nostro»<sup>782</sup>.

Filangieri arriverà a dire che le sue riflessioni, «che non mostrerebbero che l'utilità e l'opportunità de' giudizi di Dio presso le barbare nazioni, potrebbero, considerate in un certo punto di veduta, mostrarne anche la *giustizia*»<sup>783</sup>. Egli dice qualcosa di molto utile per la nostra questione: che la prova ordalica è connessa a un tipo di giustizia eticamente valida. Qui si sostiene il passaggio successivo: che la *ratio* ordalica della tortura ha una funzione etica in virtù del suo legame con quel tipo di giustizia. Ovviamente, i riformatori illuministi non potevano riconoscere alla *quaestio* nessuna bontà relativa, nessun principio del contraddittorio e, a maggior ragione, nessun effetto salvifico. Il rischio di infliggere pene inutili a un innocente non può essere commensurabile al vantaggio di salvarne qualcuno dalla macchina inquisitoria. Ma il discrimine, bisogna specificarlo, è proprio la macchina inquisitoria. Infatti, smantellata quella, la tortura non presenta più alcun vantaggio per il reo, nessuno ha più bisogno del suo 'miracolo'. Proprio questa intuizione è alla base dell'originalissima difesa della tortura redatta dal monaco vallombrosano Ferdinando Facchinei. L'anno seguente all'uscita del *Dei delitti*, Facchinei pubblicò un opuscolo intitolato *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, nel quale si proponeva, in contrapposizione a Beccaria che aveva scritto «per pochi», di scrivere per tutti, e di confutare con «moneta contante» quell'operetta «figliuola del Contratto Sociale di Rousseau»<sup>784</sup>.

Non si deve pensare che l'autore delle *Note* fosse un retrivo, un religioso allineato e compiacente. In gioventù era stato uno spirito ribelle, amico di intellettuali e letterati, prolifico commentatore delle opere di Melatone, Breza ed Erasmo<sup>785</sup>, e da monaco mostrò una non comune apertura alle idee fondamentali dell'illuminismo, in particolare quelle di Montesquieu e a d'Alambert, al punto da essere definito da Franco Venturi «un buon

---

<sup>781</sup> *Ivi*, p. 283.

<sup>782</sup> *Ivi*, p. 279.

<sup>783</sup> *Ivi*, p. 271. Il corsivo è mio.

<sup>784</sup> FERDINANDO FACCHINEI, *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, Antonio Zatta, Venezia 1765, p. 5.

<sup>785</sup> Cfr. ADOLFO ZERBOGLIO, *Il ritorno di padre Facchinei*, in «Rivista d'Italia», XXX, 1927, pp. 22-30; TORELLO SALA, *Dizionario storico biografico di scrittori, letterati ed artisti dell'Ordine di Vallombrosa*, I, Tipi dell'Istituto Gualandi Sordomuti, Firenze 1929, pp. 182-85.

propagandista del progresso lento e d'una lenta e moderata penetrazione dei lumi»<sup>786</sup>. Un'altra osservazione di Venturi, che è qualcosa in più d'una nota di curiosità, ci informa che Facchinei è forse il primo autore a utilizzare la parola «socialista», con la quale egli intese definire ogni teorico delle idee di contratto sociale<sup>787</sup>. Una *Vita di Newton* gli costò un processo interno all'Ordine dei monaci di San Mercuriale e la carcerazione nel fondo di una torre, dalla quale uscì nel 1751 previa ritrattazione. L'esperienza umiliante determinò un'inversione di umore, di orientamento ideologico, che la lettura di Beccaria e di Verri inasprì ulteriormente, votandolo al risentimento nei confronti di quei filosofi che, per un «folle ed ambizioso amore della sempre sospetta Novità»<sup>788</sup>, non sapevano «mettere insieme la mente ed il cuore, la ragione ed il volere»<sup>789</sup>. Perciò, pur provando orrore per la tortura<sup>790</sup>, Facchinei sente il bisogno di confutare uno per uno gli argomenti con cui Beccaria («stupido impostore», «satirico sfrenato» e così via) ritiene di averne dimostrato l'ultroneità.

Beccaria aveva dichiarato che, tra i diversi scopi attribuiti alla *quaestio*, il più insensato era senza dubbio quello di «costringerlo a confessare un delitto»; insensato e ingiusto, visto che in questo modo la legge ammetteva implicitamente la tortura di un innocente, «perché tale è, secondo le leggi, un uomo i cui delitti non sono provati»; e la tortura di un innocente doveva considerarsi non una prova, ma una pena, e come tale illegittima nell'ambito del processo e delle indagini probatorie. Sorprendentemente, la strategia adottata da Facchinei per smontare questo argomento non è convincere il lettore che la tortura non è affatto una pena, come ci si potrebbe aspettare; egli vuol mostrare, piuttosto, che la tortura è valida *proprio e soprattutto come pena*. Partiamo dall'inizio del suo teorema.

In Inghilterra, citata da Beccaria come esempio virtuoso di nazione dove non si fa uso della tortura<sup>791</sup>, la pena di morte può essere erogata senza bisogno della confessione, mentre in tutti i tribunali d'Italia, per condannare formalmente un imputato, non basta che sia colpevole, serve anche che sia confesso. Allora, domanda Facchinei, «quali di cotesti due metodi di procedere alla condanna dei rei, sia più favorevole agli stessi rei, più cauto e più sicuro e

<sup>786</sup> FRANCO VENTURI, *Contributi ad un dizionario storico. «Socialista» e «socialismo» nell'Italia del Settecento*, in «Rivista di storia italiana», LXXV, 1963, p. 131.

<sup>787</sup> *Ibid.*

<sup>788</sup> *Note ed osservazioni*, cit., p. 75.

<sup>789</sup> FRANCO VENTURI, *Contributi ad un dizionario storico*, cit., p. 131.

<sup>790</sup> «Confesso ancor io che benché non abbia mai in vita mia veduto tormentare persona; sento ad ogni modo tanto orrore a cotesta specie di tormento, che mi sembra dovrebbero scegliere tutti piuttosto d'esser mazzolati, che soffrire l'atrocità di simil tormento. Mi s'intirizzisce il sangue, e tutta la vita, semplicemente nell'immaginarlo. Tutto ciò non ostante sostengo che il N.A. condanna senza ragione l'uso della Tortura, o che per lo meno le ragioni che apporta non sono tali, che ci debbano obbligare a condannarlo per inutile, com'esso pretende». *Note ed osservazioni*, cit., pp. 58-9.

<sup>791</sup> In verità in Inghilterra la tortura fu usata, anche se molto di rado. Più precisamente, stando agli studi di John Langbein, ottantuno volte tra il 1540 e il 1640. Cfr. JOHN LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, cit., pp. 94 ss.

manco suscettibile d'ingannarsi nel condannarli a morte, quello dell'Inghilterra, o quello dell'Italia?»<sup>792</sup>. Nessun uomo sincero opterebbe per l'Inghilterra. Si obietterà con Beccaria, suggerisce Facchinei, che la tortura è suscettibile di ingannarsi, e che in tal modo l'Italia si assume il rischio di mandare sul patibolo una quantità di innocenti. Invece no. Apprendiamo dal monaco che «il giudice non esige la confessione del reo come un'accusa delle sue reità, quasi che si dubiti, se sia reo o no, mentre se ne dubitasse non lo farebbe tormentare»<sup>793</sup>. Si potrebbe obiettare ancora: se l'imputato è certamente colpevole e deve morire, perché torturarlo? È proprio qui, spiega Facchinei, che equivoca Beccaria: quell'imputato non è torturato in quanto reo, ma «come disubbidiente, e sacrilego, ed ostinato a non voler confessare i delitti dei quali è convinto reo»<sup>794</sup>.

Difficile immaginare quale giurista avrebbe potuto sottoscrivere l'idea di una «tortura per disubbidienza», somministrata nella certezza del reato, giustificata formalmente dalla necessità di ottenere la confessione e, moralmente, dall'imperativo di punire il reo per averla troppo a lungo procrastinata. L'argomento è debitore della posizione teologica che attribuiva alla tortura un valore penitenziale spirituale; l'ostinazione sacrilega è poi, tradizionalmente, il peccato per eccellenza dell'eretico: chi sbaglia per eccesso di *simplicitas* o di *pietas* non sarà mai tanto odioso alla Chiesa quanto colui che persevera nell'errore, mostrando *obstinatio animi dementia* e *obstinatio pertinax natura*.<sup>795</sup> L'autore, non a caso, cita in suo favore la posizione del confessore che, di fronte al reo che ricusa di confessare la verità, è obbligato a negargli la confessione sacramentale<sup>796</sup>. L'idea che il rigoroso esame sia fatto per conoscere la verità, che è poi alla base della definizione stessa della tortura giudiziaria, è per Facchinei, che ha l'aria di attribuirlo a Beccaria, «manco ragionevole, anzi ridicola», «mentre è certo che sia fatto solamente per metterla in un lume più giuridico»<sup>797</sup>, cioè, ribadisce, per formalizzare la reità dell'imputato attraverso la confessione. Questa tesi<sup>798</sup>, tanto inusuale come difesa della

---

<sup>792</sup> *Note ed osservazioni*, cit., p. 73.

<sup>793</sup> *Ivi*, p. 65.

<sup>794</sup> *Ivi*, p. 63.

<sup>795</sup> Tutti i giuristi dello *ius commune* erano concordi nel sostenere che all'eretico pertinace dovesse essere negato il diritto alla difesa. Cesare Carena, riportando il pensiero di altri autori come Simancas, Farinacci e Antonio de Sousa, riferiva che, se «haereticus est notorie talis, et notorie pertinax, et in hoc casu utique ei sunt denegandae defensiones». Cfr. JOHN TEDESCHI, *Pertinacia*, in *Dizionario storico dell'Inquisizione*, cit., vol. 3, p. 1195.

<sup>796</sup> *Note ed osservazioni*, cit., p. 64.

