

GIOVANNI INCORVATI (*)

Diritto e criteri di razionalità scientifica prima e dopo la Rivoluzione francese (**)

Riassunto - A partire dalla fine del '600 le procedure della ricerca scientifica spesso hanno attinto da quelle giudiziarie già istituzionalizzate, ma minore interesse si è manifestato per l'evoluzione del diritto probatorio e per la connessa riflessione epistemologica. Per di più, la posizione preponderante accordata alla legge e alla codificazione nei sistemi giuridici continentali rispetto a quelli di *common law*, rende più complessa la problematica. Nel corso del '700 e nell'epoca immediatamente successiva, filosofi, matematici e giuristi cercarono di dare autonomia scientifica al concetto di probabilità, applicandolo proprio alle questioni legislative e giudiziali. Vengono esaminate le diverse posizioni assunte in merito da Leibniz, Bernoulli, Rousseau, Condorcet, Laplace, Poisson, e il processo di riduzione che portò a confondere la positività di un ordinamento con il suo essere effettivo. D'altra parte i problemi pratici del diritto penale dislocarono i termini del dibattito sul terreno del «libero convincimento» del giudice, ma non su quello, oggi di rilevanza interdisciplinare, della logica argomentativa e delle sue regole.

Law and Scientific Criteria Before and After the French Revolution.

Abstract - From the end of Seventeenth Century on the attention of scientists and general epistemologists has often been called by established proof law and in a lesser measure by the evolution of it and of related jurisprudence. Besides in continental systems civil law and codification make these phenomena more complex. Yet during the Eighteenth Century and justly afterwards philosophers, mathematicians and jurists attempted to give scientific autonomy to probability in applying it exactly to these subjects. The different attitudes of Leibniz, Bernoulli, Rousseau, Condorcet, Laplace and Poisson are taken into account on the point. Moreover the problems of reforming criminal law, e.g. in France and in Southern Italy, displaced the debate on the side of judge's «intime conviction», but not on that of argument and of its rules.

Il diritto torna ad essere un modello per le scienze naturali?

Nella piccola, irrequieta e felicemente disordinata zona franca dove regna indisturbato lo scambio interdisciplinare, il prestito epistemologico, che cosa mai, a rigore, potrebbe sorprendere? Eppure, perfino qui, vigono leggi non scritte che danno un loro ordine al disordine, degli «stili di pensiero» che sanciscono limiti o ne

(*) Via dei Balestrari 15, 00186 Roma.

(**) Lavoro dedicato al Professor G.B. Marini-Bettòlo, Uno dei XL, in occasione del 75° compleanno.

assegnano di nuovi attraverso le interconnessioni. Come non rimanere colpiti, allora, quando i mutamenti investono quel sito estremo, apparentemente inaccessibile e inviolabile, dove si regolano i rapporti tra scienze e diritto, e dove, senza darlo a sapere, si controllano le fondazioni stesse di questa grande diramazione del sapere?

Con l'avvento della rivoluzione scientifica del Seicento la *scientia iuris* si era trovata degradata a «scienza di seconda classe», che avrebbe potuto mettersi al traino delle impetuose sorelle solo grazie all'assiomatizzazione dei principi e a un ideale di sempre maggiore formalizzazione, all'interno di un comune «credo» positivista. Ma alla fine del nostro secolo la messa in discussione del modello neopositivista di spiegazione scientifica ha comportato che filosofi e storici della scienza sempre più spesso provino a ribaltare quest'ordine gerarchico, divenuto senso comune, ma raramente oggetto di approfondimento teorico, e a domandarsi se elementi di natura giuridica non entrino in misura rilevante nella fondazione e nell'evoluzione dei paradigmi scientifici.¹

Prova e probabilità

In particolare, per la costruzione del concetto di legge scientifica sembrano essere stati impiegati materiali provenienti dalla tradizione monarchica di diritto divino, il cui volontarismo era assecondato e mascherato dall'adozione di rigidi criteri di razionalità giurisprudenziale. All'epoca del concilio di Clermont (1661), quando la condanna di Giansenio aveva trovato la sua legittimazione nel casuismo dei gesuiti, il teologo (giurista di formazione) Antoine Arnauld, per combattere le loro tesi, ricorreva alla distinzione tra questioni di diritto e questioni di fatto «nel senso dei giureconsulti»: il Papa poteva essere infallibile nelle une, non nelle altre. Ma il più pesante attacco ai casuisti veniva portato, l'anno successivo, dalla pubblicazione della quarta parte della *Logique* di Port-Royal, con la distinzione tra la certezza metafisica delle «verità speculative» e la «certezza morale» delle verità contingenti: per quel che riguarda un fatto, si affermava,

«non bisogna considerarlo nudamente in se stesso, come farebbe una proposizione di geometria, ma bisogna prendere in carico tutte le circostanze che l'accompagnano, interne ed esterne. Chiamo circostanze interne quelle che appartengono al fatto stesso, e esterne quelle che riguardano le persone attraverso la cui testimonianza siamo portati a crederlo».²

¹ Si vedano, V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, Giuffrè, 1984, e M. SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, F. Bourin, 1990, il cui corpo centrale è costituito dalla relazione introduttiva al seminario biennale (1989-1991) del Centre de Philosophie du Droit di Parigi su *Droit et science*. La ricostruzione storica di D. STEPHANITZ, *Exakte Wissenschaft und Recht*, Berlin, De Gruyter, 1970, indaga la questione dal punto di vista tradizionale, limitandosi a prendere in esame, come indica il sottotitolo, «l'influsso delle scienze naturali e della matematica sul pensiero e la scienza giuridici».

