

BREVI OSSERVAZIONI STORICO-GIURIDICHE SULLA PROVA PER TESTI NELL'ORDINAMENTO DELLA CHIESA

RESUMEN

Premisa introductoria y origen histórico del instituto. Reflexión sobre la disciplina normativa prevista en el Código del 17 y en del 83. Relieves conclusivos.

Palabras clave: Testigos, prueba, verdad, capacidad, juez.

ABSTRACT

Introductory Premise and historical origin of the institute. Considerations about normative discipline under the code of 17 and 83 reliefs conclusive.

Keywords: Witnesses, evidence, truth, ability, Judge.

1. PREMESA INTRODUTTIVA ED ORIGINE STORICA DELL'ISTITUTO

La tematica oggetto del presente intervento attiene all'analisi della prova per testi nel sistema giuridico canonico vigente, esaminata in prospettiva storico-giuridica, con particolare riferimento alle cause di nullità matrimoniale.

E' noto che la prova per testi affonda le sue radici nel diritto processuale romano, anche se il diritto canonico, pur costituendosi per la maggior parte con materiali ed istituti provenienti da quello¹, ha sempre attribuito alla suddetta tipologia di prova, a differenza dello stesso diritto romano, un rilievo particolarmente significativo e senz'altro di maggior favore.

1 Cf. C. LEFEBVRE, voce *Procédure*, in «Dictionnaire de Droit Canonique», 7 (1965), 281-309; A. CAMPITELLI, voce *Processo civile* (diritto intermedio), in «Enciclopedia del Diritto», 36 (1987), 79-101.

In ogni caso, è nel secolo XII che il processo canonico, attingendo liberamente alle fonti giuridiche romanistiche², si è costituito nella sua forma caratteristica, pur subordinando sempre l'uso degli istituti del diritto romano alle finalità proprie e peculiari del diritto canonico, legate alla natura *theandrica* di quest'ultimo. Ed è, dunque, non prima del XII secolo che la prova per testi, mutuata dal diritto processuale romano, fa il proprio ingresso nell'ordinamento della Chiesa.

Prima del XII secolo, infatti, il sistema processuale canonico, ancora privo di una struttura unitaria e stabile, risentiva di evidenti influenze provenienti dal diritto processuale germanico, che contemplava, tra i propri mezzi di prova, procedure ad evidente connotazione magico-naturalistica, come, ad esempio, le *ordalie* e i *giudizi di Dio*³, nei quali si invocava l'intervento diretto della divinità nel processo, verificato e valutato a mezzo di appositi fenomeni naturali.

Il concetto principale alla base di tali procedure, esperite con determinati riti e precedute da invocazioni solenni, era che, all'esito di siffatte prove, senza alcun dubbio si sarebbe manifestata la decisione della divinità, che non poteva certo tollerare che colui che avesse torto trionfasse e colui che avesse ragione venisse oppresso e perisse⁴.

Ad ogni modo, oltre che per gli ovvi inconvenienti a danno delle classi più ricche ed influenti e della evidente instabilità sociale che le *ordalie* e i *giudizi di Dio* determinavano, o potevano determinare, tali mezzi di prova caddero in disuso quando la società civile e quella ecclesiastica divennero più complesse ed articolate sul piano organizzativo e la fede cristiana fu depurata dalle contaminazioni magico-naturalistiche tipiche del mondo barbarico.

Si è detto che la prova per testi, mutuata dal diritto romano, entrò a far parte del regime processual-probatorio canonico, in maniera sistematica, non prima del XII secolo. Si è anche precisato che il diritto canonico attribuì un peso maggiore alla prova testimoniale di quanto avesse fatto il diritto romano.

Nel Basso Impero, e soprattutto del periodo giustiniano⁵, le prove vennero, infatti, espressamente regolate da fonti giuridiche, innanzitutto dalle costituzioni imperiali che, tendendo a creare una specifica gerarchia tra i

2 B. BASDEVANT-J. GAUDEMET, *Les sources du droit romain en matière de procédure dans le Décret de Gratien*, in «Revue de Droit Canonique», 27 (1977), 193-242.

3 Cf. in proposito, F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino, 1890, 35-41.

4 Così J. P. LÉVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age*, Paris, 1939, 112-115.

5 G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in «Ius», 11 (1960), 386-414.

mezzi di prova, assegnarono un ruolo predominante alla prova documentale rispetto alla prova per testimoni⁶.

La generale diffidenza dell'ordinamento romano verso la prova testimoniale è dimostrata, ad esempio, da un brano delle Sentenze di Paolo, in cui si afferma che non possono essere interrogati testi in contrasto con uno scritto, a meno che non si discuta dell'autenticità di questo⁷.