<sup>797</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>798</sup> Altrove Facchinei specifica che «in alcuni casi straordinarij» la tortura si usa «contro persone dalle quali preme, ed è utile al Pubblico d'averne sul fatto qualche notizia» (p. 59); non è del tutto chiaro se alluda alla tortura del reo o a quella dei testimoni, oppure a tutte e due. Aggiunge più avanti che questi tipi di tormenti sono «rarissimi, straordinarij, e sempre dove si tratta della sicurezza dello Stato; così il chiamare in giusti, crudeli, ed inutili questi tormenti, è lo stesso che chiamare crudeli, inutili ed ingiuste certe esecuzioni dei Magistrati della Sanità Pubblica, e quelle ancora di certi Medici, e di certi chirurghi. La società à diritto di liberarsi da uno Scelerato in tutte le maniere, che giudica più spediti» (p. 61). Degli altri casi contemplati, oltre a quello del reo

tortura quanto in disaccordo con sei secoli di *interpretatio*, contrasta anche vistosamente con l'atteggiamento tenuto dall'autore nei confronti della purgazione d'infamia, tema che egli liquida in modo alquanto sospetto:

L'uso poi di tormentare per certa non so quale purgazione d'infamia, benché non sia più praticato, siccome anche l'altro di dar la tortura per rilevare i complici; confesso che fanno pena anch'a me, ma per opporsi, e condannare tali usi, bisognerebbe essere informati, delle ragioni e dei motivi per cui sono stati introdotti [...].<sup>799</sup>

L'autore dà mostra di non conoscere affatto «tali usi», e anche di non capire la differenza tra un istituto e un effetto giuridico, quando sembra voler fare una sola cosa delle purgazioni in quanto pratiche desuete e della *purgatio* in quanto liberazione dagli indizi. Tanto più che, questa «certa non so qual purgazione d'infamia» dovrebbe essere, teoricamente, la stessa che lo ha condotto sulla strada che percorre con tanta sicurezza: se la tortura si dà per pena, è perché essa purga non solo gli indizi, ma il reo stesso. Non servirà soffermarsi ancora sulla connotazione penitenziale della *purgatio*; basti ricordare che l'equivoco della tortura punitiva non nasceva semplicemente dalla scontata associazione tra sofferenze fisiche e pena, ma anche dagli strettissimi rapporti tra *poena*, *emendatio* e *purgatio*.<sup>800</sup>

Da un lato si sarebbe tentati di pensare che Facchinei abbia messo in campo questi argomenti più per strategia retorica che per sincera fede nella loro bontà. Egli vuole, innanzi tutto, presentare il «Rousseau d'Italia» come uno sprovvéduto che non conosce la sua materia. Beccaria sostiene che la tortura è una pena e in quanto tale la dichiara illegittima? Ma se la tortura è legittima proprio perché è una pena! Beccaria pensa di poter dimostrare che la tortura non è adatta a scoprire la verità? Ma lo scopo della tortura non è affatto quello di indagare la verità! È ingiusto e inutile torturare un uomo in quanto reo convinto? Non lo si tortura in quanto reo convinto, ma in quanto ostinato che ha fatto perdere tempo prezioso alla giustizia, a monito di tutti i criminali.

Tuttavia, in questo suo confutare tesi negandone una ad una le premesse, c'è qualcosa di più che una semplice trovata retorica: un atteggiamento di realismo, quasi di cinismo, del tutto coerente con l'impostazione delle *Note*<sup>801</sup> e, soprattutto, coerente con quella che è la tesi più

convinto e quello della persona «da cui preme avere notizie», aggiunge che «in qualche Stato si dà la tortura anche per certa purgazione d'infamia, e per rilevare i complici di certi delinquenti condannati a morire».

<sup>799</sup> *Ivi*, p. 61.

<sup>800</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 3.1.

<sup>801</sup> Facchinei oppone asprezza e cinismo a ideali che, come dice bene Fiorelli, «hanno nome sensibilità, dolcezza d'animo, delicatezza di sentimenti» [II, p. 254, nota 25]. È la poetica umanitaria dei riformatori a irritarlo. Egli critica con la «moneta contante» del realismo tutte quelle idee di Beccaria eccessivamente legate a una visione

originale di Facchinei: che la tortura, considerata nel complesso, è «un atto di misericordia», «un mezzo che può salvar la vita a qualche reo», «una specie di grazia», «piuttosto una cosa caritatevole, che crudele».

Supponghiamo, che uno abbia scritto qualche sanguinoso Libello contro la persona d'un Principe: che l'Autore di quel Libello sia stato veduto da due testimoni nell'atto che lo scriveva; e supponghiamo che tal Libello sia stato consegnato alla Giustizia, secondo le Leggi della quale, suppongasi, che il suo Autore si meriti la morte. Immaginiamoci che questo reo sia già nelle forze, costituito, ed esaminato giuridicamente, ma che abbia negato il tutto. Si domanda adesso che cosa debba farsi di simil reo, che secondo le nostre leggi non può essere condannato, perché non confesso? Una delle due: o bisognerà far l'ingiustizia di rilasciarlo, benché provato reo, o condannarlo; benché non confesso; come si costuma in molti Paesi. Il primo, non lo dirà nessuno; dunque dovremo dire, che il supposto reo, convenga che sia condannato alla morte. Adesso, se a questo reo sarà data la tortura, e che resista; ecco, che egli eviterebbe una morte certa; per un tal reo dunque, la tortura sarebbe una specie di grazia, conforme è detto di sopra. Di nuovo: dunque se nei nostri Tribunali non si facesse uso della Tortura, che nei casi simili al detto, allora la tortura, non potrebbe essere, più condannata come un uso crudele.<sup>802</sup>

Viene da chiedersi: ma se il nostro ritiene che la tortura si somministri soltanto agli imputati certamente colpevoli, perché dovrebbe ritenere un valido argomento a favore della tortura il fatto che essa possa condurre alla grazia dell'imputato? Che ne è del diritto della società «di liberarsi da uno Scelerato in tutte le maniere»? Per Facchinei, che pure ha negato che la tortura si adoperi per scoprire la verità, il rischio di condannare un innocente è nullo, o «quasi»:

Il solo apparato dei tormenti à fatto dei miracoli in molti rei, per fare ad essi confessare immediatamente la verità, e perché dessero sul fatto i più indubitati indizj d'esser veramente rei; ed all'opposto gl'innocenti sottoposti ai tormenti, quasi tutti gli ànno sofferti in una maniera, che si

---

politica e filosofica di tipo «socialista», quasi che fossero ingenui e stucchevoli, oltre che eccessivamente ottimistiche. Ad esempio: che le repubbliche e i regni dovrebbero essere costruiti sulla base del libero consenso dei cittadini, o che gli uomini siano tutti uguali, laddove invece, a parere del monaco, risultano evidenti le differenze di condizione, proprio come quelle di età e di sesso. Non a caso, nella *Risposta* a Facchinei, uscita a nome di Beccaria ma scritta in realtà da Pietro e Alessandro Verri e prontamente pubblicata a Lugano sempre nel 1765, l'autore del *Dei delitti* si difendeva dall'accusa di ateo, anticlericale e misconoscitore dell'autorità sovrana, ma non rispondeva ad alcuna accusa inerente al dibattito giuridico, dichiarando solo: «Non penso a combattere su di ciò le obiezioni sue; chi le adotta non approverebbe i miei ragionamenti, non ne può avere bisogno» [CESARE BECCARIA, *Risposta ad uno scritto che s'intitola Note ed osservazioni sul libro dei delitti e delle pene*, tomo II, Bassano 1797, p. 7].

<sup>802</sup> *Note ed osservazioni*, cit., p. 60.

conosceva ch'erano veramente innocenti. Sostengo però che non v'è tempo in cui scopertamente traspiri l'innocenza, o l'iniquità d'un uomo, quando allorché si trova in mezzo ai tormenti.<sup>803</sup>

A buon diritto quella di Facchinei può essere chiamata «grottesca argomentazione»<sup>804</sup>. Ma il grottesco non sta nell'argomentazione in sé, quanto nell'aver utilizzato a sostegno della tortura una deduzione che, come aveva dichiarato Ulpiano, era invece il suo punto più debole<sup>805</sup>. Come la tortura può mandare al patibolo un innocente, la tortura può mandare assolto un colpevole; stabilire quale tra questi due casi sia il più probabile, come lascia intendere Beccaria, non riguarda il diritto, ma l'opinione comune, a seconda di quanto essa sia propensa a credere o meno che Dio non lascia perire l'innocente. Il problema, quindi, non è stabilire se la tortura dia più vantaggio al colpevole o all'innocente, ma riconoscere l'esistenza di un vantaggio, che i giuristi hanno chiamato, a secondo del proprio orientamento, «assurdità», «rischio», «beneficio», «favore», «garanzia», «grazia». È la centralità della componente aleatoria, così strettamente connessa alle forze agenti della violenza e della purificazione, che conduce i riformatori del XVIII secolo a concludere che la tortura giudiziaria si sia evoluta dalla *purgatio vulgaris*, e che la *quaestio* romana - riservata ai soli schiavi, tendenzialmente rivolta ai testimoni e comunque priva di funzioni purgatorie - abbia più che altro fornito la base per uniformarla allo *ius*. In agraria si parlerebbe di innesto; quando, cioè, si fa crescere sopra una pianta una parte di un altro vegetale per dare vita a un nuovo individuo, più giovane e più produttivo. Per l'agraria, la specificità di questo nuovo individuo non ha motivo di essere messa in discussione. Per la storia le cose si complicano. In quest'ambito, il passato risulta «alterato dal presente nella stessa misura in cui il presente è orientato dal passato»<sup>806</sup>; passato e presente, cioè, hanno una continuità assiologica che non consente di stabilire con esattezza né la specificità del 'nuovo' né la specificità del 'vecchio', cosicché la comparazione storica deve limitarsi a individuare analogie e differenze tra il primo e il secondo e, per quanto possibile, fornirne una spiegazione<sup>807</sup>. Fino al XIX secolo, questo tipo di analisi ha dato luogo a interpretazioni di stampo evoluzionista, di cui Lea ha fornito un

---

<sup>803</sup> *Ivi*, p. 69.

<sup>804</sup> Così Alberto Burgio, in CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano 2009, p. 159, nota 71.

<sup>805</sup> ULPIANO, *Dig.*, 48, 18, 1, 23.

<sup>806</sup> Questa riflessione è tratta da uno dei saggi metodologici più importanti di T. S. Eliot, nel quale il poeta analizza la tensione tra la creatività individuale dell'artista e il patrimonio della tradizione, interpretato come elemento necessario all'originalità stessa dell'opera nuova. THOMAS S. ELIOT, *Tradition and Individual Talent*, in *Selected Essays. 1917-1932*, Harcourt, Brace and Company, New York 2014, p. 5. La traduzione è mia.

<sup>807</sup> MARC BLOCH, *Pour une histoire comparée des sociétés européennes*, in *Mélanges historiques*, vol. I, Parigi 1963, p. 17.

saggio davvero esemplare, quasi un manifesto, in *Superstition and Force* (1866), nell'introduzione al capitolo sul duello giudiziario, dove osserva:

Quando l'uomo sta risorgendo dallo stato di barbarie, si verifica in lui una lotta formidabile, la lotta tra la potenza della ragione che spunta e la supremazia della forza bruta che tramonta, e questa lotta è interessantissima a studiarla. Fieri della nostra generazione presente, noi ridiamo delle incoerenze alle quali si abbandonavano i padri nostri, i quali, considerati a buon diritto come una porzione del gran ciclo dell'umano progresso, meritano ogni rispetto soprattutto perché stanno a rappresentare altrettanti trofei di una silenziosa vittoria, vinta per graduazioni quasi impercettibili.<sup>808</sup>

Questo tipo di lettura non è più pensabile, non solo dal punto di vista epistemologico, com'è ovvio, ma anche filosofico. Oggi non si parla di «lotta» tra «ragione» e «forza bruta», ma di dialettica tra tradizione e progresso, e non per una semplice convenzione relativista. L'ermeneutica filosofica del Novecento ha affrancato le categorie di progresso e tradizione dal loro tradizionale ruolo di antagoniste, considerandole invece come inseparabili l'una dall'altra, indispensabili l'una per l'altra, secondo una visione che attribuisce al conflitto interno al progresso, innescato dalla tradizione, la vitalità medesima del progresso<sup>809</sup>. Privato del confronto con le forze 'regressive' e riflessive della tradizione, il progresso non potrebbe generare alcunché di nuovo: esso è davvero tale solo se è deducibile da ciò che lo precede, cioè l'esatto contrario della proposizione spinoziana secondo cui «una substantia non potest deduci ab alia substantia»<sup>810</sup>.