² *La logique ou l'art de penser*, Paris, 1662, IV, 12 (capitolo 13 nelle edizioni successive; questo capitolo, come i tre che lo seguono, non erano presenti nel manoscritto del IV libro, di pugno di Arnauld,

Da tali esigenze veniva tratta la necessità di una considerazione scientifica della probabilità.

Forte della lezione, Leibniz iniziava il suo *Ad stateram iuris, de gradibus probationum et probabilitatum* (scritto presumibilmente tra il 1666 e il 1676) appunto con una critica del probabilismo dei casuisti fondato sulla testimonianza del maggior numero. Se nei confronti dei miracoli, ossia delle eccezioni alle leggi naturali, non è questione di verosimiglianza, ma di fede, altri invece sono il campo d'azione e gli strumenti dei giuristi: la loro logica è la logica probatoria del contingente, delle probabilità dei fatti, ma suscettibile di altrettanto rigore quanto quella adoperata dai matematici nel campo del necessario, anche perché fa uso di quest'ultima nel corso delle sue dimostrazioni. Il processo giudiziario diventava così «il modello per eccellenza della disputa razionale», con la sua lotta tra congetture opposte e con le sue «presunzioni», che pongono a carico dell'una o dell'altra parte l'onere della prova (o della «confutazione»).³ Il concetto di probabilità assumeva l'importante funzione di «raccordo» e di «completamento del sistema», in quanto interessava non solo le questioni di fatto, ma anche quelle di diritto. Sotto quest'ultimo aspetto, specialmente quando si tratta, da parte dell'interprete, di cogliere la *ratio legis* e di riportarsi all'*affectus* del legislatore, il ricorso alla probabilità metteva in luce che «anche il legislatore è interprete», con un conseguente rinforzo dell'interferenza tra momenti epirici e valutazioni.⁴

L'insistenza sul momento di chiusura del sistema, faceva anche sentire acuta la mancanza di una chiara indagine sul concetto di legge civile; e l'imbarazzo dei filosofi, legato in gran parte alle trasparenti implicazioni politiche, finiva col trasmettersi al terreno scientifico, nel momento in cui questo veniva svincolandosi dalla teologia e dal suo concetto di legge di natura.

In un sistema di *case law*, come quello inglese, le cose non apparivano certo più semplici. Boyle, il «padre della chimica», arrivava alla formulazione della legge che porta il suo nome attribuendo al concetto di «legge» naturale un carattere tratto dalla coeva procedura giudiziaria, non inglese, ma continentale, ossia il criterio delle testimonianze concordanti come elemento essenziale per l'accertamento di un «fatto» (in particolare, nei processi per omicidio, come sufficiente per condannare a morte l'accusato).⁵ Questo criterio prettamente giuridico è rimasto da allora alla base della costruzione dei «fatti» scientifici.⁶

del 1660 circa). Cfr. A. GIULIANI, in *Enciclopedia del diritto*, v. 37, Milano, Giuffrè, 1988, s.v. *Prova (filosofia)*, pp. 566-567.

³ F. GIL, *Du droit à la Théodicée: Leibniz et la charge de la preuve dans la controverse*, in «Revue de synthèse», 106, 1985, nn. 118-119, pp. 157-173 (la citazione è a p. 158). Cfr. B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in «Rivista di filosofia», 38, 1947, pp. 65-95.

⁴ T. ASCARELLI, Introduzione a G.W. LEIBNIZ, *Specimen questionum philosophicarum...*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 57 e 69.

⁵ R. BOYLE, *The reconcileableness of reason and religion* (pubblicato nel 1675), in Id., *Works*, ed. T. Birch, London, Rivington, 1772, v. 4, p. 182. Cfr. H.G. VAN LEEUWEN, *The problem of certainty in English thought, 1630-1690*, The Hague, M. Nijhoff, 1963, p. 102. Il criterio *unus testis, nullus testis* veniva dalla tradizione del diritto comune.

⁶ Cfr. M. CINI, *Trentatré variazioni su un tema. Soggetti dentro e fuori la scienza*, Roma, Editori Riuniti, 1990, pp. 77-78.

Più accentuatamente che in Leibniz, il passaggio comportava la messa in sordina di quanto di arbitrario è presente nelle prescrizioni legislative, perché in effetti non di accertare un semplice fatto si tratta, ma di attribuirgli un valore (e eventualmente creare responsabilità).

La tendenza per giunta si andava rafforzando con l'adozione del dualismo cartesiano da parte della scuola giuridica allora più prestigiosa in Europa, quella moderna di diritto naturale, e in particolare da parte di Pufendorf. Il caposcuola riconosciuto, Ugo Grozio, partendo dalla citazione di Aristotele (secondo cui in campo morale non c'è la stessa certezza della matematica), perveniva alla «giustapposizione» di pensiero matematico e pensiero storico, ottenuta ricorrendo al *communis consensus* come momento di mediazione;⁷ Pufendorf, nel *De iure naturae et gentium* (1672), cominciava invece con una netta distinzione tra *entia physica* e *entia moralia*, stabilendo conseguentemente una basilare differenza tra il principio di causalità e quello di «imputabilità». Dagli assiomi iniziali la dimostrazione ora procedeva «*syllogistice*», per via deduttiva, senza più alcun riferimento al «consenso comune»; e tuttavia — si è osservato — anche in Pufendorf «la deduzione logica è sempre mescolata agli argomenti d'autorità presentati come prove o conferme». Non per nulla le regole «semplici» d'interpretazione così ricavate risultavano tratte dalla stessa casuistica che si voleva combattere.⁸

Leibniz, che aveva preso di mira precisamente questi approdi pufendorfiani, in nessun momento se la sentì di proporre un'applicazione concreta dell'analisi matematica al concetto di probabilità — come del resto l'altro inventore del calcolo infinitesimale, Newton, non vi pervenne riguardo alle leggi fisiche. Quel che non aveva ritenuto possibile Leibniz sarà tentato molto più tardi da Laplace; viceversa in fisica, sotto la spinta della scuola malebranchiana, si giungerà assai prima a una formulazione analitica del principio di minima azione. Entrambi gli aspetti presentano interesse per la loro connessione con lo sviluppo del concetto unitario di legge giuridica e saranno qui esaminati distintamente.