Analogamente, Giustiniano dichiarò impossibile provare con testimoni pagamenti di debiti risultanti da atti scritti, salvo che si trattasse di testi di specchiata onestà e moralità, e fossero almeno cinque⁸.

In controtendenza rispetto al diritto romano, dunque, una norma di Innocenzo III, contenuta nelle Decretali, proclamò ufficialmente la propria stima verso la prova testimoniale, che veniva addirittura preferita a quella documentale.⁹

I canonisti medievali, tra cui il Panormitano e Niccolò Tedeschi, confermarono e ribadirono la disposizione di Innocenzo III, affermando che ammettere il valore di un documento avesse un effetto fallace e ingannevole, analogo a quello di credere alla pelle di un animale morto¹⁰.

Tale immagine, assai incisiva, risale al commento di Sinibaldo de' Fieschi, il futuro Innocenzo IV, sulle Decretali di Gregorio IX¹¹ ed era ricorrente anche nel pensiero giuridico di alcuni glossatori, come ad esempio Tancredi, secondo il quale si deve preferire la prova testimoniale a quella documentale perché *validior est viva vox quam mortua*¹².

Pertanto, la tradizione medievale sostiene ed avvalora il principio basilare della preponderanza della prova testimoniale in diritto canonico. Tale tradizione è, peraltro, confermata nella prassi quotidiana dei tribunali eccle-

6 G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, 1990, 783.

7 PAULUS, *Sententiae*, 5,14,5.

8 C.I. 4, 20, 18 pr (a.528); Nov. 73,4 (a. 538).

9 E' rimasta celebre, in proposito, l'affermazione di Papa Innocenzo III: «Etsi secundum legitimas sanctiones eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum depositionibus praeferantur» (X, 2, 22, 10, Friedberg, II, 351).

10 «Probatio per instrumentum est supernaturalis, et contra ius, ut credatur pelli animalis mortui. Sed probatio quae fit per duos testes est naturalis secundum ius divinum et humanum; ergo est praeferenda» (*Commentaria in Decretales*, c. 10, X, II, 22, n. 13).

11 «Certum est quod contra ius est officium tabellionis, quia chartae animalis mortui creditur sine admiculo alio. Sed contra ius naturale nulli venire licet sua autoritate...» (INNOCENTIUS PP. IV, *In Quinque Libros Decretalium Commentaria*, Lugduni, 1554, 2, 22, 15, n. 1).

12 «Tractavimus de probationibus in genere. Nunc per species videamus; at primo de testibus, quia validior est viva vox quam mortua, ut in *Auth., de fid. instrument., § si vero* (nov. 73, c. 3)» (TANCREDI, *De iudiciorum ordine*, Gottingae, 1842, Pars 3, tit. 6, *De testibus*, 222-223).

siastici, soprattutto quella dei processi di nullità matrimoniale, in cui la prova per testi costituisce necessariamente quella di gran lunga utilizzata¹³.

2. RIFLESSIONI SULLA DISCIPLINA NORMATIVA PREVISTA DAL CODICE PIO-BENEDETTINO E DAL CODICE VIGENTE

a) *Dell'obbligo di riferire la verità*

Il primo canone del capitolo del CIC 1983 dedicato alla prova per testi (can. 1547), nonché l'art. 159 § 1 n. 1 dell'Instr. *Dignitas Connubii* — di seguito brevemente DC — proclama: *Probatio per testes in quibuslibet causis admittitur, sub iudicis moderatione*. Questo primo canone enuncia il principio di base previsto nel diritto canonico in ordine alla prova testimoniale: tale prova è ammessa in qualsiasi tipo di cause, ma sempre sotto la moderazione del giudice¹⁴. Ciò perché si tratta di valutare la natura e la tipologia delle questioni oggetto di testimonianza, nonché l'attendibilità degli stessi testi, problemi che vanno affrontati caso per caso dal giudice.

Il senso del citato canone è che la fiducia del diritto canonico nella prova testimoniale presenta come necessario presupposto l'obbligo giuridico e morale del teste di riferire la verità. Il teste non solo non deve raccontare cose false, ma ha l'obbligo di non nascondere la verità, rispondendo al giudice che lo interroga legittimamente (can.1548 §1, art. 194 § 1 DC). Ciò allo scopo di mettere il giudice in condizione di pervenire ad una soluzione giusta del caso.

