

LA FILOSOFIA DEL PROCESSO IN VICO ED IL SUO INFLUSSO IN GERMANIA

1. *Vico filosofo della procedura.* Un discorso sul vichismo processuale deve prendere le mosse dalla consapevolezza che – fino alla fine del XIX secolo – il filosofo napoletano non venne considerato dai giuristi filosofo della storia ideale eterna, bensì filosofo del diritto. Una tale interpretazione – che sottintende il primato di Vico *iurisconsultus* – è rilevabile in vari campi: dalla scienza della legislazione alle istituzioni giudiziarie. La procedura penale costituisce il settore in cui forse più incisiva è risultata la sua presenza: basti considerare due tesi che, come vedremo, sono interdipendenti. Esse hanno avuto ampia circolazione al livello della cultura giuridica europea, anche attraverso la mediazione di alcuni canali, che potremmo ricollegare rispettivamente al binomio 'Vico-Montesquieu' ed al binomio 'Vico-Genovesi':

a) il processo deve essere in sintonia con le forme di governo ('*ex natura rerum publicarum*');

b) il libero convincimento del giudice ('*secundum conscientiam*') non deve essere dissociato da regole logiche: la prova giudiziaria – intesa nel senso classico di '*argumentum*' – deve mirare al convincimento, e non alla mera persuasione del giudice.

Cominciamo con l'osservare che nel libro quarto della *Scienza nuova* ('Del corso che fanno le nazioni', sez. X) il nostro tema – *tre spezie di giudizi* – è attratto nell'orbita della triade delle età (degli dei, degli eroi, degli uomini), in cui si svolge la storia ideale eterna. La genesi della riflessione sul processo, che ci offre Vico *philosophus*, va ricercata non solo nell'opera di Vico *iurisconsultus*, ma anche in quella di Vico *orator*: essa infatti corre parallela alla riscoperta della dimensione 'logica' e 'filosofica' della retorica 'giudiziaria', considerata in relazione ai suoi due capitoli (ossia *ordo quaestionum ed ordo probationum*). La retorica giudiziaria sottintende una epistemologia, che presuppone l'utilizzazione delle funzioni sociali della ragione nella comunicazione intersoggettiva. In quanto logica della rilevanza, essa è imparentata non solo con la dialettica, ma anche con la sofistica intesa come patologia dell'argomentazione.

Rischiamo però di comprendere a metà il nostro tema mettendo tra parentesi la distanza tra la concezione del processo in Vico

iniriconsultus da un lato, e quella sottintesa nelle categorie dommatiche del giurista contemporaneo dall'altro lato. Per trovare un punto di riferimento – comune anche a non giuristi – ricorrerei alla fortunata espressione di Niklas Luhmann *Legitimation durch Verfahren*: il formalismo processuale permette la riduzione della complessità, ma si disinteressa del problema della verità dei fatti. Esso corrisponde alla idea moderna del *processus*, costruito – nell'ambito della tradizione del diritto naturale moderno – sul fondamento di una razionalità antiretorica, senza comunicazione e senza dialogo. La preistoria di una tale formula va ricercata nel principio, già affermatosi nella fase di degenerazione dell'*ordo iudiciarius* medioevale: e cioè che il giudice debba giudicare *iuxta allegata et probata*, anche contro il proprio convincimento.

Al contrario Vico prende le mosse da un concetto – radicato nello *ius commune* europeo – che non ha in comune neppure la terminologia ('iudicium', 'ordo iudiciorum'). Fino all'età moderna raramente la comunità dei giuristi aveva messo in discussione che i principi dell'*ordo iudiciarius* – strutturalmente extrastatuale – dipendono da quelli della retorica. Il libero convincimento ('secundum conscientiam') del giudice trova la sua compensazione nel principio di *selezione*: ossia in un sistema di 'regole di esclusione' (*articulus impertinens non est admittendus*), che eliminano il materiale probatorio irrilevante. Queste regole negative affondano le radici nella sofistica: un sofisma non è solo un errore logico, ma anche un atto ingiusto.