La tortura giudiziaria, come già osservava Manzoni dando il primo colpo all'«humanitarian-progressivist model» degli illuministi, ha rappresentato un indubbio progresso rispetto al precedente sistema di prova. Da questa portata innovativa la sua *ratio* ordalica, benché rivolta al passato, non è affatto esclusa, anzi vi gioca un ruolo di primo piano. Da un punto di vista puramente strutturale, perché la tortura giudiziaria è 'nuova' anche e soprattutto in virtù delle proprietà purgatorie trasmesse dall'ordalia, che contribuiscono in modo sostanziale

<sup>808</sup> HENRY CHARLES LEA, *op. cit.*, p. 95.

<sup>809</sup> Questo è uno dei più importanti contributi del pensiero di Gadamer, fondatore dell'ermeneutica filosofica [HANS-GEORG GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 1983 (1960)]; per una posizione critica nei confronti della visione di Gadamer cfr. il terzo volume di PAUL RICOEUR, *Tempo e racconto*, Jaka Book, Milano 1988 (1985); sul ruolo di tradizione e progresso nell'analisi storica cfr. WALTER BENJAMIN, *Tesi di filosofia della storia*, Mimesis, Milano 2012 (1940) e GENNARO SASSO, *Tramonto di un mito. L'idea di progresso tra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna 1988; alcune interessanti riflessioni sul ruolo della tradizione nell'approccio allo studio della storia, e più in particolare sulla consapevolezza del passato come "infelicità oggettiva" e dunque sull'insanabile conflitto tra vita e storia in FRIEDRICH NIETZSCHE, *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*, Adelphi, Milano 2009 (1874). Per un approccio prettamente storico cfr. ERIC JOHN HOBBSAWM, *L'invenzione della tradizione*, Einaudi, Torino 2002 e PATRICK GEARY, *Memoria*, in JACQUES LE GOFF, JEAN-CLAUDE SCHMITT, *Dizionario dell'Occidente medievale*, Einaudi, Torino 2004, vol. II.

<sup>810</sup> BARUCH SPINOZA, *Ethica*, propositio X.

alla sua specificità; da un punto di vista ermeneutico, perché, in quanto forza conservatrice, la *ratio* ordalica ha imposto all'ordinamento un continuo confronto con valori etici, sociali e psicologici che rischiavano di essere superati dal nuovo modello processuale e che invece, confrontandosi con esso, hanno contribuito all'evoluzione di una morale laica del diritto. Alla liberazione dagli errori logici e dalle superstizioni dogmatiche deve corrispondere un perfezionamento morale; l'Illuminismo riscopre una verità antica: il giusto è razionale; ciò che si deve ricercare nel processo non è la Verità, ma la Giustizia. Paradossalmente, questa lezione era già presente nell'ordalia. Essa rimandava a un passato in cui il progresso, nella sua ancora incerta veste di criterio d'interpretazione della storia, aveva piuttosto il significato di regresso, di un progressivo allontanamento da un'età dell'oro fiorita spontaneamente, quando «senza bisogno di giustizieri, senza bisogno di leggi, si onoravano la lealtà e la rettitudine»<sup>811</sup>. Ecco perché, tra quei due metodi «ugualmente assurdi» per indagare la verità, l'illuminista Gaetano Filangieri ha trovato una grande differenza: «i nostri padri confidavano nel loro, e noi diffidiamo del nostro». Poeticamente si domanda uno storico dei nostri giorni: «Che sia l'invidia dei figli verso i padri a far dondolare così lentamente il mondo?»<sup>812</sup>.

---

<sup>811</sup> OVIDIO, *Metamorfosi*, a cura di Pietro Bernardini Marzolla, Einaudi, Torino 1994, lib. I, vv. 89-90.

<sup>812</sup> Il commento si trova nella *Premessa* alla raccolta delle lettere di Aldo Moro, curata da Miguel Gotor, in ALDO MORO, *Lettere dalla prigionia*, Einaudi, Torino 2009, p. XXVIII.



## Fonti a stampa

- Alcuino di York, *Dialogus de rethorica et virtutibus*, K. Halm, *Rethores Latini minores*, Lipzia 1863
- Alberico da Rosciate, *Secunda super Digesto novo*, Lione 1545
- Agobardo, *De divinis sententiis contra Iudicium dei*, Brepols Publishers, Turnhout 2010
- Andrea Alciato, *Duello de lo eccellentissimo M. Andrea Alciato*, Cominum de Tridino, Venezia 1562
- *Tractatus de praesumptionibus*, Gymnucum, Colonia 1580
- Tranquillo Ambrosini, *Processus informativus sive de modo formandi processum informatium. Brevis tractatus*, Baleonium, Venezia 1667 (Milano 1598)
- Iacopo d'Arena, *Super Digesto novo*, in *Commentarii in universum ius civile*, Etienne Ruffin & Jean Ausoult impensis Hugues de La Porte, Lione 1541
- Aristotele, *Etica Nicomachea*, Rizzoli, Milano 2002
- Assises de Jérusalem ou recueil des ouvrages de jurisprudence composés pendant le XIIIe siècle dans les royaumes de Jérusalem et Chypre. Assise de la Cour des bourgeois*, ed Auguste-Arthus Beugnot, Imprimerie Royale, Parigi 1843
- Pierre Ayrault, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques*, Laurens Sonnius, Parigi 1604 (Parigi 1576)
- Azzone, *Summa super codicem*, Pavia 1506 (rist. anastatica Torino 1966)
- Baldo degli Ubaldi, *In usus feudorum*, Ioannem Pidierium, Lione 1550
- *In primum, secundum et tertium cod. lib. Commentaria*, Lione 1585
- *In quartum et quintum cod. lib. Commentaria*, Lione 1585
- *Commentaria in primam et secundam digesti novi partes*, Lione 1585
- *Commentaria in primam et secundam digesti veteri partes*, Lione 1585
- Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria, cum additionibus Thomae Diplovatati*, I-IX, Baptista De Tortis, Venezia 1526
- Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano 2009 (Milano 1764)
- *Risposta ad uno scritto che s'intitola Note ed osservazioni sul libro dei delitti e delle pene, tomo II*, Bassano 1797 (Lugano 1765)
- Iacopo da Belviso, *Aurea practica criminalis*, Arnold Baert, Colonia 1580 (Lione 1515)
- Bernarndo da Montmirat, *Lectura aurea super quinque libris Decretalium*, Strasburgo 1510
- Marcantonio Bianchi, *Tractatus de indicis homicidii ex proposito commissi & de alijs indicis homicidij & furti, ad legem finalem ff. De quaestionibus*, Beringi, Lione 1546 (Venezia 1545)
- Peter Binsfled, *Tractatus de confessionibus maleficorum*, Petri Henningij, Colonia 1623 (Treviri 1589)
- Heinrich Bocer, *Tractatus de quaestionibus et torturis reorum*, Typis & impensis Cellianis, Tubinga 1607
- Jean Bodin, *Démonomanie des sorcieres*, Jacques du Puys, Parigi 1580
- Francesco Bordoni, *Sacrum Tribunal iudicum in causis sanctae fidei contra haereticos, et de haeresi suspectos*, Corbelletti, Roma 1648
- *Francisci Bordoni Opera omnia, iuridico-regularia, et moralia in quinque tomos distributa, Operum Tomus Quartus, qui continentur Resolutionum Pars Tertia, Decisiones Miscellanea, Theatrum praecedentia, De praecedentia Canonic.*, Ioannis-Antonii Huguetan et Marci-Antonii Ravaud, Lione 1665
- *Manuale consultorum in causis Sancti Officii contra haereticam pravitatem refertum*, Rosati, Parma 1693
- Egidio Bossi, *Tractatus vari criminales*, Somascum, Venezia 1562
- Bartolomeo Brunacci, *Agon aurea ac divina iudicialium rerum institutio*, Melchiorre Sessa, Venezia 1542
- Jean de la Bruyère, *Les caractères de Théophraste, traduits du grec, avec les caractères ou les moeurs de ce siècle*, Théodore Dabo, Parigi 1821 (Parigi 1688)