Il can. 1548 § 2 (art. 194 § 2 DC) individua coloro che sono esenti dall'obbligo di testimoniare: i chierici per quanto fu loro rivelato in conseguenza del loro ministero sacro; i magistrati dello Stato; i medici; le ostetriche; gli avvocati; i notai e altri funzionari tenuti al segreto d'ufficio per le funzioni espletate e limitatamente alle questioni oggetto di tale segreto.

Fin dal XIII secolo i teologi ed i moralisti discutevano sulle ipotesi in cui il segreto affidato esimesse dall'obbligo di testimoniare¹⁵. Il principio prevalente era che il segreto d'ufficio poteva giustificare il rifiuto di rispondere al giudice, tranne nel caso in cui osservare il segreto avrebbe potuto arrecare o

¹³ In tal senso si esprime A. GAUTHIER, *La prova testimoniale nell'evoluzione del diritto canonico*, in AA. Vv., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali*, «Studi Giuridici», XXXVIII, Città del Vaticano, 1995, 49-51.

¹⁴ In proposito, cf. D. FALTIN, *De probatione per testes*, in «Laurentianum», 3 (1961), 406-416; P. A. BONNET, voce *Testimoni e testimonianza* (diritto canonico), in «Enciclopedia del Diritto», 44 (1992), 518.

¹⁵ S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, IIaIIae, q. 70, art. 1.

consentire un danno grave ed irreparabile al prossimo o avrebbe potuto parimenti ledere il bene pubblico¹⁶.

Il CIC 1917 incorporò la norma che giustificava dall'obbligo di rispondere all'interrogatorio coloro che fossero tenuti al segreto, anche se l'opinione comune fu che bisognava distinguere il caso in cui venisse in gioco il bene comune da quello in cui si trattasse di semplice bene privato¹⁷.

b) *Della capacità di testimoniare*

Nel Decreto di Graziano e nelle Decretali era previsto un lungo elenco di persone non ammesse a testimoniare, sia in modo assoluto, sia in dipendenza da cause specifiche. Tale elenco venne ricavato collazionando vari brani provenienti dal Digesto o dal Codice di Giustiniano, che si occupavano dell'ammissibilità dei testimoni¹⁸.

In modo esemplificativo, erano incapaci di testimoniare gli infedeli, gli eretici, gli apostati e gli scomunicati¹⁹.

Inoltre, nella logica delle classi sociali tipica del medioevo, ereditata dal sistema romano, erano esclusi dal testimoniare i servi e le persone indigenti²⁰. Il fondamento di tale ultima esclusione venne progressivamente giustificato con argomentazioni di tipo morale come, ad esempio, con il pericolo che essi mercanteggiassero le loro deposizioni²¹.

Al di là di tali ipotesi, comunque, il principio fondamentale della tradizione canonica fu che i possibili testimoni non dovessero essere esclusi, a meno che non fossero incapaci per diritto naturale (ad esempio i *dementes*, persone affette da patologie psichiche o disabilità mentali), oppure ragioni di opportunità concreta suggerissero al giudice di escluderli²².

Era inoltre lasciata al giudice la massima discrezionalità nel valutare il peso ed il valore probatorio da attribuire alle varie testimonianze, considerate tutte le altre circostanze nel loro complesso²³.

16 S. ALFONSO M. DE' LIGUORI, *Theologia Moralis*, lib. IV, cap. III, Romae, 1907, n. 268.

17 Vedi F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, t.V, *De iudiciis ecclesiasticis*, Prati, 1914, n. 611.

18 C. 4, q. 2 e 3, c. 3, *Si testes*, Friedberg, I, 538-541.

19 C. 2, q. 7, c. 24, 26, Friedberg, I, 488-489. Sulla questione, altresì, vedi U. ZILLETI, *Sul valore probatorio della testimonianza nella «cognitio extra ordinem»*, in «*Studia et documenta historiae et iuris*», 29 (1963), 124-150.

20 C.2, q. 1,c. 7, Friedberg, I, 440.

21 Sul punto, cf. P. FOURNIER, *Les officialités au MoyenAge*, Paris, 1880, 185-186.

22 Così M. LEGA, *De iudiciis*, I, Romae, 1905, n. 422.

23 F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VI, *De processibus*, Romae, 1917, 402.

Un divieto che risaliva alle Decretali pseudo-isidoriane inibiva ad un laico di accusare un chierico o di testimoniare contro di lui²⁴. Tale divieto venne progressivamente interpretato in modo restrittivo, nel senso che valesse nel solo foro ecclesiastico e soltanto se fossero disponibili, in alternativa, testimoni chierici²⁵.