Il sintagma *volonté générale*, che costituisce la chiave della definizione russoiana di legge, poi ripresa dalla Rivoluzione francese,⁹ rimanda letteralmente a Malebranche, che con esso indicava la volontà divina, in quanto creatrice di tutto il complesso di leggi fisiche che governano l'universo. Come più tardi Rousseau, Malebran-

⁷ H. DE GROOT, *De iure belli ac pacis* (1625), II, 23, 1. Cfr. F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. I: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 30-40.

⁸ R. SEVE, *Leibniz et l'Ecole moderne du droit naturel*, Paris, P.U.F., 1989, pp. 9 e 27-28. Cfr. A. DUFOUR, *L'influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les fondateurs de l'Ecole du droit naturel moderne (Grotius, Hobbes, Pufendorf)* in «Grotiana», n.s. 1, 1980, pp. 33-52; A.R. JONSEN, S. TOULMIN, *The abuse of casuistry. A history of moral reasoning*, Berkeley, Univ. of California P., 1988, pp. 276-277; V. FIORILLO, *Von Grotius zu Pufendorf. Wissenschaftliche Revolution und theoretische Grundlagen des Rechts*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 75, 1989, 2, pp. 218-238.

⁹ La legge viene proclamata *expression de la volonté générale* tanto in J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de la Pologne* (scritte nel 1771 e pubblicate nel 1782), in Id., *Oeuvres complètes*, Paris, La Pléiade, 1964, v. III, p. 984, quanto nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (art. 6).

che distingueva tra *volonté générale* e *volonté particulière*.¹⁰ La prima agisce quando una causa occasionale la obbliga a intervenire nella collisione di corpi particolari in movimento: la legge di «minima azione» descriverebbe come avviene questo intervento. È da notare che, in seguito alle critiche mossegli da Leibniz nel 1686, Malebranche passava da un'interpretazione puramente razionalista di queste leggi ad un'altra più attenta ai dati sperimentali. Grazie anche a questo nuovo ordinamento, di cui d'Alembert sosterrà l'ulteriore trasformazione in senso laico, Maupertuis perverrà nel 1746 a precisare che nel principio di minima azione ciò che viene economizzato è la «*quantité d'action*» (definita da Leibniz come prodotto della massa per la velocità e per lo spostamento). Egli trasferiva nel campo della dinamica un procedimento matematico (l'integrazione tra valori massimi e minimi) da lui già utilizzato per risolvere problemi di statica, preparando così il terreno per la formulazione definitiva del principio da parte di Eulero.¹¹

Ora, quando Rousseau nel *Contrat social* (1762) cerca di chiarire come si forma la *volonté générale*, usa delle espressioni che recenti interpreti hanno trovato del tutto analoghe a quelle impiegate da Leibniz per definire il calcolo integrale:

«C'è spesso una notevole differenza tra la volontà di tutti e la volontà generale: questa si volge solo all'interesse comune, l'altra considera l'interesse privato, e non è che una somma di volontà particolari; ma togliete da queste stesse volontà i più e i meno che si annullano reciprocamente, resta per somma delle differenze la volontà generale».¹²

L'uso dell'analisi matematica, secondo questa stessa interpretazione, sarebbe giustificato dalla sua corrispondenza «a una certa natura delle cose», non esclusa la loro natura fisica (meccanica), come risulterebbe da un altro passo del *Contrat social*:

«I rapporti di cui parlo non si misurano soltanto con il numero degli uomini, ma in generale con la quantità d'azione (*quantité d'action*), che si combina attraverso una moltitudine di cause».¹³

¹⁰ Cfr. A. POSTIGLIOLA, *Da Malebranche a Rousseau: le aporie della volontà generale e la rivincita del 'ragionatore violento'*, in «Annali dell'Istituto Universitario Orientale. Studi filosofici», 1, 1978, pp. 101-129 (una versione più ridotta, in francese, è in «Annales J.-J. Rousseau», 39, 1972-1977, pp. 123-138), che forza un po' troppo le somiglianze formali della nozione di *volonté générale* nei due autori, trascurando le loro diversità, oltre che l'evoluzione di quella malebranchiana, che invece mi paiono altrettanto significative.

¹¹ Cfr. T.L. HANKINS, *The influence of Malebranche on the science of mechanics during the Eighteenth Century*, in «Journal of the History of Ideas», 28, 1967, 2, pp. 193-210; K. MAINZER, *Friedrich der Grosse und der Krieg der Philosophen. Zum Verhältnis von Physik, Philosophie und Religion bei Leibniz bis zur Aufklärung*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento», 11, 1985, pp. 103-140 (in part. 119-125).