La dicotomia *ordo iudiciarius/processus* va ricondotta – nei suoi presupposti logici ed etici – alla fondamentale antinomia della logica del giudizio: 'secundum conscientiam'/'iuxta allegata et probata'. Le due alternative riflettono il perenne conflitto tra retorica e logica – tra l'ordine isonomico e l'ordine asimmetrico – nella procedura della conoscenza. Di essa è ben consapevole Vico, il quale lascia trasparire la sua preferenza per la dottrina dei 'doctores antiqui' (e cioè che il giudice debba giudicare *secundum conscientiam*):

«Quid autem iudex in hac facti *peristasei* facere oporteat, qui reum *palam* noscit, *secreto* scit innocentem, morali doctrinae definiendum relinquamus» (*De uno*, CCII).

Nelle due situazioni limite, l'idea dell'*ordine* nella procedura della conoscenza colora con opposti significati la terminologia processuale, a partire dalla stessa nozione di 'fatto' (e di concetti connessi come 'questione di fatto', 'prova dei fatti' e 'verità dei fatti'):

a) *ordo iudiciarius* – L'ordine isonomico è basato sulla divisione della conoscenza e sulla distinzione dei ruoli nel contraddittorio: esso ci offre un modello di cooperazione involontaria nelle decisioni

pratiche. In questo settore si può conseguire soltanto una 'verità probabile', che è costitutivamente diversa dalla verità nelle scienze dimostrative: il rapporto tra 'questione di fatto' e 'questione di diritto' si risolve in una contaminazione, piuttosto che in una contrapposizione. Il ruolo del giudice è neutrale ('iudex non potest supplere in facto'), ma non passivo: nel contraddittorio, egli deve rettificare e compensare le ineguaglianze nello scambio del vero. L'idea del *due process* - nel sistema di *common law* - ha raccolto l'eredità della tradizione 'retorica' del processo comune europeo: l'aspetto più significativo è un diritto probatorio (*law of evidence*) costruito in termini di *exclusionary rules*. In una metodologia della ricerca che procede *per rejectiones et exclusiones* - come quella del 'common lawyer' Francesco Bacone - potrebbe individuarsi una causa non trascurabile della sintonia tra Vico *orator* ed il suo 'quarto autore'.

b) *processus* - L'ordine asimmetrico è una filiazione dell'idea moderna di una ragione calcolante, che - in opposizione a quella dialettica - potremmo definire 'burocratica'. Esso diffida della divisione della conoscenza: il ruolo attivo del giudice ('iudex potest supplere in facto') è collegato al suo dovere di ricercare la verità 'materiale'. La questione di fatto è autonoma rispetto alla questione di diritto: pertanto la prova dei 'fatti' va verificata dal giudice con la metodologia della ricerca empirica. Il disconoscimento della funzione assiologica dell'intelletto trova il suo prolungamento nel formalismo di tecniche procedurali, che sono indipendenti dai valori: il giudice-funzionario è obbligato a decidere *iuxta allegata et probata*. Un sistema di prove legali, basato sul calcolo probabilistico del legislatore, non solo assicura la razionalità della procedura, ma ha un valore garantistico: sono prefigurati con certezza i casi e le modalità del ricorso alla tortura al fine di ottenere la confessione dell'imputato, intesa come la regina delle prove. L'idea di un *codice di procedura* - ancorato ai *principia processus iudicarii*, elaborati dal diritto naturale moderno - si è affermata precocemente nella Prussia del XVIII secolo, in quanto i presupposti culturali hanno potuto trovare il loro coerente prolungamento al livello istituzionale: ossia in istituzioni giudiziarie burocratiche, ed in un processo costruito come fenomeno burocratico.