Nel medioevo, inoltre, la maggior parte dei teologi e dei canonisti riteneva la donna inabile alla testimonianza. Ciò era per lo più giustificato con la circostanza che l'indole della donna fosse volubile e mutevole e, pertanto, inadatta a fornire un resoconto certo di un dato avvenimento²⁶.

Lentamente, cominciò a farsi strada la tesi che la testimonianza delle donne potesse essere raccolta nelle cause civili, ma non in quelle penali eccetto che nelle *causae exceptae*.²⁷ Nelle cause matrimoniali vennero, peraltro, sempre accettate le deposizioni delle donne, sulla base del logico principio che le donne, nelle vicende in materia coniugale, sono generalmente, per loro connotazione naturale, conoscitrici curiose, esperte e preparate²⁸. Ad ogni modo, il CIC 1917 non conosceva più alcuna incapacità della donna a testimoniare, tant'è che non menziona l'esclusione della donna da alcun tipo di testimonianza in cause canoniche.

Nel CIC 1917, schematicamente, c'erano tre categorie di persone che non potevano testimoniare: i testi *inidonei*, i *sospetti* e gli *incapaci*. Secondo il can. 1757 § 2 erano ritenuti e definiti sospetti gli scomunicati, gli spergiuri e gli infami dopo una sentenza declaratoria o condannatoria. Dovevano essere inoltre, esclusi dalla testimonianza coloro che conducevano una vita notoriamente libertina o scandalosa, così da non poter essere giudicati affidabili, e i nemici pubblicamente dichiarati delle parti²⁹.

Il successivo can. 1758 prevedeva, tuttavia, che anche i testimoni inidonei e sospetti (non quelli incapaci) potevano essere ascoltate dal giudice con uno speciale decreto ed in tal caso la loro testimonianza, non preceduta da giuramento, veniva utilizzata dal giudice liberamente, ossia con valore meramente indiziale, per agevolare il proprio convincimento sui fatti di causa.

Il CIC 1983 non ha recepito tali disposizioni e, pertanto, ha abolito i suddetti divieti.

24 C. 2, q. 7, c. 2, Friedberg, I, 483; C. 6, q. 1, c. 5, Friedberg, I, 554.

25 A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Parisiis, 1866, I, II, tit. 20, n. 167.

26 Un testo di Isidoro di Siviglia contenuto nelle Decretali di Gregorio IX, ad esempio, dichiarava: «Nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit» (X, 5, 40, 10, Friedberg, II, 914).

27 A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum*, I, II, tit. 20, nn. 84-92.

28 «In causis matrimonialibus, (foeminae) non raro ceteris testibus sunt meliores et disertis iuris canonici sanctionibus admissae» (F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, t.V, *De iudiciis ecclesiasticis*, n. 608).

29 In tal senso si esprime M. LEGA, *De iudiciis ecclesiasticis*, 420.

Prima del Codice pio-benedettino, inoltre, era opinione comune che i genitori non potessero testimoniare contro i figli (o i nipoti), né i figli (o i nipoti) contro i genitori (o i nonni), la moglie contro il marito e viceversa, gli affini ed i consanguinei tra loro³⁰. Tale norma, proveniente dal diritto romano, era stata recepita nel Decreto di Graziano³¹.

Il senso di tale proibizione è che la testimonianza in tali casi sarebbe stata quanto meno sospetta, se non del tutto inattendibile³². Il CIC 1917 sanciva espressamente l'incapacità delle suddette persone a testimoniare, a meno che non si trattasse di cause concernenti lo stato delle persone, di cui non potessero aversi in altro modo informazioni utili oppure il bene pubblico esigesse che tali persone fossero sentite dal giudice³³.

Il Codice del 1983 non ha previsto alcun divieto a testimoniare per i parenti prossimi; le uniche categorie di incapaci a testimoniare che esso, al can. 1550 § 2, ha menzionato sono le seguenti: le parti in causa od i loro rappresentanti legali; il giudice o i suoi assistenti; gli avvocati o i procuratori che assistono, o abbiano assistito, in giudizio le parti; i sacerdoti per tutto quanto è stato loro rivelato nella confessione sacramentale.

c) *Dell'obbligo di deporre* coram iudice

Il CIC 1983 al can. 1557 stabilisce che il testimone ha l'obbligo di presentarsi dinanzi al giudice o, altrimenti, di fargli pervenire una giustificazione che renda nota la causa della sua assenza.

La tradizione canonica è stata sempre propensa ad utilizzare la persuasione, e non la costrizione, per indurre il teste a collaborare presentandosi a deporre. Ciò sulla base dell'idea che l'accertamento della verità è un aspetto del bene collettivo e, pertanto, è un'esigenza comune³⁴.