¹² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, 3, ed. cit., v. III, p. 371. L'interpretazione su riferita è stata avanzata inizialmente da A. PHILONENKO, *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte en 1793*, Paris, Vrin, 1968, pp. 193-199 (in part. 196), e sviluppata in Id., *J.-J. Rousseau et la pensée du malheur*, Paris, Vrin, 1984, v. I, pp. 215-239. Al termine della sua analisi, l'autore osserva che Hobbes si riferiva necessariamente a una matematica che conosceva la somma, ma non ancora l'integrazione. Non per nulla — si potrebbe aggiungere — egli parlava esclusivamente di *voluntas omnium*.

¹³ Op. cit., III, I, ed. cit., p. 398. A. PHILONENKO, *Théorie et praxis...*, cit., p. 194. Un'interpretazione in termini di «analisi psico-dinamiche newtoniane» è stata tentata e portata avanti, con abbondanza di

Ma l'obiezione fondamentale a una lettura in chiave meccanico-geometrica, è stata mossa per primo da Rousseau stesso, nella frase che egli faceva seguire immediatamente a questa:

«Se, per esprimermi in un minor numero di parole, prendo per un momento in prestito dei termini di geometria, non ignoro tuttavia che la precisione geometrica non ha luogo nelle quantità morali».¹⁴

A giudicare da qui, l'impiego di termini che ricordano Malebranche o il calcolo infinitesimale, invece di essere il sintomo di un'aporia (l'applicazione a un insieme finito, di modalità proprie dell'infinito), sembra piuttosto rivelare una tendenza avversa alla trasposizione del paradigma meccanico nello studio dei fatti sociali, e finisce anzi col mettere in luce che a rigore «la precisione geometrica non ha luogo nemmeno nella fisica».¹⁵ L'attenzione della critica è stata perciò attratta verso altri aspetti della volontà generale russoiana, che mettono in gioco altri modelli di «precisione».

In particolare Rousseau indica che tutti gli aventi diritto devono partecipare direttamente e frequentemente alla sua formazione, poiché altrimenti le diverse volontà particolari non potrebbero annullarsi: più essi sono indipendenti l'uno dall'altro e liberi da vincoli temporali, più la volontà è generale. Non sembra fuor di luogo rinviare al quarto libro dell'*Ars coniectandi* di Jakob Bernoulli (pubblicato postumo dal nipote Nicolas nel 1713), e precisamente al suo famoso teorema con cui veniva lanciata l'idea di probabilità *a posteriori*, o «soggettiva», che mostrava come al crescere dei tentativi la frequenza relativa della loro riuscita si avvicini alla probabilità assoluta, poiché le variazioni dei risultati tendono a cancellarsi reciprocamente.¹⁶

È alla luce della differenza tra *volonté générale a priori*, assoluta, e *volonté générale a posteriori*, empirica, che può essere vista l'affermazione di Rousseau sull'impossibilità di isolare i rapporti numerici degli individui dalla loro *quantité d'action*. I termini del problema erano stati esposti da Daniel Bernoulli nel suo «paradosso di Pietroburgo»: secondo equità, un conflitto tra giocatori per la giusta determinazione delle loro aspettative non può essere giudicato solo sulla base del valore dei beni sperati, facendo astrazione della differente condizione concreta delle parti: eppure — riteneva Bernoulli, confortato non solo dal diritto positivo, ma anche dalla scuola di diritto naturale, che si faceva sentire attraverso suo cugino Nicolas — unicamente entro i confini di questa astrazione dell'uguaglianza giuridica deve svolgersi il giudizio del magistrato.¹⁷

dettagli fisico-geometrici tratti dai *Principia mathematica*, da R.B. CARTER, *Rousseau's Newtonian body politics*, in «Philosophy and Social Criticism», 7, 1980, 2, pp. 144-167, ma l'argomentazione complessivamente risulta poco persuasiva.

¹⁴ *Contrat social*, III, 1, ed. cit., pp. 398.

¹⁵ La citazione è da A. PHILONENKO, *Théorie et praxis...* cit., p. 194.

¹⁶ Il parallelismo è stato evidenziato da Eva-Lena DAHL, *Överideologi och politiskt handlingsprogram. En studie i Lockes och Rousseaus tänkande* [Ideologia e programma politico. Uno studio sul pensiero di Locke e di Rousseau], Göteborg. Acta Universitatis Gothoburgensis, 1980, p. 197. Ma per il resto l'autrice adotta una lettura di Rousseau in chiave di meccanicismo.

¹⁷ Il paradosso di Bernoulli è indagato nel suo *Specimen theoriae novae de mensura sortis* del 1738 (su cui si veda B. LEONI, *Norma, previsione e speranza nel mondo storico*, in «Temi Emiliana», 20, 1943,

Il rovesciamento di prospettiva effettuato da Rousseau farà sentire i propri effetti sul saggio in cui Condorcet analizza in termini di calcolo delle probabilità le decisioni prese a maggioranza. Mentre nelle prime tre parti egli si limita a considerare decisioni prese da individui liberi e uguali (con una volontà generale «costante, inalterabile e pura», secondo la formula russoiana), a partire dalla quarta esamina modelli che prendono in carico le disuguaglianze di facoltà, le variazioni di opinione, le influenze tra votanti; la quinta parte infine passa in rassegna le applicazioni fondamentali dei modelli costruiti in precedenza: ossia alla giuria di un tribunale civile, a quella di una corte penale, alle elezioni, alle votazioni di leggi.¹⁸