- Gerolamo Buccaroni, *De differentiis inter iudicia civilia et criminalia tractatus*, Zanetti, Roma 1624
- Girolamo Calà, *Tractatus de praeminentia M. C. V. Regni Neapolis, sive de rectu eius usu, in tortura reis inferenda ex processu informativo*, Ludovicii Cavalli, Napoli 1680
- Antonio Canaro, *De quaestionibus et tormentis*, Venezia 1563
- Diego de la Cantera, *Quaestiones criminales tangentes iudicem, accusatorem, reum, probationem, punitionemque delictorum*, Cornelius Bonardus, Salamanca 1589
- Francesco Carabba, *Aureus tractatus praeminentiae M.C.V. indebitae torturae: ac excessus in ea, et debilitationis membrorum torti*, Ioannis Iacobi Carlini, Napoli 1615
- Cesare Carena, *Tractatus de Officio Sanctissimae Inquisitiones et modo procedendi in causis fidei*, Lione 1669 (Cremona 1636)
- Tiberio Carnevali, *De iudiciis in genere, executive et concursu creditorum*, Napoli 1641
- Benedict Carpzov, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, Balthasaris Christofori Wusti, Francoforte 1677 (Wittenberg 1635)
- Flaminio Cartari, *Tractatus de executione sententiae contumacialis capto bannito*, Ioannem Zenarium & fratres, Venezia 1587
- *Praxis et theoricae interrogandorum reorum libri quatuor*, Ioannem Boatium, Venezia 1618
- Carteggio di Pietro Verri e di Alessandrdo Verri dal 1766 al 1797*, ed. Emanuele Greppi, Alessandro Giuliani vol. VII, Cogliati, Milano 1931
- Francesco Casoni, *De iudiciis et tormentis*, Cominum de Tridino, Venezia 1557
- Cassiodoro, *Institutiones*, R. A. B. Mynors, Oxford 1937 (rist. 1961)
- Pietro Cavallo, *Resolutionum criminalium*, Collegio Musarum Paltheniano, Francoforte 1613 (Firenze 1609)
- Cesario di Heisterbach, *Dialogus miraculorum*, Sumptibus J. M. Heberle (H. Lempertz & Co.), Colonia 1851
- Jacques Chanevelle, *Ethicae seu Philosophiae Moralis Continvatio*, Martinus, Parigi 1666
- Cino da Pistoia, *Lectura Super Codice*, Il Cigno G. G. Edizioni, Roma 1998
- Codex Bambergensis*, in *Der Ordo Iudiciarius des Codex Bambergensis*, ed. Johann F. Schulte, Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien, XXX, Vienna 1872
- Bartolomeo Cipolla, *Consilia criminalia clarissimi vtriusque iuris doctoris et militis domini Bartholomei cepole veronensis*, Jacques Giunta, Lione 1525 (Brescia 1490)
- Giulio Claro, *Sententiae receptae*, Venezia 1570 (Venezia 1568)
- Bernardo Comense, *Lucerna inquisitorum haereticae pravitati*, Fratres Metios, Milano 1566
- Sallustio T. da Corneto, *Practica iudiciaria*, Haeredes Ioan. Osmarini Gilioti, Roma 1593
- Aimone Cravetta, *Consilia sive responsa*, Cominum de Tridino, Venezia 1566 (1545)
- Joost de Damhouder, *Practica rerum criminalium*, Elias Mickel Zinck, Würzburg 1641 (Parigi 1554)
- Francesco De Angelis, *De confessionibus tam iudicialibus, quam extraiudicialibus, et illarum effectibus*, Antonii Mariotti, Bevagna 1679
- Pierre De Belloy, *L'autorità del re e i delitti di lesa maestà*, (*De l'autorité du Roi et des crimes de Leze-Majesté*, Parigi 1587) a cura di Giovanni Brancaccio, trad. Alfredina D'Ascenzo, Guida Editori, Napoli 2001
- Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis*, Steinmeyerus, Francoforte 1613 (Venezia 1590)
- Matteo Degli Afflitti, *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani*, Michaellem Bonellum, Venezia 1575 (Napoli 1499)
- *Commentaria in feudorum usus et consuetudine absolutissima*, Francoforte 1629 (Venezia 1543-7)
- Tommaso Del Bene, *De officio S. Inquisitionis circa haeresim*, Joannis et Petri Arnaud, Lione 1680 (Lione 1666)
- Francesco Del Bruno, *Tractatus de iudiciis, et tortura*, Gulielmum Rouillium, Lione 1546 (Siena 1495)
- Giovanni Battista De Luca, *Dello stile legale*, Appendice al libro XV del *Theatrum veritatis et justitiae*, Venezia 1726
- *Il dottor volgare*, Modesto Fenzo, Venezia, 1740 (Roma 1673)

- Paride Del Pozzo, *Duello libro de re*, Venezia 1544
- *Tractatus elegans et copiosus de re militari*, Venezia 1584 (Napoli 1471)
  - *De Syndicatu tractatus elegantissimus*, Ioannis Saurii, Francoforte 1605 (Napoli 1472)
- Martin Del Rio, *Disquisitionum magicarum libri sex*, Petri Enningii, Magonza 1624 (Lovanio 1599)
- Alberto De Simoni, Felice Turotti, *Del furto e sua pena*, Burroni e Scotti, Milano 1854 (Lugano 1776)
- Antonino Diana, *Resolutiones morales*, François de Waudré, Mons 1636
- *Summae Diana*, Vincentij Bonifacij, Roma 1646
- Ludwig Engel, *Collegium universi iuris canonici*, Joan. Jos. Mayr, Salisburgo 1759
- Nicolaus Eymerich, *Directorium inquisitorum cum commentariis Francisci Pegñe*, Georgium Ferrarium, Roma 1587 (1376 ca)
- Ferdinando Facchinei, *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, Antonio Zatta, Venezia 1765
- Prospero Farinacci, *Praxis et theoriae criminalis*, Iacobi Cardon, Lione 1634 (Roma 1589-1616)
- Antoine Favre, *Codex Fabrianus definitiorum*, Petrum e Iacobum Chouet, Cologny 1628 (Ginevra 1606)
- Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, Glauco Masi, Livorno 1827 (Napoli 1780)
- Angelo Gambigliani, *Tractatus de maleficiis*, Societatem Minimam, Venezia 1598 (Mantova 1472)
- Alberto Gandino, *Tractatus diversi super maleficiis*, Iacobi Iuntae, Lione 1555
- *Tractatus de maleficiis*, H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, II: Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer*, Berlino-Lipsia 1929
- Antoninus Gassmann, *Via lactea ad Prooemium iuris canonici*, Erfurt 1739
- Francesco Ghisleri, *De iudice regularium tractatus*, Vincentium Somaschum, Venezia 1613
- Girolamo Giganti, *Tractatus de crimine laesae maiestatis*, B. Albinum, Spira 1598 (Lione 1557)
- Giovanni di Salisbury, *Metalogicon* (1159), IV, 22, Clement Webb, Oxford Clarendon, 1929
- Johann C. Goetz, *De tortura eiusque usu et effectibus*, Breitkopf, Lipsia 1742
- Goffredo da Trani, *Summa super titulis decretalium*, Lione 1519 (rist. Aalen 1968)
- Antonio Gomez, *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Petri Martin, Madrid 1780 (Salamanca 1552)
- Tommaso Grammatico, *Decisiones*, apud Iuntas, Venezia 1551 (Venezia 1547)
- *Consilia, vota, seu iuris responia*, Franciscum Zilettum, Venezia 1557
- Gregorio di Tours, *De gloria martyrum*, Maternum Cholinum, Colonia 1583
- Gregorio Magno, *Registrum epistolarum*, P. Ewald, L. M. Hartmann, Monumenta Germaniae Historica, Epistolae, Berlino 1891-99
- Johannes Grevius, *Tribunal reformatum*, Christophori Meisneri, Lipsia 1737 (Amburgo 1624)
- Paolo Grillando, *Tractatus de hereticis et sortilegijs omnifariam coitu eorumque penis*. Iacobum Giuncti, Lione 1536
- Sebastiano Guazzini, *Tractatus ad defensam inquisitorum, carceratorum, reorum, & condemnatorum, super quocumque crimine*, Andream Phaum, Roma 1614
- Ugo Grozio, *Epistulae ad Gallos*, Leiden 1648
- Incmaro di Reims, *De divortio Lotharii regis et Theutbergae reginae*, a cura di Letha Böhringer, Hahnsche Buchhandlung, Hannover 1992
- Innocenzo III, *Die register Innocenz' III*, ed Heinrich Schmidinger, Dam Wandruszka, Publikationen des historischen Instituts beim Österreichischen Kulturinstitut in Rom, Roma-Vienna 1979
- Heinrich Institor, Jacob Sprenger, *Il martello delle streghe (Malleus maleficarum)*, trad. a cura di Armando Verdiglione, Spirali, Roma 2006
- Andra d'Isernia, *In usus feudorum commentaria*, Wecheli, Lione 1598
- Isidoro di Siviglia, *Etymologiarum sive Originum libri XX*, W. M. Lindsay, I-II, Oxford 1911

- Ivo di Chartre, *Epistolae*, in JACQUES-PAUL MIGNE, *Patrologia Latina*, Imprimerie Catholique, Parigi 1844-1849
- Michelangelo Jacampo, *Il duello e la moderna civiltà*, Tipografia del giornale di Napoli, Napoli, 1870
- Daniel Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670. Avec un abrégé de la justice criminelle*, Debure, Parigi 1763 (Parigi 1753)
- La Très Ancienne Coutume de Bretagne*, ed. Michel Sauvageau, Joseph Vatar, Rennes 1737
- Liber constitutionum Regni Siciliae (Liber Augustalis)*, Francisci de Tuppo, Napoli 1475
- Liber iuris civilis urbis Veronae. Addito in fine opusculo De vita et translatione Sancti Metronis, et duabus epistolis Ratherii episcopi Veronensis*, ed. Bartolomeo Campagnola, Antonium Bernum, Verona 1728
- Fortunio Liceti, *De Lucernis antiquorum reconditis libri sex*, Cadorinum, Udine 1652
- Umberto Locati, *Opus quod iudiciale inquisitorum dicitur*, Haeredes Antonij Bladij, Roma 1568
- Cesare Loccatelli, *Breviarium sive compendiarium lucubratio complectens totam ferem materiam quaestionis iudicariae*, P. A. Facciotti, Roma 1637
- Alessandro Manzoni, *Storia della colonna infame*, Bur, Milano 2009 (Milano 1840)
- Scipione Maffei, *Della scienza chiamata cavalleresca*, Luigi Pavino, Venezia 1710
- Ippolito Marsili, *Singularia septingenta, tam vetera, noua, quam recentissima, ex postrema authoris recognitione. Quibus, praeter omnium hactenus aeditiones, nouae accesserunt additiones plurimae, cum Repertorio dictorum memorabilium aucto supra modum, foeliciter exeunt*, Dominicum Liliium, Venezia 1559 (Bologna 1514)
- Practica causarum criminalium*, Cominum de Tridino, Venezia 1564 (Venezia 1526-9)
- Elegans & accuratus in titulum ff. de Quaestionibus compilatus Commentarius*, Franciscum Zilettum, Venezia 1564
- Giuseppe Mascardi da Sarzana, *Tractatus de probationibus*, Lione 1589
- Eliseo Masini, *Sacro arsenale, ovvero Pratica dell'Uffizio della Santa Inquisizione*, Stamperia di S. Michele a Ripa, Roma 1730 (Genova 1621)
- Anton Matthaeus, *De criminibus ad lib XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, Utrecht 1644
- Sebastiano de' Medici, *Tractatus de definitionibus. In quo declarantur feré omnes communes termini iuris V. Nunc primum in lucem editus cum indice materiarum copiosissimo*, Carolum Pectinarium, Firenze 1571
- Bartolomeo Melchiorri, *Miscellanea di materie criminali, volgari, e latine, composta secondo le leggi civili, e venete, da Bartolomeo Melchiori*, Pietro Bassaglia, Venezia 1741
- Giacomo Menochio, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et iudiciis commentaria* Samuelis de Tournes, Ginevra 1686
- *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, Samuelis de Tournes, Ginevra 1690 (Venezia 1569)
- Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, A. Belin, Parigi 1817
- Girolamo Muzio, *Il duello del Mutio Iustinopolitano*, Domenico Farri, Venezia, 1576
- Augustin Nicolas, *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets: dissertation morale et juridique*, Abraham Wolfgang, Amsterdam 1682
- Ordonnances de Francois Ier donnée à Villers-Cotterets au mois d'Août 1539*, ed. M. Boucher d'Argis, Le Boucher, Parigi 1786
- Pietro Paella, *Brevis et utilis tractatus de tortura*, Vincenij Accolti, Roma 1583
- Blaise Pascal, *Pensieri*, a cura di Bruno Nacci, Garzanti, Milano 2002
- Paucapalea, *Die summa des Paucapalea uber das Decretum Gratiani*, ed. J. F. von Schulte, Giessen 1890 (rist. Aalen 1965)
- Carlo Pellegrini, *Praxis vicariorum et omnium in vtroque foro iusdicentium quatuor partibus comprehensa*, Antonij Tiواني, Venezia 1681
- Raimondo da Peñafort, *Summa de poenitentia, et matrimonio cum glossis Joannis de Friburgo*, Johannes Tallini, Roma 1603