Fino al secolo scorso il principio pratico che disciplinava, sotto tale profilo, l'amministrazione della giustizia in foro ecclesiale, era che nelle cause penali fosse possibile l'uso della forza per spingere il testimone a deporre, mentre ciò non era consentito nelle cause civili³⁵. Tale concetto, ormai scomparso nel diritto canonico, viene applicato ancora oggi, di fatto, nell'ordinamento statale.

30 A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum*, I, II, tit. 21, n. 29.

31 «Parentes, et liberi, invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt», (C. 4, q. 3, c. *Si testes*).

32 F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, t.V, *De iudiciis ecclesiasticis*, n. 610.

33 Cf. CIC 1917, can. 1757 § 3, 3°.

34 Cf. J. DEVOTI, *Institutionum canonicarum libri IV*, t.III, Romae, 1793, 115.

35 F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, t.V, *De iudiciis ecclesiasticis*, n. 623.

Il can. 1548 § 2, 2° del CIC 1983 (art. 194 § 2 n. 3 DC) ha confermato sostanzialmente la disposizione già contenuta nel CIC 1917, al can. 1755 § 2, 2° in cui si prevede che in tutti i casi in cui i testi possano temere dalla propria testimonianza gravi danni, o conseguenze negative, fisiche o morali, per sé, per il coniuge, per i consanguinei o affini in qualsiasi grado della linea retta ed in primo grado della linea collaterale, sono esentati dal deporre.

Tale principio generale si fondava su di un'opinione già diffusa tra i canonisti nel Medioevo e, sotto altro aspetto, formalmente codificata anche in una Decretale di Alessandro III, in cui si sanciva che se un testimone dovesse essere costretto a deporre, non poteva essere trascurato dal giudice, nella valutazione della testimonianza, l'effetto che il timore della parte avversa poteva avere su di lui³⁶.

Tale opinione era, a sua volta, fondata su di un passo del Digesto secondo cui nessuno poteva essere costretto a deporre se dalla sua testimonianza potesse derivare un grave pericolo per lui o i suoi familiari³⁷.

d) *Dell'indicazione dei testimoni*

Il can. 1527 del CIC 1983 prevede che tutte le prove, di qualsiasi genere, che sembrino utili e siano lecite, possono essere addotte in giudizio. Nulla si dice a proposito del diritto a presentare i testimoni.

Il Codice precedente, invece, individuava una disciplina assai particolareggiata circa tale diritto. In particolare, il can. 1759 sanciva che spettava alle parti il diritto di presentare testimoni (§ 1); inoltre anche il promotore di giustizia ed il difensore del vincolo potevano indicare i nominativi di eventuali testi, qualora intervenissero nella causa (§ 2). Infine, anche il giudice poteva decidere di citare dei testi ex officio qualora si trattasse di minori, o di soggetti equiparati, o comunque quando il bene comune lo esigesse (§ 3).

Il CIC 1983 al can. 1552 § 1 dispone che, nella cd. *notula testium*, accanto al nominativo dei testi, vada espressamente indicato anche l'indirizzo dei medesimi. Il § 2 dello stesso canone stabilisce, altresì, che vadano espressamente indicati i capitoli di prova (*articuli argumentorum* o *quaesita pro testibus*), istituito già previsto dal diritto canonico medievale³⁸. Il can. 1551 (art. 197 DC) prevede che la parte che ha richiesto l'escussione di un teste possa

³⁶ X, II 21, 3, Friedberg, II, 341.

³⁷ «Rationem dant, quia nemo potest cogi testificari in praeiudicium quorum consanguineorum vel affinium, 1. *Lege Julia*, ff. *De testibus cum concordantiis*» (A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum*, 1. II, tit. 21, n. 23).

³⁸ P. FOURNIER, *Les officialités*, 189, 194.

in qualsiasi momento rinunciare al suo ascolto, a meno che la controparte, o il giudice, ritengano che sia in ogni caso necessario interrogarlo.

Il can. 1554 (art. 199 DC) statuisce che, prima dell'interrogatorio dei testi, la parti devono essere informate circa i loro nominativi. Tuttavia, qualora tale informativa non possa avvenire, stando alla prudente valutazione discrezionale del giudice, senza grave difficoltà, la comunicazione dei nominativi potrà avvenire anche dopo l'escussione dei testi, purchè prima della pubblicazione delle deposizioni. E' evidente che tale norma, che limita in modo considerevole il diritto alla difesa, in quanto impedisce alla parte interessata di formulare obiezioni circa la persona dei testimoni, richiede come presupposto argomenti gravi e validi³⁹.