Merita di essere rilevato che qui, come già in Rousseau, anche ai tribunali viene attribuita una volontà generale, che è particolare rispetto alla volontà generale delle assemblee politiche, ma il cui concetto funge da elemento unificante e di chiusura del sistema. È una problematica che si ritroverà nel corso di tutto il dibattito rivoluzionario sulle giurie. Laplace, nel suo *Saggio filosofico sulle probabilità* (1814), ricalcherà il medesimo schema di Condorcet, come esemplare per le applicazioni del calcolo delle probabilità alle scienze morali, premettendovi però un capitolo sulla probabilità delle testimonianze in genere. Il suo allievo Poisson infine, in piena Restaurazione, metterà da parte le votazioni politiche, e non mancherà di rimproverare al maestro di non aver preso in considerazione le differenze di conoscenze tra giudici togati e giuria, o la presunzione di colpevolezza dell'imputato: egli sottolinea che nei giudizi penali tutto sta appunto nel conoscere la probabilità che un giurato votando non s'inganni, e la probabilità, all'apertura del dibattimento, che un imputato sia colpevole; ma aggiunge, secondo l'insegnamento di Laplace, che questi valori devono essere tratti dall'esperienza, «così come le costanti contenute nelle formule astronomiche sono dedotte dall'osservazione».¹⁹

Se dunque da Condorcet in poi si raccoglie l'esigenza russoiana di andare oltre il livello degli individui liberi e uguali, questo avviene nella convinzione che «le verità delle scienze morali e politiche sono suscettibili della stessa certezza di quelle che formano il sistema delle scienze fisiche», e che insomma l'utilizzo di metodi quanti-

pp. 145-163). Di Nicolas Bernoulli, matematico e professore di diritto civile all'università di Basilea, ci rimane un'interessante *Dissertatio inauguralis mathematico-juridica de usu artis conjectandi in jure*, Basileae, Mechel, s.d. (1709 ?).

¹⁸ M.-J.-A.-N. de CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, Imprim. royale, 1785. Alla distinzione tra i due tipi di modelli egli fa corrispondere quella altrettanto netta tra probabilità «assoluta» e probabilità soggettiva: cfr. il suo art. «Probabilités», in *Encyclopédie méthodique. Éléments du calcul des probabilités*, art. 4. Vari autori hanno avanzato l'ipotesi che Condorcet abbia trovato un modello per il suo «teorema della giuria» nella *volonté générale* di Rousseau: tra gli ultimi, P. WEIRICH, *Rousseau on proportional majority rule*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 47, 1986, 1, pp. 111-126; B. GROFMAN e S.L. FELD, *Rousseau's general will: a Condorcetian perspective*, in «American Political Science Review», 82, 1988, 2, pp. 567-576.

¹⁹ S.-D. POISSON, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile*, Paris, Bachelier, 1837, pp. 3-4 e 18-19. Nella sua recensione apparsa nella «Bibliothèque Universelle de Genève» (10, 1837, pp. 125-132) E. MALLET rovesciava questo paragone, contestando recisamente, dati alla mano, che «le conclusioni matematiche dedotte dai fatti sociali e morali potessero avere la stessa certezza di quelle basate sulle osservazioni fisiologiche e organiche» (p. 129).

tativi sempre più raffinati da parte di politologi e di processualisti permetta di andare sempre più in profondità e sempre più avanti.²⁰

Dalla scuola di Malebranche Rousseau non aveva appreso, come si sostiene, «che la generalità è buona e la particolarità è cattiva»;²¹ al contrario, dallo studio della logica di Port-Royal e della retorica oratoriana aveva tratto la persuasione che queste due discipline non dovessero essere scisse, com'era invece di regola nell'insegnamento dei gesuiti, ma che anzi proprio per questo avessero bisogno di una profonda trasformazione.²² Ne testimoniano da una parte il suo vivo interesse per il calcolo delle probabilità, dall'altra la sua difesa di una logica argomentativa fondata sulla persuasione. Questa sua particolare tensione era destinata ad entrare in intensa risonanza col mondo del diritto, dove la teoria della prova — secondo l'espressione di Norberto Bobbio — apre «un conflitto di competenza fra la logica e la retorica», e dove il rigido procedere per sillogismi affermatosi tanto nella dottrina quanto nella *ordonnance* civile del 1667 e in quella penale del 1670, veniva a incrociarsi con i vivi fermenti che nascevano tra i nuovi giuristi.

De minimis non curat lex

È ben noto che uno dei tratti più caratteristici dell'*ancien régime* era la situazione di ampia incertezza giuridica, che aveva originato le proteste contro il potere della magistratura, e le connesse rivendicazioni di codici che riducessero i giudici alla funzione di «bocca» della legge. Questa, tipicamente, era stata la posizione di Montesquieu e di Voltaire, di Beccaria e di Pietro Verri. In campo penale essa si accompagnava necessariamente all'idea di un sistema di pene fisse. E tuttavia, all'interno del quadro politico assolutistico, altre erano le tendenze espresse dai giuristi più sensibili alle esigenze di riforma nascenti dalla pratica giudiziaria.

Esemplare in questo senso la figura di Michel de Servan, giovane *avocat-général* al Parlamento di Grenoble, che, non appena insediatosi nella sua carica, tradizionalmente intesa a mediare tra gli interessi della monarchia e quelli della magistratura, si volse invece con forza a indirizzare l'azione di quest'ultima entro orizzonti concettuali nuovi. Se le leggi non sono che espressioni generali di casi particolari — argomentava a partire da Rousseau —, qualcosa in esse inevitabilmente va perduto. Perciò il giudice non può essere ridotto alle funzioni di «bocca» della legge, ma, grazie all'arte di «accomodare le leggi» al caso concreto, deve saper «soppesare le circostanze e prendere conoscenza del carattere degli uomini».²³

²⁰ CONDORCET, op. cit., p. 1.