- Veit Pichler, *Jus canonicum practice explicatum seu Decisiones casuum ad singulos Decretalium Gregorii Papae IX*, Nicolaum Pezzana, Venezia 1758 (Ingolstadt 1716-21)
- Francesco G. Pignatelli, *Novissimae consultationes canonicae*, Fratres de Tournes, Colonia 1719 (Venezia 1695)
- Lorenzo Priori, *Prattica criminale secondo il rito delle leggi della Serenissima Repubblica di Venetia*, F. Brogiollo, Venezia 1663
- Antonio de Quevedo y Hoyos, *Libro de indicios y tormentos*, Francisco Martinez, Madrid 1632
- Nicolas Rémy, *Demonolatreia*, Lione 1595
- Repertorium inquisitorum haereticae pravitatis*, Valenza 1494
- Giovanni L. Riccio, *Decisiones Aureae Curiae Archiepiscopalis Neapolitanae*, apud Iuntas et Baba, Venezia 1648 (Venezia 1626)
- Johann W. Roehrich, *De malefico convicto sed non confesso*, Ephraim Gottlob Eichsfeld, Wittenberg 1742
- Roffredo Beneventano, *Libelli iuris canonici, Quaestiones sabbatinae*, Avignone 1500
- Juan de Rojas, *Singularia juris in favorem fidei, haeresisque detestationem, tractatus de Haereticis*, a cura di Francisco Peña, Franciscum Zilettum, Venezia 1583 (Santiago de Compostela, 1566)
- Jean-Jacques Rousseau, *Discorso sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza tra gli uomini*, Editori Riuniti, Roma 2006 (Parigi 1754)
- Rufino da Bologna, *Summa decretorum*, ed. H. Singer, Paderborn 1902 (rist. Aalen 1963)
- Marco Antonio Savelli, *Prattica universale*, G. Cocchini, Firenze 1665
- Antonio Scappi, *Tractatus iuris scripti quod utroque foro observatur*, Ioannem Baptistam Somaschum, Venezia 1586
- Franz X. Schmalzgrueber, *Crimen Fori Ecclesiastici, Seu Decretalium Gregorij IX. Pont. Max. Liber V*, LaHaye, Ingolstadt 1727
- Angelo Scialoja, *Praxis torquendi reos, in qua breviter tota materia torturae continetur : valde utilis, et necessaria tam jus dicentibus, quam in foro criminali versantibus*, Honophrij Savij, Napoli 1654
- Siete partidas de Alfonso X, con las glosas de Gregorio Lopez*, Portonaris, Salamanca 1555
- Lorenzo Silvano, *Consilia*, Theobaldum Paganum, Lione 1551
- Ludovico Maria Sinistrari, *Practica criminalis*, Angelum custodem, Roma 1693
- Diego de Simancas, *Praxis haereseos sive enchiridion Iudicum violatae religionis*, Fracescum Zilettum, Venezia 1569
- De Catholicis Institutionibus*, Aedes Populi Romani, Roma 1575 (Venezia 1552)
- Friedrich von Spee, *Cautio Criminalis, Seu de Processibus contra Sagas Liber*, Peter Lucius, Rinteln sul Weser 1631
- I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, a cura di Anna Foa, traduzione di Mietta Timi, Salerno Editrice, Roma 2004
- Statuti civili e criminali della Diocesi di Concordia 1450*, ed. Ernesto Degani, in «Miscellanea della R. Deputazione Veneta sopra gli Studi di Storia Patria», Venezia 1882
- Enrico da Susa, *Summa aurea super titulis decretalium*, Claudius Servanius, Lione 1556
- *Lectura in quinque libros decretalium*, Venezia 1581
- Guido da Suzzara (attr.), *Tractatus de tormentiis sive de indicijs et tortura*, in *Tractatus II de indiciis, quaestionibus et tortura cum additionibus Ludovici Bolognini*, Nicolaus Henricus, Oberursel 1597
- Otto Tabor, *Dissertationes nonnullae de tortura et indiciis delictorum*, Friderici Karger, Giesse Hassorum 1667
- Niccolo' de Tedeschi, *Commentaria super decretalium libros*, Senetonios fratres, Lione 1547
- Tommaso d'Aquino, *La Somma Teologica*, a cura di Tito Sante Centi, trad. Angelo Urru, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1996

- *Commento al Corpus Paulinus. Expositio et lectura super Epistola Pauli Apostoli*, a cura di Battista Mondin, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 2008

Domenico Toschi, *Practicarum conclusionum iuris*, Iacobi Mascardi, Roma 1608 (Roma 1605-1608)

Uguccio da Pisa, *Summa decretorum*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Roma 2006

Pietro Verri, *Osservazioni sulla tortura*, a cura di Silvia Contarini, Bur, Milano 2006 (Milano 1804)

Alfonso Vilagut, *Practica canonica criminalis*, Wecheli, Francoforte 1588

August Vischer, *Tractatus duo iuris duellici universi*, Johannis Beithmanni, Jena 1617

Voltaire, *Dictionnaire Philosophique, Question, Torture*, Tome VI, in *Oeuvres complètes de Voltaire, avec notes, préfaces, avertissemens, remarques historiques et littéraires*, Armand-Aubrée, Parigi 1829 (Parigi 1764)

Johann Wier, *De praestigiis daemonum, et incantationibus, ac veneficiis*, Ioannem oporinum, Basilea 1563

Johannes A. C. J. van de Wouw, *Notae Atrebatenses in Decretum Gratiani*, Disseertazione, Université d'Etat de Leiden, Leiden 1969

Paolo Zacchia, *Quaestiones medico-legales*, Iacobum Mascardum, Roma 1621-34

Johan Zanger, *De quaestionibus et torturis*, Wittemberg 1593

#### Bibliografia ragionata

##### Tortura, ordalia, duello e *purgatio canonica*

John W. Baldwin, *The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 against Ordeals*, in «*Speculum*», 36, 1961, pp. 613-636

Dominique Barthélemy, *Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies (IXe-XIIIe siècle)*, in *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Actes de la table ronde, Rome, 28-30 mars 1984, Collection de l'École française de Rome, 88, École Française de Rome, Roma 1986, pp. 194-201

Robert Bartlett, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Clarendon Press, Oxford 1986

Corrado Bologna, *Tortura*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. XIV, Torino 1981

François Bougard, *Rationalité et irrationalité des procédures autour de l'an mil. Le duel judiciaire en Italie*, in *La justice en Van mil*, Actes du colloque du 12 mai 2000, Collection Histoire de la justice, Parigi 2003

Peter Brown, *Society and the Supernatural. A Medieval Change*, *Daedalus* 104, 1975, pp. 133-51

Marco Cavina, *Il duello giudiziario per punto d'onore. Genesi, apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana. Secoli XIV-XVI*, Giappichelli, Torino 2003

- *Il sangue dell'onore. Storia del duello*, Laterza, Bari 2005

Marco Cavina, Alessia Legnani (a cura di), *Duelli, faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*. Atti del Seminario di studi storici e giuridici, Modena, venerdì 14 gennaio 2000, Giuffrè, Milano 2001

Jean-Luc Chassel, *Le serment par les armes. (Fin de l'Antiquité - Haut Moyen Age)*, in *Le serment*, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, Parigi 1989, pp. 79-110

Rebecca V. Colman, *Reason and Unreason in Early Medieval Law*, in «*Journal of Interdisciplinary History*», 4, 1974, pp. 571-91

Franco Cordero, *Quando viene profanato il corpo*, pubblicato da *Diario di Repubblica*, mercoledì 19 maggio 2004

Bernard Durand, Leah Otis-Cour (a cura di), *La torture judiciaire. Approche historique et juridique*, Centre d'histoire judiciaire, Lille 2002

Adhémar Esmein, *Les ordalies dans l'église gallicane au IXe siècle. Hincmar de Reims et ses contemporains*, Imprimerie nationale, Parigi 1898

- Piero Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milano 1954
- Antonia Fiori, *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale. Storia e disciplina della purgatio canonica*, Vittorio Klostermann, Francoforte sul Meno 2013
- Jean Gaudemet, *Les ordalies au Moyen Âge: doctrine, législation et pratique canonique*, in *La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, II, 17, pp. 99-135
- Alessandra Giannelli, Maria Pia Paternò (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Carocci, Roma 2004
- Ariel Glucklich, *Sacred Pain. Hurting the Body for the Sake of the Soul*, Oxford University Press, New York 2001
- Paul R. Hyams, *Trial by Ordeal: the Key to Proof in the Early Common Law*, in Morris S. Arnold (a cura di), *On the Laws and Customs of England. Essays in Honor of Samuel E. Thorne*, University of North Carolina Press, Chapel Hill 1981, pp. 90-126
- Robert Jacob, *Antropologie et histoire du serment judiciaire*, in Raymond Verdier (a cura di), *Le serment*, vol. I, *Signes et fonctions*, CNRS, Parigi 1991
- Soazick Kerneis, Raymond Verdier, *Les justices de l'invisible*, Editions L'Harmattan, Parigi 2013
- Margaret H. Kerr, Richard D. Forsyth, Michael J. Plyley, *Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England*, in «Journal of Interdisciplinary History», 22, 1992, pp. 573-95
- Victor Gordon Kiernan, *Il duello. Onore e aristocrazia nella storia europea*, Marsilio, Venezia 1991 (Oxford 1988)
- John H. Langbein, *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1974
- *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*, University of Chicago Press, Chicago 1977
- *The Legal History of Torture*, in Sanford Levinson (a cura di), *Torture: a Collection*, Oxford University Press, New York 2004, pp. 93-103
- Massimo La Torre, Marina Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna 2013
- Henry Charles Lea, *Forza e superstizione. Ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura*, Società editrice pontremolese, Piacenza 1019 (Philadelphia 1866)
- Peter Leeson, *Ordeals*, in «Journal of Law and Economics», vol. 55, University of Chicago, 2010, pp. 691-714
- Jean-Philippe Lévy, *L'évolution de la preuve, des origines à nos jours*, in *La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, II, 17, pp. 9-70
- Henri Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire: étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Riviere, Parigi 1964
- Marta Madero, *El duellum entre la honra y la prueba según las Siete partidas de Alfonso X y el comentario de Gregorio López*, in «Cahiers de linguistique hispanique médiévale», 24, Ecole normale supérieure Lettres et Sciences humaines, Parigi 2001
- Massimo Meccarelli, *Tortura e processo nei sistemi giuridici dei Territori della Chiesa. Il punto di vista dottrinale (secolo XVI)*, in Bernard Durand, Leah Otis-Cour (a cura di), *La torture judiciaire*, cit., pp. 677-707
- Alec Mellor, *La torture*, Horizons littéraires, Parigi 1949
- Colin Morris, *Judicium Dei. The Social and Political Significance of the Ordeal in the Eleventh Century*, in Derek Baker (a cura di), *Church. Society and Politics*, vol. XII, Basil Blackwell, Oxford 1975, pp. 95-111
- Hermann Nottarp, *Gottesurteil studien*, Bamberger Abhandlungen und Forschungen, Monaco 1956
- Trisha Olson, *Of Enchantment. The Passing of Ordeals and the Rise of Jury Trial*, in «Syracuse Law Review», 50, 2000, pp. 109-96
- Federico Patetta, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Fratelli Bocca, Torino 1890
- Edward Peters, *Torture*, Basil Blackwell, Oxford and New York 1985
- *Destruction of the Flesh, Salvation of the Spirit. The Paradoxes of Torture in Medieval Christian Society*, in Alberto Ferreiro (a cura di), *The Devil, Heresy and Witchcraft in the Middle Ages. Essays in Honor of Jeffrey B. Russell*, BRILL, Leiden-New York-Köln 1998, pp. 131-148