E' consentito a ciascuna parte, fino al momento dell'escussione, di chiedere che venga escluso il nominativo di qualche teste presentato nella propria *notula testium*, o in quella di controparte, sulla base di valide ragioni. Tale ipotesi naturalmente è ben diversa da quella della rinuncia alla semplice escussione del teste, sopra menzionata⁴⁰.

Il CIC 1917 prevedeva, su tale questione, l'ipotesi della riprovazione del teste, ossia del formale rifiuto della persona dello stesso, a seguito della conoscenza di circostanze (es. personali, familiari, morali, ecc.) incompatibili con una sua possibile testimonianza⁴¹.

La richiesta di riprovazione doveva intervenire entro tre giorni dal momento in cui la *notula testium* fosse stata comunicata alla controparte, ovvero quest'ultima avesse comunque avuto effettiva conoscenza dei nominativi del teste riprovato (can. 1763).

e) *Del luogo di ascolto dei testimoni*

Il can. 1558 (art. 162 § 1 DC), recependo la tradizione plurisecolare dei Tribunali della Chiesa, sancisce che i testi debbano essere ascoltati nella sede del Tribunale, a meno che il giudice non ritenga di fare diversamente. Il Codice pio-benedettino prevedeva una norma generale analoga, nel can. 1770 § 1, individuando poi precise eccezioni a tale norma nel § 2.

Per quanto concerne la possibilità di certe persone di scegliere liberamente il luogo in cui essere interrogate (le cd. *personae egregiae*), tale possibilità era già individuata nel Digesto di Giustiniano, ove si stabiliva che costoro

39 Così J. J. GARCIA FAILDE, *Nuevo Derecho procesal canonico*, Salamanca, 1984, 126.

40 A. GAUTHIER, *La prova testimoniale*, 61.

41 Così F. ROBERTI, *De processibus*, II, Romae, 1926, n. 346.

potessero essere sentiti presso il loro domicilio, a seguito di un apposita formula di impegno a testimoniare⁴².

Il can. 1558 del vigente Codice aggiunge, in proposito, nel § 2 (art. 162 § 2 DC) alle figure dei Cardinali e dei Vescovi, già previste dal CIC 1917, anche quella dei Patriarchi e di «*tutti coloro che, secondo il diritto del loro paese, godono di tale beneficio...*».

Infine, il can. 1558 § 3 prevede che il giudice deve stabilire dove ascoltare i testimoni che si trovano in condizioni particolari per malattia, distanza dal Tribunale, ecc. (vedi anche can. 1418 e art. 29 § 1 DC).

f) *Delle persone che possono assistere alla deposizione*

Il can. 1678, riferito alle cause matrimoniali, stabilisce al primo paragrafo il diritto dei patroni di essere presenti all'esame dei testi, salvo che il giudice ritenga di ascoltarli in segreto (can. 1559, art. 159 § 1 n. 1 DC) e al secondo paragrafo che le parti non possono assistere a tale esame (art. 159 § 2 DC).

In realtà, nel diritto romano era prassi pacifica che l'esame dei testimoni si svolgesse alla presenza della controparte, ossia in contraddittorio⁴³.

Tuttavia, a partire dal Medioevo incominciò ad affermarsi la consuetudine contraria⁴⁴, recepita anche dal diritto delle Decretali, per cui i testi dovessero essere interrogati *secreto et sigillatim*⁴⁵. Il CIC 1917, can. 1771, a sua volta, dichiarò che le parti non potessero assistere all'escussione dei testimoni, a meno che il giudice non ritenesse il contrario. Inoltre, potevano assistere alle deposizioni gli avvocati ed i procuratori, tranne che il giudice decidesse, per ragioni particolari di cose o persone, di ascoltare i testimoni in segreto⁴⁶.

g) *Dell'interrogatorio dei testimoni*

Il can. 1561 del CIC 1983 dispone che l'esame dei testimoni viene effettuato direttamente e personalmente dal giudice, il quale può decidere di avvalersi di un suo delegato o uditore. Le parti, il promotore di giustizia, il difensore del vincolo e gli avvocati che dovessero essere presenti alla deposizione se hanno domande specifiche ed ulteriori da porre ai testimoni, devono

⁴² D. 12, 2, *De iureiurando*, 2, *Ad personas*.

⁴³ F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, t.V, *De iudiciis ecclesiasticis*, n. 616.

⁴⁴ In tal senso A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum*, 1. II, tit. 20, n. 499.

⁴⁵ Vedi F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, t. II, pars altera, Romae, 1844, p. III, tit.20, n. 94.