2. *La procedura giudiziaria nelle opere giuridiche di Vico*. La profonda conoscenza che Vico rivela della storia del processo - ed in particolare di quello romano - non sembra unicamente riferibile alla puntigliosa preparazione dello sfortunato aspirante ad una cattedra di Pandette: l'occasione, se non la causa, di questo interesse,

potrebbe essere ricercata piuttosto nella polemica sull'inquisizione. La cultura giuridica napoletana si era resa coraggiosamente interprete dell'allarme sociale, per le intollerabili degenerazioni delle istituzioni processuali, basate sul principio inquisitorio e sulla tortura. Basti ricordare quell'importante documento che è la *Lettera al Papa* (1693) di Giuseppe Valletta, ossia di uno dei personaggi legati al nostro pensatore: viene affermato che il diritto di difesa – elevato a simbolo degli *iura naturalia* nel processo – «è di ragione naturale, assai più divina che umana». L'attacco diretto alla procedura del Sant'Uffizio era destinato ad investire anche la prassi dei tribunali ordinari.

Vi è una testimonianza nel *De uno* (cap. CLXXXIX), da cui traspare come Vico condividesse – anche se velatamente – questo stato d'animo in relazione all'amministrazione della giustizia: egli però distingueva tra procedura civile e procedura penale. La prima viene elogiata come manifestazione di un processo equo, di una razionalità retorica, di uno Stato ben ordinato; per quanto si riferisce alla seconda si trincerava dietro un eloquente e malinconico *non tanti habetur*:

«Neapoli vero forensis eloquentia in privatis iudiciis ad summos honores aditum patefacit (magna species libertatis sub regno!), nam in iudiciis publicis, quae crimine constant, non tanti habetur».

Vico intuisce che un coerente attacco contro il principio inquisitorio avrebbe dovuto investire i presupposti a tutti i livelli, nel contesto più generale di una filosofia della procedura. Rischiamo di comprendere a metà la trattazione di Vico *philosophus*, senza essere prima penetrati all'interno del laboratorio giuridico, in cui ha operato il Nostro (ossia nel *De uno* e nel *De constantia*) raccogliendo ed ordinando un immenso materiale storico. Si avverte già in questa sede la difficoltà del passaggio ad una 'comparazione', intesa come attività conoscitiva capace di stabilire relazioni e linee di evoluzione. Se il processo romano è privilegiato, l'indagine viene estesa a tutto il materiale reperibile (diritto greco, diritto barbarico, *ordo iudicialis*, etc.), non trascurando – e su ciò va richiamata l'attenzione – il processo primitivo.

La procedura giudiziaria risulta una delle più complesse istituzioni sociali, in quanto appare condizionata dalle interferenze tra elementi logici (il problema della verità), ed etici (il problema della doverosità della verità). L'*ordine* nell'osservazione storica e comparativa viene ancorato ad un metodo – che utilizza prove razionali e prove empiriche – e che potremmo definire 'utilizzazione dialettica della storia e della comparazione giuridica'. L'oggetto dell'indagine era destinato a sollecitare, su un piano generale, una problematica

fondamentale per lo studio dei fenomeni sociali: ossia *il rapporto tra logica (ed etica) da un lato e le istituzioni dall'altro lato*. I vari modelli di processo vengono ricollegati da Vico alle varie guise con cui si alternano, si modificano, e si corrompono in relazione alla *natura rerumpublicarum*.

Il metodo vichiano non mette tra parentesi le prove ricavabili dalle forme rozze e prelogiche del giudizio, legate al processo primitivo: duello, ordalia, giudizio di Dio. I duelli ('*seu bella singularia, omni alio iure antiquiora*') si ritrovano in tutte le società barbariche: e non sono - come riteneva la storiografia dell'epoca - una istituzione introdotta nel medioevo dai popoli nordici. Essi corrispondono al livello di razionalità di uomini, i quali, '*Deum adibant iudicem, divinumque iudicium eventus fortuna expectabant*'. In quanto '*specimina futurorum iudiciorum*' essi prefigurano la procedura delle fasi più mature: e quella stessa delle guerre ('*duella publica*'), considerate anch'esse giudizi di Dio tra due sovrani (*De constantia iurisprudens*, cap. X, '*De bellorum et iudiciorum inter maiores gentes specimine*').