- Maria Pia Paternò, *La critica alla tortura nell'illuminismo giuridico settecentesco*, in *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Carocci, Roma 2004, pp. 17-34
- Michele Pifferi, *Ordalia*, in Adriano Prosperi (a cura di), con la collaborazione di Vincenzo Lavenia e John Tedeschi, *Dizionario storico dell'Inquisizione*, Edizioni della Normale, Pisa 2010, pp. 1142-3
- Charles M. Radding, *Superstition to Science. Nature, Fortune, and the Passing of the Medieval Ordeal*, in «American Historical Review», 84, 1979, pp. 945-969
- Maria Lùz Rodrigo Estevan, *La prueba del hierro candente en los fueros de Teruel y Albarracín*, in José Manuel Latorre Ciria (a cura di), *Los fueros de Teruel y Albarracín*, IET, Turuel 2000, pp. 87-96
- Mario Sbriccoli, «*Tormentum idest torquere mentem*», in Mario Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti: 1972-2007*, I, Giuffrè, Milano 2009, pp. 111-30
- Mathias Schmoeckel, «*Ein sonderbares Wunderwerk Gottes*». *Bemerkungen zum langsamen Rückgang der Ordale nach 1215*, in «Ius Commune», 26, 1999, pp. 123-166
- *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Böhlau, Colonia 2000
- *La survivance de la torture après la chute de l'Empire romain jusqu'à l'aube du Ius Commune*, in Bernard Durand, Leah Otis-Cour (a cura di), *La torture judiciaire*, cit., pp. 315-329
- Giuliano Serges, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in Leonardo Pace, Simone Santucci, Giuliano Serges (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Aracne Editrice, Roma 2011, pp. 215-323
- Claudius Freiherr von Schwerin, *Rituale für Gottesurteile*, in «Sitzungsberichte der Heidelberg Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse», Jahrgang 1932-33, 3, Abhandlung, Heidelberg 1933
- Veronka Szoke, *Il duello giudiziario germanico tra diritto e letteratura*, Cucc, Cagliari 2006

#### Storia e filosofia del processo penale – epoca arcaica e classica

- Cesare Bertolini, *Il giuramento nel diritto privato romano*, L'erma di Bretschneider, Roma 1967 (Roma 1886)
- Biondo Biondi, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, L'erma di Bretschneider, Roma 1970 (Palermo 1913)
- Arnaldo Biscardi, *Diritto greco antico*, Giuffrè, Milano 1982
- Yvonne Bongert, *La problème de la preuve dans les peuples de l'ancienne Indochine française*, in *La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, I, 18, pp. 419-503
- Eva Cantarella, *I supplizi capitali. Origine e funzione delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Feltrinelli, Milano 2011
- Giorgio Fabio Colombo, *Oltre il paradigma della società senza liti. La risoluzione extra-giudiziale delle controversie in Giappone*, CEDAM, Milano 2011
- Jean Fezas, *Malédiction, imprécations, ordalies et serments dans la tradition juridique indienne*, in Raymond Verdier (a cura di), *Le serment*, Editions du CNRS, Parigi 1991, p. 367-94
- Daniel Friedmann, *Diritto e morale nelle storie bibliche*, Giuffrè Editore, Milano 2008 (Peabody 2002)
- Louis Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Sirey, Parigi 1955
- Gustave Glotz, *L'ordalie dans la Grèce primitive*, Fontemoing, Parigi 1904
- Patricia Hidiroglou, *Acqua divina. Miti, riti, simboli*, Edizioni Mediterranee, Roma 2007 (Parigi 1994)
- Hasso Jaeger, *La preuve judiciaire d'après la tradition rabbinique et patristique*, in *La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, I, 16, pp. 415-594
- Bertrand Lafont, *Il giudizio del dio-Fiume in Mesopotamia*, in Jean Bottero (a cura di), *L'Oriente antico. Dai Sumeri alla Bibbia*, Edizioni Dedalo, Bari 1994 (Parigi 1992)



- Jean-Philippe Levy, *Le problème des ordalies en droit romain*, in «Studi in onore di Pietro de Francisci», vol. II, Milano 1956, pp. 407-34
- Eleonora Nicosia, *Promissio iurata liberti?*, in «Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo (AUPA)», vol. LVI, Giappichelli Editore, Torino 2013, pp. 101-12
- Ugo E. Paoli, *Studi di diritto attico*, R. Bemporad & figlio, Firenze 1930
- Carmela Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine*, Giuffrè, Milano 2002
- Gianpaolo Sabbatini, *Appunti di preistoria di diritto romano*, Giappichelli, Torino 2014
- Claudio Saporetti, *Le leggi della Mesopotamia tradotte dai testi originali*, Casa Editrice Le Lettere, Firenze 1984
- Gerard Sautel, *Les preuves dans le droit grec archaïque*, in *La La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, I, 16, pp. 117-60
- Carlo Venturini, *Ius iurandum*, in *Enciclopedia Virgiliana*, vol. III, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma 1987

#### Storia e filosofia del processo penale – epoca medievale e moderna

- Alessandro Ademollo, *Le giustizie a Roma dal 1674 al 1739 e dal 1796 al 1840*, Forzani, Roma 1881
- Giorgia Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene, Napoli 1979
- *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Bari 2001
- *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. XXXVI, Giuffrè, Milano 2007, pp. 43-79
- Mario Ascheri, *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Maggioli editore, Rimini 1991
- *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2008
- Antoine Astaing, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime XVI<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles: audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1999
- Alessandra Bassani, *Il Tractatus de testibus variantibus di Tindaro Alfani: un dialogo fra cultura tradizionale e cultura umanistica nella Perugia del Quattrocento*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 2007, 80, pp.125-88
- Marco Bellabarba, *La giustizia ai confini. Il principato vescovile di Trento agli inizi dell'età moderna*, Il Mulino, Bologna 1996
- Annabelle Bestion, *La torture et le législateur en Europe*, in Bernard Durand, Leah Otis-Cour (a cura di), *La torture judiciaire*, cit., pp. 847-82
- Giuliano Brugnotta, *L' «aequitas canonica». Studio e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 1999
- Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Duncker und Humblot, Lipsia 1887-1892
- Piero Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, CEDAM, 1950, pp. 484-511
- *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, IV, CEDAM, Padova 1955, pp. 111-39
- Francesco Calasso, *Medio evo del diritto, I, Le fonti*, Giuffrè, Milano 1954
- Cesare Cantù, *Documenti*, Giuseppe Pomba, Torino 1841
- Giovanni Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Francesco Sanvito editore, Milano 1863
- Francesco Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, in «Rivista di diritto processuale», IV, 1949, pp. 165-74
- *Giuoco e processo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, Jovene, 1953, pp. 1-11
- Mario Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna 1994
- Franco Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari 1981

- *La fabbrica della peste*, Laterza, Bari 1984
  - *Criminalia. Nascita dei sistemi penale*, Laterza, Bari 1985
  - *Guida alla procedura penale*, UTET, Torino 1986
  - *Procedura penale*, 9° ristampa, Giuffrè, Milano 2012
- Ennio Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Giuffrè, Milano 1962
- *Il processo longobardo tra romanità e germanesimo*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, Atti della Settimana di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 7-13 aprile 1994, Tomo I, Spoleto 1995, pp. 621-648
  - *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, 15° ristampa, Il Cigno Edizioni, Roma 2005
- Jacques Delanglade, *Le Juge, serviteur de la loi ou gardien de la justice selon la tradition théologique*, in «Revue de droit canonique», 10, 1960, pp. 141-164
- Giuseppe De Luca, *La tortura nei rapporti tra processo e pena*, in «Rivista di diritto processuale civile», 4, Padova 1949, pp. 318-35
- Ettore Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Giuffrè, Milano 1989
- *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, Pavia 2013
- Adhémar Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> jusqu'à nos jours*, Larose et Forcel, Parigi 1882, ristampa anastatica Verlag Sauer & Auvermann KG, Francoforte sul menno 1969
- Maria G. Fantini, *Auctor iuris homo iustitiae Deus. La misura del diritto nel basso medioevo*, in «Iustitia», XLIV, 4, Roma 1991, pp. 391-462
- Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10° ristampa, Laterza, Bari 2011
- Marco Ferro, *Dizionario del diritto comune e veneto*, Andrea Santini e figlio, Venezia 1847 (Venezia 1778)
- Michel Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 2014 (Parigi 1975)
- Linda Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and Libelli de ordine indiciorum. From the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century*, Institut d'études médiévales, Lovanio 1970
- Richard M. Fraher, *The Theoretical Justification of the New Criminal Law of the High Middle Ages: «Rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita»*, in «University of Illinois Law Review», 1984, pp. 577-595
- Alessandro Giuliani, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in «Rivista di Diritto Processuale», 43, 1988, pp. 598-614
- Lorenzo Giustiniani, *Memorie storiche degli scrittori legali del Regno di Napoli*, Stamperia Simoniana, Napoli 1787
- John Gilissen, *La preuve en Europe du XVI<sup>e</sup> au debut du XIX<sup>e</sup> siècle*, in *La La preuve*, «Recueils de la Société Jean Bodin», Edition de la Librairie Encyclopédique, Brussels 1965, II, 17, pp. 755-833
- Hugh Goitein, *Primitive Ordeal and Modern Law*, Allen and Unwin, Londra 1923
- Gino Gorla, «*Iura naturalia sunt immutabilia*». *I limiti del potere del principe nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVII*, Olschki, Verona 1982
- Vittorio Grevi, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel penale italiano*, Giuffrè, Milano 1972
- Joseph Hansen, *Zaubenvahn Inquisition und Hexenprosyss im Mittelalter*, Scientia Verlag, Monaco-Lipzia 1900
- Hermann U. Kantorowicz, *La lotta per la scienza del diritto*, Forni, Milano 1908, (Heidelberg 1906)
- Lotte Kéry, *Albertus Gandinus und das kirchliche Strafrecht*, in *Inquirens subtilia diversa*, Dietrich Lohrmann zum 65. Geburtstag, hg. von Horst Kranz und Ludwig Falkenstein, Aachen 2002, pp. 183-200
- Domenico Maffei, *Il giudice testimone e una 'quaestio' di Jacques de Révigny*, (MS Bon. Coli. Hisp. 82), TRG 35, 1967, pp. 54-76
- Paolo Marchetti, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Giuffrè, Milano 1994