²¹ P. RILEY, *The general will: Rousseau's debt to theological controversies of the preceding century*, in «Archiv für Geschichte der Philosophie», 69, 1987, 3, pp. 241-268, in part. 267-268.

²² Nel *Mémoire à M. de Mably sur l'éducation de son fils* (circa del 1740, in *Ouvres complètes*, cit., v. IV, p. 29) alla retorica e alla logica del suo tempo Rousseau opponeva *La logique ou l'art de penser* (di Port-Royal) e *La rhétorique ou l'art de parler* (1675) di Bernard Lamy; nelle *Confessions* poi racconta di aver preso come guida la geometria e l'algebra di quest'ultimo, proprio per il loro metodo controcorrente.

²³ M. DE SERVAN, *Mercuriale sur les avantages de la vraie philosophie considérée dans ses rapports avec les devoirs du magistrat* (discorso pronunciato all'inaugurazione dell'anno giudiziario del 1765), cit. da

Nel diritto penale questa attenzione differenziata agli aspetti oggettivi e soggettivi del reato comportava il rifiuto del sistema delle prove legali e richiedeva non solo la fissazione delle pene per legge, ma anche il potere del giudice di darne l'interpretazione più favorevole all'imputato.²⁴

Ma mentre in Francia era soprattutto l'opposizione al sistema delle pene arbitrarie che costringeva a precisare la natura e i limiti dell'attività dei giudici, in Italia meridionale un giurista come Mario Pagano perveniva agli stessi risultati a partire dalla critica del sistema delle prove legali.

Quando le monarchie cominciarono a raccogliere la sfida illuminista, come a Napoli con l'ordinanza del Tanucci del 1774 che mirava a «estirpare l'arbitro giudiziario», apparve chiaro che l'esigenza di codificazione, così com'era formulata, poteva anche sboccare in una «consolidazione», in un rafforzamento dell'ordine esistente. Se Filangieri si era pronunciato subito a favore della riforma,²⁵ un decennio più tardi Pagano constatava come le innovazioni ben si innestassero all'interno dell'ordine esistente, e come la legge desse nuovo vigore al vecchio sistema delle prove legali.

In un'allegazione processuale scritta in appoggio alla tesi dell'accusa, egli dava inizio a una profonda trasformazione nella teoria delle prove giudiziali (che perfezionerà nella sua *Logica dei probabili applicata a' giudizi criminali*). Al contrario che nel sistema d'ancien régime, in Pagano la prova testimoniale non aveva un valore maggiore di quella scritturale, né di quella indiziaria o congetturale. Come in Rousseau, la coscienza del giudice non era considerata puramente passiva, vincolata a un solo fatto, l'unico dichiarato rilevante dalla legge: nelle scienze morali ciò che vale è l'intima persuasione, «non essendo la dimostrazione morale che una probabilità grandissima». ²⁶ Ma poi Pagano arrivava ad affermare che, anche se la dimostrazione morale non esclude mai la possibilità del contrario, la prova indiziaria è quella che più si avvicina alla dimostrazione geometrica: «le leggi morali sono così costanti e necessarie come le fisiche sono. La mente del giudice da' testimoni viene forzata, dagli indizi convinta e persuasa». ²⁷ Di qui alla dimostrazione della necessità

Ch. PRUD'HOMME, *Michel de Servan (1737-1807), un magistrat réformateur*, Thèse droit Univ. de Paris, Paris, Larose et Tenin, 1905, p. 15. Il richiamo alla «coscienza» del giudice, in opposizione alla tesi di Beccaria, si incontra di nuovo negli anni '70 in P.L. DE LACRETELLE, *Discours sur la réparation des accusés reconnus innocents*, ora in Id., *Oeuvres*, t. 3, Paris, Bossange, 1823, pp. 144-145: una nota successiva dell'A. (a p. 403 di tale edizione) sottolinea che «questo scritto non fu senza effetto».

²⁴ Cfr. M. DE SERVAN, *Discours sur l'administration de la justice criminelle* (1766). Genève, 1767; Id., *De la législation criminelle*, Bâle, 1782. Sulla linea di Servan, P. RISI, *Observations sur les matières de jurisprudence criminelle*, Lausanne, 1768 (l'originale latino era stato pubblicato a Milano nel 1766), per il quale la legge deve limitarsi a prevedere le circostanze più gravi e il massimo della pena. Quest'opera fu ripubblicata, insieme con il *Discours* di Servan, nel secondo volume della *Bibliothèque philosophique du législateur* di Brissot, il quale ultimo aderiva a sua volta a tali posizioni. Cfr. G. CAVALLARO, *J.P. Brissot criminalista, al tramonto dell'ancien régime*, Ferrara, Editrice Universitaria, 1981, pp. 116-119, che rileva l'influenza esercitata su tali autori dai passi del secondo *Discours* di Rousseau sulle cause sociali del reato.

²⁵ Cfr. S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Torino, Giappichelli, 1954, cap. I.

²⁶ Cit. da G. SOLARI, *Studi su Francesco Mario Pagano*, Torino, Giappichelli, 1963, p. 48.