⁴⁶ F. ROBERTI, *De processibus*, n. 346.

proporre le relative questioni al giudice che provvederà, se lo ritiene, a rivolgere le domande ai testimoni.

Il principio per cui l'interrogatorio spetti al giudice deriva dal diritto romano postclassico e giustiniano⁴⁷, mentre nel diritto romano classico l'esame dei testi era opera delle parti — e dunque molto spesso dei loro avvocati — secondo un sistema che è divenuto poi predominante nei paesi di *common law* anglossassone (il regime della cd. *crossing examination*)⁴⁸.

Per quanto concerne le formalità relative all'interrogatorio, il can. 1563 del Codice vigente stabilisce che il giudice deve verificare l'identità dei testimoni, ma deve soprattutto accertare il rapporto che essi hanno con le parti, da quando il teste conosce le parti e come ha saputo dei fatti di causa (art. 168 DC).

h) *Dell'apprezzamento della prova testimoniale*

La tradizione canonica si è sempre orientata nel senso di garantire un'ampia discrezionalità al giudice circa la valutazione delle prove, e dunque anche di quelle testimoniali, sebbene fissando delle direttive generali «quadro» quali limiti entro cui consentire al giudice di spaziare liberamente⁴⁹.

Per quanto concerne la normativa canonica vigente, il can. 1572 del CIC 1983 (art. 201 DC) stabilisce che nel valutare della prova testimoniale, il giudice, al quale spetta il potere di interpretare il senso ed il peso della prova testimoniale, dovrà procedere in base ai seguenti criteri: 1) appurare quale sia la condizione e l'onestà della persona; 2) accertare se la testimonianza sia fondata su una conoscenza propria o diretta, per aver veduto o udito personalmente, oppure sia fondata sulla propria opinione, per avere udito da altri, o per pubblica fama; 3) stabilire se il teste sia costante e coerente con le proprie affermazioni, oppure sia contraddittorio, impreciso o dubbioso.

Il canone 1791 del CIC 1917 enumerava due regole essenziali relative al valore da attribuire alla testimonianza: 1) la deposizione di un solo teste non

47 Cf. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, 785.

48 A CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 546-548.

49 «Tout ce classement méticuleux des preuves conduit à se demander si le droit savant médiéval a possédé à proprement parler un système de preuves légales. Bien qu'aucun auteur du Moyen Age ne l'ait reconnu, et qu'on cite constamment à cette époque des textes romains (D. 22, 5, 3, 2) ou canoniques qui expriment le principe opposé, celui de l'intime conviction, la réponse ne peut être que positive. L'autorité et la recevabilité de chaque preuve sont tellement réglementées que le juge n'a presque plus de pouvoir d'appréciation personnelle. Il n'a pour ainsi dire plus à consulter sa conscience. D'ailleurs juristes et théologiens reconnaissent que le juge 'debet sententiam ferre non secundum conscientiam, sed secundum allegata': il ne doit statuer que d'après les preuves produites, sans pouvoir faire état d'une connaissance personnelle des faits» (J. P. LÉVY, *La preuve dans les droits savants au Moyen Age*, in «Recueils de la Société Jean Bodin», XVII (1965), 159-160.

può mai costituire prova piena, a meno che si tratti di un teste qualificato che deponga su cose conosciute in virtù del suo ufficio; 2) se due o tre persone, al di sopra di ogni sospetto, sotto il vincolo del giuramento, depongono su un fatto *de scientia propria*, si ha una prova sufficiente, a meno che il giudice per particolari motivi che suggeriscono un dubbio sulla verità delle cose asserite, ritenga necessaria una prova più ampia.

Alla base del primo principio esposto dal can. 1791 vi era l'assunto, già condiviso dai canonisti medievali, per cui *unus testis, nullus testis*⁵⁰.

La giurisprudenza rotale ha, tuttavia, attenuato la rigidità di tal principio⁵¹.

Si legge, ad esempio, in una *coram Felici*⁵² che la citata regola prevista dal can. 1791 non deve essere interpretata in modo troppo rigoroso, ossia nel senso che se manchino due testi *de scientia directa* non sia possibile provare l'asserto con altri argomenti. Se così fosse, infatti, si scadrebbe in un formalismo esasperato che sarebbe contrario alla *mens* codiciale e che coarterebbe in maniera insopportabile l'azione de giudice.

Viceversa, fermo restando il principio direttivo generale *unus testis, nullus testis*, se esiste un solo teste *exceptione maior et de scientia*, la sua deposizione farà prova piena se sostenuta e confortata da altri argomenti, come la speciale fede delle parti, la confessione dei testi *de auditu tempore insuspecto*, la presenza di eventuali presunzioni, ecc.