Lo storico del diritto potrebbe forse avvertire oggi un certo disagio di fronte alla rigida interpretazione della evoluzione del processo romano, che appare l'oggetto privilegiato (*De uno*, cap. CXXXV '*De iudiciis ex ordine et extra ordinem*', cap. CC, '*De iudiciis stricti iuris et bonae fidei ex rerumpublicarum natura*' etc.). Il passaggio dalle '*legis actiones*' alla '*cognitio extra ordinem*' viene piegato alle esigenze teoriche della esemplificazione di due opposti 'modelli' della procedura giudiziaria. In realtà l'esperienza romana appare un mero punto di riferimento, in cui si sovrappongono per simmetria - come se fossero contemporanei - altri modelli lontani nel tempo e nello spazio:

a) *iudicia ex ordine*: corrispondono al formalismo processuale (in un senso vicino a quello della '*Legitimation durch Verfahren*'). Vico pretende di stabilire una analogia tra il processo civile ('*legis actiones*') ed il processo penale ('*leges publicorum iudiciorum*'). In questa procedura il risultato iniquo del processo non interessa: '*si solemnna iudicii constant, et tamen reus ex vero non sit, is condemnatur*'. Sotto tale profilo il formalismo delle '*leges iudicariae*' ripropone - attraverso i rischi dell'abuso del processo - il problema più generale della frode alla legge: '*sub hac ipsa iuris auctoritate non solum quandoque erratur... sed ipsis legibus fraus fit*'. Nel formalismo processuale - come quello della fase eroica del processo romano - '*si solemnna iudicii constant, et tamen reus ex vero non sit, is condemnatur*'. La *provocatio ad populum* - e su ciò Vico insisterà nella *Scienza nuova* - corrisponde ad un disegno politico: non fu un rimedio giuridico.

b) *iudicia extra ordinem*: privilegiano la verità dei fatti; il sintomo più rilevante è il ricorso alla *aequitas*, che rinvia alle tecniche della retorica: 'aequitas... eloquentia obtinenda est'. Sul piano istituzionale tali giudizi sembrano corrispondere alla struttura dei governi misti, e sono caratterizzati dall'introduzione dell'appello, inteso come rimedio giuridico alla iniquità della sentenza: 'In regnis quae legibus mista sunt appellationes passim dantur, et ab ipsis regibus, ex eorum clementia, ad ipsosmet reclamatur'. Vico insomma coglie ciò che di nuovo ed originale vi è nell'appello: ossia un salto di qualità al livello di razionalità e di moralità delle istituzioni giudiziarie. Nulla invece ha nociuto per la comprensione della storia della procedura, come l'interpretazione - affermatasi con la storiografia ottocentesca - dell'appello come logico e coerente sviluppo della *provocatio ad populum*.

La bipartizione *iudicia ex ordine/iudicia extra ordinem* trova i suoi prolungamenti ed i suoi risvolti nella stessa terminologia della *Scienza nuova*: 'processi ordinari' e 'processi straordinari'. Una lettura 'unitaria' ci permette non solo di registrare la continuità tra le opere giuridiche e la *Scienza nuova*, ma anche di verificare in quale misura la problematica della procedura abbia operato nella costruzione degli aspetti più generali della filosofia vichiana.

3. *La procedura giudiziaria nella Scienza nuova* ('Tre spezie di giudizi'). L'idea fondamentale - già delineata nelle opere giuridiche - trova il suo punto di maturazione e di elaborazione nella *Scienza nuova* (Libro IV, sez. X, §§ 955-974): e cioè che *le mutamenti delle istituzioni vanno ricercati all'interno delle modificazioni della mente umana*. Il processo è una variabile dipendente rispetto alle varie guise con cui si viene articolando nel tempo il livello di razionalità, in relazione alle varie forme di governo. Non possiamo insomma comprenderne le forme mature, mettendo tra parentesi le tappe della evoluzione: «cangiandosi gli uomini, ritengono per qualche tempo l'impressione del loro vezzo primiero»; esse persistono nella memoria storica di questa istituzione con maggiore intensità:

«così ai tempi barbari, è naturale la ragione stretta osservata nelle parole, ch'è propriamente il *fas gentium*, com'a' tempi umani lo è la ragione benigna, estimata da essa uguale utilità delle cause, che propriamente *fas naturae* dee dirsi, diritto immutabile dell'umanità ragionevole ch'è la vera e propria natura dell'uomo».