²⁷ *Ibidem*, p. 49.

della pena di morte sulla base del patto sociale, il passo era breve, e scavalcava tutte le cautele del *Contrat social*.²⁸

Revocata nel 1791 l'ordinanza del Tanucci e tornata la mano libera alla magistratura, la nuova temperie esigeva una complessiva ridefinizione del principio della libera persuasione del giudice, senza però nessuna concessione alle tesi combattute precedentemente. Nel corso del processo contro i congiurati repubblicani del 1794, l'accusa era arrivata a sostenere che la semplice esistenza di un disegno criminoso, documentata dalla confessione e dalla chiamata di correo da parte di alcuni imputati, oltre che dalle parole stesse di coloro che avevano sporto denuncia, configurava immediatamente il tentativo di insurrezione armata. Pagano, che si era assunto la difesa degli accusati, si trovò apparentemente a dover rinunciare alle proprie posizioni.²⁹

In realtà il suo richiamo al sistema delle prove legali questa volta nasceva da un atteggiamento diverso, che oggi diremmo garantista. Egli cercò di mostrare che proprio il cardine del sistema allora in vigore, la pluralità di testimonianze concordanti, era assente dalla costruzione accusatoria, dato che le testimonianze allegate provenivano da persone non ammesse dalla legge come testimoni; né, quel che più contava per Pagano, alcuno spazio poteva esservi per induzioni di tipo probabilistico, se non vi erano indizi di nessun genere che un'insurrezione fosse stata tentata. Pur di sgombrare il campo da qualsiasi opposizione — era l'implicita conclusione di Pagano —, l'assolutismo era pronto a mettere da parte, per il tramite della magistratura, le stesse forme giuridiche che dovevano permettergli di operare, ma che all'occorrenza si presentavano d'impaccio.

Gli esiti alterni di sforzi riformatori come quelli di un Servan o di un Pagano finivano, proprio nella loro grande diversità, col modificare l'immagine complessiva del diritto penale. Se da una parte si rimproverava a Voltaire di essersi limitato a denunciare gli abusi in campo penale, senza porre dei principi nuovi, d'altra parte l'invito a considerare «l'intima relazione delle leggi penali con tutto il sistema sociale, e la necessità di esaminare, di riformare l'ordine civile contemporaneamente a quello penale»³⁰ esaltava l'importanza degli sviluppi della problematica giuridica per quella scientifica:

«Chi potrebbe mai credere che proprio la scienza delle leggi, al cui progresso tutte le altre scienze dovrebbero concorrere, si sia come abituata a rifiutare il loro aiuto? (...) Sembra al contrario che dovrebbe toccare alla legislazione, non di rimanere estranea alle conquiste del sapere, ma di sostenerne e perfezionarne i livelli generali; e che la ragione, in questi tempi critici in cui non si tiene lontana da un uso sregolato di se stessa, dovrebbe attingere proprio dalla legislazione le regole che possono rimetterla in sesto e i criteri in grado di affinarla».³¹

²⁸ Ibidem, p. 50. Cfr. J.-J. ROUSSEAU, *Contrat social*, II, 5, ed. cit. p. 377.

²⁹ G. SOLARI, op. cit., pp. 105 e sgg.

³⁰ P.L. DE LACRETELLE, *Plan d'un ouvrage sur la réforme des lois criminelles*, in Id., *Oeuvres*, t. 3, cit., pp. 176 e 187 (questo progetto risale all'inizio degli anni '80)

³¹ Ibidem, p. 181.

Insistere sulla connessione delle leggi penali con il resto dell'ordinamento, in particolare con le leggi civili, significava sottolineare innanzitutto l'inscindibilità del sistema delle pene dall'organizzazione giudiziaria che ne permetteva la messa in opera, ma anche puntare il dito sull'unilateralità della tesi centrale dell'illuminismo giuridico, che affermava la scissione teorica tra il giudizio sul diritto e il giudizio sul fatto, e la loro ricomponibilità pratica, in forma sillogistica, nella *ratio* giudiziale.

Non a caso Servan, nel suo discorso *De l'influence de la philosophie sur l'instruction criminelle* del 1787, cominciava col prendere di mira la classificazione dei reati adottata da Montesquieu, in quanto riferita immediatamente a valori e a fatti (la religione, i costumi, la tranquillità del cittadino, la sua sicurezza) non strutturati giuridicamente.³² Non solo: l'antica divisione dei delitti in pubblici e privati corrispondeva esattamente a quella tra giurisdizione dei parlamenti e giurisdizioni privilegiate; al contrario, secondo Servan (come prima per Rousseau), nella società fondata sul contratto sociale il reato era da considerarsi tale in quanto colpiva non già qualche privato, ma sempre e comunque l'intero corpo politico.

Allo scoppiare della rivoluzione l'attenzione è già tutta rivolta alla legge, di cui si inventa un culto particolare, e Servan vi partecipa attivamente, proponendo un progetto di Dichiarazione dei diritti tra i più russoiani. Con la riforma delle fondamenta del sistema giudiziario, con la codificazione e l'affermazione del principio *nullum crimen sine lege* (1790-1791), e dunque con la coerente messa in pratica dei principi penali illuministici, i poteri dei giudizi si riducono all'applicazione meccanica di un sistema di pene fisse. L'instaurazione della repubblica fa poi della legge penale generale e astratta la Legge per eccellenza e il primo strumento della dittatura giacobina.

Contemporaneamente tuttavia si impone l'obbligo di motivazione del provvedimento giudiziale e viene creata la Corte di cassazione, istituti che, assicurando il controllo formale dell'attività del giudice, consentono anche il radicarsi del principio dell'*intime conviction* in tema di valutazione delle prove: la confessione, *ci-devant* «regina delle prove», non ha più alcun rango speciale, mentre lo statuto degli indizi si trasforma profondamente, e la presunzione da *semiplena probatio* diventa elemento autonomo del giudizio. Bisognerà tuttavia attendere l'elaborazione del *Code civil* (1800-1804), perché si affermino pienamente i nuovi principi: quella tra diritto politico e diritto civile assurge a divisione fondamentale del sistema giuridico, mentre la legge penale, considerata unicamente in un quadro costituzionale, ripiega, come legge della pena, su una funzione nettamente subordinata a quelle di prevenzione. Come dirà il più autorevole membro della commissione di giuristi, Portalis, nel suo influente *Discours préliminaire*, le leggi penali «sono meno una specie particolare di legge, che la sanzione di tutte le altre».³³ D'altro canto, egli aggiunge a chiare note,

³² Cito dalle sue *Oeuvres choisies*, t. 4, Paris, Chez les Editeurs, 1825, pp. 37-38.