Il temperamento del principio in discussione, operato dalla giurisprudenza rotale, è stato recepito dal CIC 1983, che nel can. 1573 (art. 202 DC):

- 1) non recepisce il principio del valore di *probatio plena* nel caso di due o più testi particolarmente qualificati, previsto dal can. 1791 del CIC 1917;
- 2) pur confermando l'insufficienza probatoria di un solo teste (tranne sempre che si tratti di un teste qualificato, che deponga circa cose conosciute in virtù del suo ufficio), aggiunge: *nisi rerum et personarum adiuncta aliud suadeant*.

In tal modo, viene salvaguardato ed anzi esaltato, nel diritto canonico, il sommo principio del libero apprezzamento della prova testimoniale da parte del giudice⁵³.

50 A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum*, 1.II, tit. 2, nn. 342-411.

51 Vedi, in proposito, *coram Masala*, dec. diei 14 decembris 1982, in *RRD* 74 (1982), 631-634; *coram De Lanversin*, dec. diei 15 iulii 1992, in *Monitor Ecclesiasticus* 117 (1992), 427.

52 *Coram Felici*, dec. diei 17 iulii 1952, in *SRRD* 44 (1952), p. 447-448.

53 Così P. A. BONNET, voce *Prova* (diritto canonico), in «Enciclopedia del Diritto», 37 (1988), 691.

3. RILIEVI CONCLUSIVI

Alla luce delle osservazioni che precedono, si possono tracciare le seguenti considerazioni esemplificative di sintesi.

La prova per testi, mutuata dal diritto processuale romano, fa il proprio ingresso nell'ordinamento della Chiesa non prima del XII secolo.

Prima di tale momento, infatti, il sistema processuale canonico, ancora privo di una struttura unitaria e stabile, risentiva di evidenti influenze provenienti dal diritto processuale germanico, che contemplava, tra i propri mezzi di prova, procedure ad evidente connotazione magico-naturalistica, come, ad esempio, le *ordalie* e i *giudizi di Dio*.

Il diritto romano non attribuì un rilievo particolarmente significativo alla prova per testi e, comunque, nutrì, verso tale mezzo di prova, una fiducia inferiore rispetto a quella manifestata nei confronti della prova documentale.

In controtendenza rispetto al diritto romano, invece, il diritto canonico ritenne la prova per testi un pilastro portante del proprio sistema processuale. Una norma di Innocenzo III, infatti, contenuta nelle Decretali, proclamò ufficialmente la propria stima verso la prova testimoniale, che veniva addirittura preferita a quella documentale.

Va precisato, preliminarmente, che il regime normativo ecclesiale in tema di prova testimoniale recepisce alcuni indirizzi propri del diritto romano classico, altri derivanti dal diritto romano post-classico e giustiniano ed altri ancora provenienti dalla *common law*, tipica del diritto anglosassone.

Per quanto riguarda, in particolare, gli istituti dell'ammissione, assunzione e valutazione della prova per testi nell'ordinamento canonico vigente, essi ruotano intorno al principio dell'ampia discrezionalità del giudice. In precedenza, il CIC pio-benedettino aveva, invece, disciplinato in maniera più particolareggiata tali argomenti, sancendo una serie di norme che miravano a regolamentare gli stessi sotto il profilo casistico e a limitare, conseguentemente, l'azione del giudice.

Viceversa, gli unici limiti che, nel CIC 1983, vincolano il libero potere del giudicante, nelle suddette attività, sono forniti dalla necessità di tutela dei principi di diritto naturale e dall'esigenza di salvaguardia del bene pubblico.

Il primo limite viene in luce, per lo più, in materia di incapacità a testimoniare, il secondo in materia di esenzione dall'obbligo di testimoniare.

L'esigenza di tutela del bene pubblico è anche alla base del principio che lascia, sostanzialmente, al teste la libertà di decidere se recarsi o meno dinanzi al giudice per deporre.

La tradizione canonica, infatti, è stata sempre propensa ad utilizzare la persuasione, e non la costrizione, per indurre il teste a collaborare e ciò sulla base dell'idea che l'accertamento della verità è un aspetto del bene collettivo e, pertanto, è un'esigenza comune.

Inoltre, ferma restando la salvaguardia assoluta dei suddetti principi speciali, l'indicazione dei testi è retta dal principio generale dispositivo e l'ascolto dei testi è retto dal principio generale del contraddittorio, garantito tramite la presenza dei rispettivi patroni.

Giannamaria Caserta

Avvocato della Rota Romana