- Andrea Marchisiello, *Il principio del processo: osservazioni sulle origini del Judicium nello Speculum aureum di Roberto Marante (1476-1534), in «Historia et ius», 2012*  
<http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/marchisello.pdf>
- Francesco Migliorino, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Editrice Gianotta, Catania 1985
- Giovanni Minucci, *Diritto e processo penale nella prima trattatistica del XII secolo: qualche riflessione*, in Mario Ascheri, Friedrich Ebel, Martin Heckel, Antonio Padoa-Schioppa, Wolfgang Pöggeler, Filippo Ranieri, Wilhelm Rütten (a cura di), *«Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert». Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Vienna 2003, pp. 581-608
- Knut Wolfgang Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit. «Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat.»* Beck, Monaco 1967
- Antonio Padoa-Schioppa, *Discorso conclusivo*, in «La giustizia nell'Alto Medioevo (sec. V-VIII) 7-13 aprile 1994, Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo», II, Spoleto 1995, pp. 1243-1276
- *Sulla coscienza del giudice nel diritto comune*, in «*Iuris vincula*». Studi in onore di Mario Talamanca, Napoli, 2001, pp. 119 -62
- *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2007
- Andrea Padovani, *Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel secolo XII*, Giappichelli, Torino 1997
- Laura Passero, *Processo accusatorio e processo inquisitorio. Appunti per una riflessione sull'opera di Franco Cordero*, in «Studi Senesi», n. 115, fascicolo III, 2003, pp. 530-56
- Edward Peters, *Crimen exceptum. The History of an Idea*, in Kenneth Pennington, Stanley Chodorow, Keith H. Kendall (a cura di), *Proceedings of the Tenth International Congress of Medieval Canon Law, Syracuse 13-18 August 1996*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano 2001, pp. 137-94
- *Henry Charles Lea: Jurisprudence and Civilization*, in «Second Annual Lawrence J. Schoenberg Symposium on Manuscript Studies in the Digital Age», *Lex Scripta: the Manuscript as Witness to the History of Law*, vol. 2, University of Pennsylvania, Philadelphia 2010
- Nicola Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano 2007
- Michele Pifferi, «*Generalia delictorum*». *Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la «Parte generale» di diritto penale*, Giuffrè, Milano 2006
- Reginaldo M. Pizzorni, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 2000
- Michel Porret, *Beccaria*, Il Mulino, Bologna 2013, (Parigi 2003)
- Diego Quaglioni, *Giuristi italiani*, in Claudio Leonardi, André Vauchez (a cura di), *Dizionario del Medioevo*, Città nuova, Roma 1998, p. 850-852
- *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 29, Bologna 1999, pp. 49-63
- Antonio Reyes, *La confesion y la tortura en la historia de la Iglesia*, in «Revista espanola del derecho canonico», 24, Consejo superior de investigaciones científicas, Salamanca 1968, pp. 595-624
- Salvador C. Rodriguez, *La mujer en el fuero de Cuenca*, Anuario de Estudios Medievales, 12, Institut d'Historia Medieval de la Universitat de Barcelona, Barcellona 1982, pp. 183-204
- Giuseppe Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in Pasquale Del Giudice (a cura di), *Storia del Diritto italiano*, Hoepli, Milano 1925 - 1927
- Mario Sbriccoli, *Crimen leasae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano 1974
- «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVII, Milano 1998, pp. 231-67
- *Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in Marco Bellabarba, Gerhard Schwerhoff, Andrea Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 345-364

- «*Lex delictum facit*». Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti: 1972-2007*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 225-60

- *Giustizia negoziale, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*

Marco Scovazzi, *Processo e procedura nel diritto germanico*, in «Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere», Classe di Lettere, vol. 92, 1958, pp. 105-194

- *Scritti di storia del diritto germanico*, Giuffrè, Milano 1975

Franca Sinatti D'amico, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*, Giuffrè, Milano 1968

Tommaso Sorrentino, *Storia del processo penale. Dall'ordalia all'Inquisizione*, Rubbettino, Catanzaro 1999

Winfried Trusen, *Der Inquisitionprozess. Seine historische Grundlagen und frühen formen*, in «Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte», Kanonistische Abteilung, 1988, pp. 163-230

Massimo Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Il Mulino, Bologna 2005

- *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*, in Jacques Chiffolleau, Claude Gauvard, Andrea Zorzi (a cura di), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'occident à la fin du moyen âge*, Publications de l'École française de Rome, Roma 2007, pp. 439-94

- *Modelli di verità. Le prove nei processi inquisitori*, in Claude Gauvard (a cura di), *L'enquête au moyen âge*, École française de Rome, Roma 2008, pp. 123-42

- *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 14, Frankfurt 2009, pp. 40-61

Roul C. van Caenegem, *Reflexions on Rational or Irrational Modes of Proof in Medieval Europe*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 58, 1990, pp. 263-279

- *English Lawsuits from William I to Richard I*, Selden Society, Londra 1991

Vincenzo Varano, *La tradizione di civil law*, in Vincenzo Varano, Vittoria Barsotti (a cura di), *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, vol. II, Giappichelli, Torino 2006

Daniele Velo Dalbrenta, *Nemo inauditus damnari potest*, in Maurizio Manzin (a cura di), «*Audiatur et altera pars*». *Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano 2008

Franco Venturi, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, vol. I, Einaudi, Torino 1990 (Torino 1969)

Michel Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaka Book, Milano 1986 (Parigi 1975)

Hans von Hentig, *La pena. Origine, scopo, psicologia*, Fratelli Bocca, Milano 1942 (Stuttgart 1932)

James Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, Yale 2008

- *The Transition to Modernity*, in Markus D. Dubber (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2014

#### Stregoneria, Inquisizione e Storia religiosa

Bengt Ankarloo, Gustav Henningsen (a cura di), *Early Modern European Witchcraft: Centers and Peripheries*, Oxford University Press, Oxford 1990

Federico Barbierato, *Nella stanza dei circoli. Chiave di Salomone e libri di magia a Venezia nei secoli XVII e XVIII*, Edizioni Sylvestre Bonnard, Milano 2002

Wolfgang Behringer, *Weather, hunger and fear. Origins of the European witch-hunts in climate, society and mentality*, in DARREN OLDRIDGE (a cura di), *The witchcraft reader*, Routledge Press, Londra 2002, pp. 69-85

John Bossy, *The social history of confession in the age of the Reformation*, in «Transactions of the Royal Historical Society», XXV, 1975, pp. 21-38

- *Dalla comunità all'individuo. Per una storia sociale dei sacramenti nell'Europa moderna*, Einaudi, Torino 1998

- Franco Cardini, Marina Montesano (a cura di), *La lunga storia dell'inquisizione. Luci e ombre della «legenda nera»*, Città nuova, Roma 2005
- Paul Carus, *History of the Devil and the Idea of Evil*, Courier Corporation, Dover 2012 (Londra 1900)
- Stuart Clarck, *Thinking with Demons: The Idea of Witchcraft in Early Modern Europe*, Oxford University Press, New York 1997
- Norman Cohn, *Europe's Inner Demons. The Demonization of Christians in Medieval Christendom*, Basic Books, New York 1975
- Ottavio De Bertolis, *Origine ed esercizio della potestà ecclesiastica di governo in San Tommaso*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 2005
- Wietse De Boer, *La conquista dell'anima. Fede, disciplina e ordine pubblico nella Milano della Controriforma*, Einaudi, Torino 2004 (Leida 2001)
- Andrea Del Col, *La persecuzione della stregoneria in Italia dal medioevo all'età moderna*, in *Ci chiamavano streghe*, in «Atti del convegno La caccia alle streghe nelle valli alpine e in Italia nei secoli XVI e XVII», Pisogne 2008, Laterza, Bari 2009, pp. 13-32
- Jean Delumeau, *L'aveu et le pardon*, Fayard, Parigi 1990
- Matteo Duni, Dina Corsi (a cura di), «Non lasciar vivere la malefica». *Le streghe nei trattati e nei processi (secoli XIV-XVII)*, Firenze University Press, Firenze 2008
- Anna Foa, *Eretici. Storie di streghe, ebrei e convertiti*, Il Mulino, Bologna 2004
- Jean Gaudemet, *La société ecclésiastique dans l'Occident médiéval*, Ashgate Publishing, Londra 1938
- Carlo Ginzburg, *Storia notturna*, Einaudi, Torino 2006
- Enrica Guerra, *Un'eterna condanna. La figura del carnefice nella società italiana tardo medievale*, Franco Angeli, Milano 2003
- Aron J. Gurevic, *Le categorie della cultura medievale*, Bollati Boringhieri, Milano 1983 (Mosca 1972)
- Gustav Henningsen, *L'avvocato delle streghe: stregoneria basca e inquisizione spagnola*, Milano, Garzanti, 1990 (Reno 1980)
- Hubert Jedin, *La nécessité de la confession privée selon le Concile de Trente*, in «Maison-Dieu», 104, 1970, pp. 88-115
- Christina Larnier, *Crimen Exceptum? The Crike of Witchcraft in Europe*, in Valentine Arthur C. Gatrell, Bruce Lenman, Geoffrey Parker (a cura di), *Crime and the law: the social history of crime in Western Europe since 1500*, Europe Publications, Londra 1980, pp. 49-75
- Henry C. Lea, *A History of Auricular Confession and Indulgences in the Latin Church. Confession and Absolution*, Lea Brothers and Co., Philadelphia 1869
- Jacques Le Goff, *La nascita del Purgatorio*, Einaudi, Torino 1996
- Brian Levack, *La caccia alle streghe in Europa agli inizi dell'età moderna*, Laterza, Bari 1988 (Londra 1987)  
- *New Perspectives on Witchcraft, Magic, and Demonology*, Taylor & Francis, New York 2001
- Italo Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale*, Mondadori, Milano 1979
- Stephen A. Mitchell, *Witchcraft and Magic in the Nordic Middle Ages*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2011
- Augusto Moreschini, *Pignatelli Giacomo*, in *Enciclopedia Cattolica*, vol. IX, Ente per l'Enciclopedia Cattolica e per il Libro Cattolico, Città del Vaticano 1951
- Stefania Pastore, *Il vangelo e la spada. L'inquisizione di Castiglia e i suoi critici (1460-1598)*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2003
- Edward Peters, *The Magician, the Witch and the Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1978
- Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna 2000