³³ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du Code civil* (1800), in Id., *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, P.U. D'Aix-Marseille, 1988, p. 32. Senza citarlo esplicitamente, secondo la sua abitudine, Portalis qui riprende alla lettera Rousseau (*Contrat social*, II, 12, ed. cit., p. 394).

«bisogna lasciare al giudice la facoltà di supplire alla legge attraverso i lumi naturali della dirittura e del buon senso. Niente sarebbe più puerile che voler prendere delle precauzioni per far sì che un giudice non abbia mai che un testo preciso da applicare. Per prevenire i giudizi arbitrari, si esporrebbe la società a mille giudizi iniqui (...); e con la folle idea di decidere tutti i casi, si farebbe della legislazione un dedalo immenso, nel quale si perderebbero sia la memoria che la ragione».³⁴

Conseguentemente, per quanto riguarda le questioni di diritto, secondo il nuovo *Code d'instruction criminelle* del 1808 ogni pena può essere graduata dal giudice entro un minimo e un massimo, al di fuori dei quali egli è vincolato da tutto un sistema di attenuanti e di aggravanti.

Ma le questioni di fatto? Possono essere mai lasciate ai «lumi naturali», alla «dirittura» morale, o addirittura al «buon senso», quello «strumento universale» che Descartes, in apertura del *Discours sur la méthode*, considerava «per natura uguale in tutti gli uomini»?

Il giudizio di fatto, non più vincolato da presunzioni legali, sottoposto a giurie più o meno numerose, rischia di trasformarsi in un luogo di incerto dibattito sulle questioni scientifiche più controverse. Ecco dunque una figura come quella di Fourcroy, collocata in una posizione strategica dal punto di vista dei rapporti tra diritto e scienza, preoccuparsi per «il gran numero di questioni che vengono agitate giornalmente davanti ai tribunali, e che (...) rientrano più o meno nel dominio delle scienze fisiche». Il problema, per la comunità scientifica, è quello di controllare il dibattito all'interno:

«Che il difensore, che i giudici siano dunque in grado di mantenere entro i limiti che la scienza stessa si è imposta, i lumi che essi attendono e i quesiti che sono obbligati a porre agli esperti».³⁵

Il punto comune che tiene insieme la scienza al diritto, è la necessità di non «*choquer les idées reçues*», perché «infine ci sono certi pregiudizi che il vero filosofo non urta né accarezza».³⁶ Così si concludeva la parabola d'un alfiere della rivoluzione chimica, che aveva solcato con pari presenza l'intero corso della rivoluzione politica. Gli effetti non tarderanno a farsi sentire.

³⁴ J.-E.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs sur la publication des lois* (1803), in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (1827), reprint Osnabrück, O. Zeller, 1968, v. VI, p. 359. Anche qui Portalis copia parola per parola da J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement...*, ed. cit., III, p. 1000, che, più estensivamente, parlava di un «potere» per il giudice di «interpretare» le leggi, e riferiva espressamente al sistema inglese di *case law* gli apprezzamenti negativi poi fatti propri dal giurista di Bonaparte. Di questa posizione di Portalis (e di Rousseau) vengono date valutazioni divergenti: per M.A. CATTANEO (*Illuminismo e legislazione*, Milano, Comunità, 1966, pp. 127-128 e 143-144) si tratterebbe di una tendenza conservatrice e restauratrice, mentre secondo F. ROSELLI (*Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983, pp. 29 e 31) è espressione «del realismo di chi pratica il diritto, di fronte alle astrazioni dei filosofi».

³⁵ A.F. FOURCROY, discorso pronunciato all'Académie de législation nel 1804, in «Mémoires de l'Académie de Législation», t. II, an 12, pp. 288-296, in part. 291-292.

³⁶ *Ibidem*, pp. 295-296.

Quando Rousseau si era programmaticamente proposto di ricercare nuovi rapporti tra retorica e logica, forse pensava a qualcosa di diverso. Ad altro certo pensava il giurista-filosofo che nell'epoca della Restaurazione indagherà le cause della «stagnazione» scientifica in corso; e ne rinveniva una delle principali nel «metodo d'insegnamento adottato in linea generale». A questo egli opponeva il sistema di Rousseau,

«che consiste nel considerare la scienza non come fatta ma come da fare: nell'insegnarla (...) nel modo migliore in cui potrebbe essere inventata; (...) infine nel comporre la scienza davanti all'allievo, o meglio, seguendo le espressioni dell'autore di Emile, nel farla comporre a lui stesso».³⁷

Parte integrante del nuovo sistema doveva essere la reinvenzione di un legame mobile tra forme e contenuti, che rompesse i divieti acquisendo nuove regole, e che certo ne rende la lezione ancora attuale:

«niente accelera maggiormente il progresso delle scienze, che i punti di contatto che hanno tra di loro: (...) esse si prestano a vicenda degli aiuti reali (...) perfino quelle che sembrano le più lontane».³⁸

³⁷ A.J. L'HERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit précédé d'un discours sur les causes de la stagnation de la science de droit en France*, Paris, Warée, 1819, pp. L-LI.

³⁸ *Ibidem*, pp. IV e XI.