- Paolo Prodi, Carla Penuti (a cura di), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed età moderna*, Il Mulino, Bologna 1994
- Adriano Prospero, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Einaudi, Torino 1996
- *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Edizioni di storia e letteratura, Roma 2003
- *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV – XVIII secolo*, Einaudi, Torino 2013
- Giovanni Romeo, *Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma*, Sansoni, Firenze 1990
- *Ricerche sulla confessione dei peccati e Inquisizione nell'Italia del Cinquecento*, Città del Sole, Napoli 1998
- Jeffrey B. Russell, *Witchcraft in the Middle Ages*, Ithaca, Cornell University Press, 1984
- Philip Schaff, *History of the Christian Church*, Charles Scribner, New York 1884
- Eberhard Schmidt, *Inquisitionsprozess und Rezeption: Studien zur Geschichte des Strafverfahrens in Deutschland*, Heinrich Siber, Lipsia 1940
- Italo Sciuto, *L'etica nel Medioevo. Protagonisti e percorsi (V-XIV secolo)*, Einaudi, Torino 2007
- Richard W. Southern, *The Making of the Middle Ages*, Hutchinson's University Library, Londra 1953
- Raimondo Spiazzi, *Enciclopedia del pensiero sociale cristiano*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1992
- John A. Tedeschi, *Inquisitorial Law and the Witch*, in Bengt Ankarloo, Gustav Henningsen (a cura di), *Early Modern European Witchcraft: Centers and Peripheries*, Oxford University Press, Oxford 1990, pp. 83-118
- *Il giudice e l'eretico. Studi sull'Inquisizione romana*, Vita e Pensiero, Milano 1997
- *Pertinacia*, in ADRIANO PROSPERI (a cura di), *Dizionario storico dell'Inquisizione*, con la collaborazione di John Tedeschi e Vincenzo Lavenzia, Edizioni della Normale di Pisa, Pisa 2010, pp. 1195-6
- Thomas N. Tentler, *The Summa for Confessors as an Instrument of Social Control*, in Charles Trinkaus, Heiko A. Oberman (a cura di), *The Pursuit of Holiness in Late Medieval and Renaissance Religion*, Brill, Leiden 1974, pp. 103-26
- Michaela Valente, *Johann Wier. Agli albori della critica nazionale dell'occulto e del demoniaco nell' Europa del Cinquecento*, Olschki, Firenze 2003
- Peter von Moos, «*Occulta cordis*». *Contrôle de soi et confession au Moyen Age, II. Formes de la confession*, in «*Médiévales*», 30, 1996, pp. 117-137
- Filosofia del diritto e metodologia della storia del diritto
- Alfredo Bargi, *Cultura del processo e concezione della prova*, in Alfredo Gaito (a cura di), *La prova penale*, vol. I, UTET, Torino 2008, pp. 19-94
- Harold J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna 1998 (Cambridge 1983)
- Piero Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Le Monnier, Firenze 1959
- Francesco Cerrone, *Alessandro Giuliani: un'idea di ragione critica, dialettica e controversiale per il diritto*, in «*Archivio di diritto e storia costituzionali*», <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Cerrone-AlessandroGiuliani.pdf>, 2009
- Marcello Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli Editore, Torino 200
- Lorenzo D'avack, Francesco Riccobono, *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli 2004
- Julien Freund, *La crisi dello Stato tra decisione e norma. Saggi di filosofia del diritto e teoria politica*, a cura di Agostino Carrino, Guida Editore, Napoli 2008
- Drew Fudenberg, David K. Levine, *Superstition and Rational Learning*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2006
- Alessandro Giuliani, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società nazionale di Scienze*, Lettere ed Arti in Napoli, vol. LXXXV, Napoli 1974, pp. 142-60

- *Logica del diritto. b) teoria dell'argomentazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 13-34
- *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in «Sociologia del diritto», XIII, 2,3, 1986, pp. 81-90
- *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano 1988, pp. 518-79
- Georg W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di Giuliano Marini, Laterza, Bologna 2004 (Berlino 1820)
- Mariano Menna, *Logica e fenomenologia della prova*, Jovene, Napoli 1992
- John H. Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford 2007 (Stanford 1969)
- Gian Antonio Micheli, *L'onere della prova*, Cedam, Padova 1942
- Franco Modugno, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino 2012
- Francesco M. Pagano, *Opere filosofico-politiche ed estetiche*, vol. I, Tipografia e Libreria Elvetica, Capolago 1837
- Bruno Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Il Mulino, Bologna 1973
- Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2009 (Cambridge, MA 2009)
- Antonio Procida Mirabelli di Lauro, *Comparazione e storia nello studio del diritto del tempo presente*, in Pietro Cerami, Mario Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica. II. Ricordando Giovanni Criscuoli*, Giappichelli Editore, Torino 2013, pp. 44-62
- Simona C. Signotti, *Prova, diritto, verità*, in Alfredo Gaito (a cura di), *La prova penale*, UTET, Torino 2008, pp. 1-19
- Giovanni Tarello, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna 2001
- Michele Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM, Padova 1970
- *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano 1992
- Giovanni Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli Editore, Torino 2013
- Giulio Ubertis, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino 1995
- Marco Versiglioni, *Prova e studi di settore*, Giuffrè, Milano 2007
- Storia e metodologia storica
- Alessandro Arcangeli, *Che cos'è la storia culturale*, Carocci, Roma 2007
- Marc Bloch, *Pour une histoire comparée des sociétés européennes*, in *Mélanges historiques*, vol. I, Parigi 1963, pp. 16-40
- Jacob Burckhardt, *La civiltà del Rinascimento in Italia*, Sansoni Editore, Firenze 1953 (Basilea 1860)
- Peter Burke, *What is Cultural History*, John Wiley & Sons, Cambridge 2004
- Georges Duby, *Les trois ordres et l'imaginaire du féodalisme*, Gallimard, Parigi 1978
- Paul Hazard, *La crisi della coscienza europea*, Torino, UTET, 2007 (Parigi 1961)
- Norbert Elias, *Il processo di civilizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1988 (Basilea 1939)
- Johan Huizinga, *Autunno del Medioevo*, Sansoni Editore, Firenze 1944 (Haarlem 1919)
- *Homo Ludens*, Torino, Einaudi, 2002 (Haarlem 1938)
- Edward James, *The Origins of France*, Macmillan, Londra 1982
- Walter Kudrycz, *The Historical Present. Medievalism and Modernity*, A&C Black, Londra 2011
- Hunt Lynn, *The New Cultural History. Studies on the History of Society and Culture*, University of California Press, Berkeley 1989
- George L. Mosse, *La nazionalizzazione delle masse. Simbolismo politico e movimenti di massa in Germania (1812-1933)*, Il Mulino, Bologna 1975 (New York 1975)
- Richard H. Popkin, *Storia dello scetticismo*, Milano, Mondadori, 2000 (Parigi 1979)

## Altri testi

- Giuliano Bertuccioli, *Storia della letteratura cinese*, Nuova Accademia Editrice, Milano 1959
- Patrizia Bravetti, Orfea Granzotto (a cura di), *False date. Repertorio delle licenze di stampa veneziane con falso luogo di edizione (1740-1797)*, Firenze University Press, Firenze 2008
- Massimo Cacciari, *Geo-filosofia dell'Europa*, Adelphi, Milano 1994
- Angelo Campodonico, Maria Silvia Vaccarezza, *La pretesa del bene. Teoria dell'azione ed etica in Tommaso d'Aquino*, Orthotes Editrice, Napoli 2012
- Francesca Caputo, *Etica e pedagogia. Linee di teorizzazione etica e pedagogica nel pensiero classico e medievale*, Pellegrini Editore, Cosenza 2005
- Anne Cheng, *Uomo e società nell'esperienza confuciana*, in Michel Masson (a cura di), *Trattato di antropologia del sacro*, Jaka Book, Milano 1995
- Jack Randolph Conrad, *Le Culte Du Taureau De La Prehistoire Aux Corridas Espagnoles*, Payot, Parigi 1961 (Durham 1954)
- Josef Delgado, *La tauromaquia ó arte de torear. Obra utilísima para los toreros de profesion, para los aficionados, y toda clase de sugetos que gustan de Toros*, Manuel Ximenez Carreño, Cadice 1796
- Mircea Eliade, *Miti, sogni, misteri*, Edizioni Lindau, Torino 2007 (Parigi 1957)
- Thomas S. Eliot, *Tradition and Individual Talent*, in *Selected Essays. 1917-1932*, Harcourt, Brace and Company, New York 2014 (Londra 1919)
- Pascal Engel, *Volontà, credenza e verità. Lezioni veneziane di filosofia*, Jouvence, Roma 2014
- Henri Frankfort, *Kingship and the Gods*, University of Chicago Press, Chicago 1948
- Marcel Granet, *La religione dei cinesi*, Adelphi, Milano 1973 (Parigi 1922)
- Ernest Hemingway, *Death in the Afternoon*, New York 1932
- Martin Heidegger, *Essere e tempo. L'essenza del fondamento*, Einaudi, Torino 1969 (Halle 1927)
- Rafael A. Matinez (a cura di), *La verità scientifica*, Armando Editore, Roma 1995
- Friedrich Nietzsche, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, Milano 1984 (Lipzia 1887)
- Antonio Nitrola, *Pensare l'attualità. Etica come ricerca della casa comune*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 2005
- Matteo Nucci, *Il toro non sbaglia mai*, Ponte alle Grazie, Roma 2011
- Ottorino Piangiani, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Albrighi & Segati, Roma 1907
- Francesca Rigotti, *La verità retorica: etica, conoscenza e persuasione*, Feltrinelli, Milano 1995
- Nicholas Rescher, *La razionalità. Indagine filosofica sulla natura e i fondamenti della ragione*, Armando Editore, Roma 1999 (Oxford 1988)
- Paul Ricoeur, *Etica e morale*, in Carmelo Vigna (a cura di), *L'etica e il suo altro*, Franco Angeli, Milano 1994
- Torello Sala, *Dizionario storico biografico di scrittori, letterati ed artisti dell'Ordine di Vallombrosa*, I, Tipi dell'Istituto Gualandi Sordomuti, Firenze 1929
- Richard Sennett, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Il Mulino, Bologna 2004 (Londra 2003)
- Manuel Serrano García Vao, *Catecismo taurino. Breve compendio de conocimientos útiles á los aficionados á toros*, Antonio Gascón, Madrid 1913
- Robert Spaemann, *Felicità e benevolenza*, Vita e pensiero, Milano 1998
- Baruch Spinoza, *Etica*, a cura di Giovanni Gentile, Bompiani, Milano 2007
- Daniela Triggiano, *Introduzione a Max Weber. Da Economia e società a Sociologia della religione*, Meltemi, Roma 2008
- Franco Venturi, *Contributi ad un dizionario storico. «Socialista» e «socialismo» nell'Italia del Settecento*, in «Rivista di storia italiana», LXXV, 1963, pp. 129-40
- Daniele Vignali, *I sofisti: retori, filosofi ed educatori*, Armando editore, Roma 2006



Max Weber, *Economia e società. Sociologia politica*, a cura di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Milano 1981, Vol. 4 (Tubinga 1922)

- *Sociologia della religione*, UTET, Torino 2013 (Tubinga 1920)

Ignacio Yarza, *La razionalità dell'etica di Aristotele. Uno studio su Etica Nicomachea I*, Armando Editore, Roma 2001 (Pamplona 2001)

Adolfo Zerboglio, *Il ritorno di padre Facchinei*, in «Rivista d'Italia», XXX, 1927, pp. 22-30