Alla 'evoluzione' - metafora base della *Scienza nuova* - va ricondotta la trattazione del processo, collocata nel libro quarto

('Del corso che fanno le nazioni'); il nostro tema - *tre spezie di giudizi* - è in un rapporto di interferenza con le altre tappe dello sviluppo storico: tre spezie di natura, tre spezie di lingue, tre spezie di governi, etc. La fedeltà alla terminologia tradizionale ('giudizio', 'ordine dei giudizi') corrisponde alla cultura italiana del diritto comune, restia ad accettare la dottrina germanica del 'processus'. Consideriamo le tre fasi:

1) *giudizi divini* - essi corrispondono ad un livello di razionalità di uomini di *cortissimo raziocinio*. «Nello stato che dicesi 'di natura' (che fu quello delle famiglie) i padri di famiglia si richiamavano agli dei de' torti, ch'eran stati lor fatti... chiamavano in testimoni della loro ragione essi dei...». I duelli pertanto - e su ciò Vico torna ad insistere - non furono prove: «Quindi coloro che scrivono i duelli essersi introdotti per difetto di pruove, egli è falso; ma devon dire: per difetto di leggi giudiziarie». I duelli sopravvivono in un rapporto di distinzione-conessione con 'i giudizi di Dio'; l'approfondimento dei rapporti di interdipendenza con la procedura delle guerre ('che si dissero dagli antichi *duella*') costituisce un momento fondamentale della riflessione sul processo: «In sì fatti giudizi armati estimarono la ragione dalla fortuna della vittoria: lo che fu consiglio della provvidenza divina, accioché tra genti barbare e di cortissimo raziocinio, che non intendevano ragione, da guerre non si seminassero guerre, e si avessero idea della giustizia o ingiustizia degli uomini dall'aver essi propizi o pur contrati gli dei...».

I presupposti di questa comune fenomenologia vanno ricercati nei dati psicologici della stessa natura umana: a) il ricorso agli Dei da parte degli oppressi sottintende il sentimento della unità del genere umano: «quasi genus humanum esset una civitas, in qua homines agerent sub imperio et tutela deorum, et in testium inopia deos obtestabantur» (*De constantia philologiae*, cap. XX, 11); b) l'istinto della vendetta collegata alla legge del taglione («haec poena, omnis maxime rudis et anceps») - che si pretende introdotta dal mitico re Radamante - è comune a tutte le società barbariche. Nella misura in cui l'offeso vuole una riparazione *pubblica* (ossia in presenza di testimoni) si prefigura non solo l'idea della giustizia, ma quella stessa del tribunale e del processo: «...i popoli dovettero incominciar le guerre... dagli abbattimenti di essi particolari offesi, quantunque fossero re, ed essendo entrambi i popoli spettatori, che *pubblicamente* (c.n.) volevano difendere o vendicare l'offese».

2) *giudizi eroici* - La seconda fase dei 'giudizi ordinari' corrisponde alla più antica forma di governo che, secondo Vico, non è la monarchia ma l'aristocrazia: essa è dominata da un rigido formalismo, in cui il risultato iniquo del giudizio non interessa («uti lingua nuncupassit, ita ius esto»).

«E tale ordine di giudizi bisognò ne' tempi d'Achille che riponeva tutta la ragione nella forza... Così perché non prorompevano in piati, riti ed uccisioni, fu consiglio della provvidenza c'avessero naturalmente oppenione del giusto, che tanto e tale fusse loro diritto quanto e quale si fusse spiegato con solenni formole di parole».

Vico torna ad insistere sulla *provocatio ad populum*: in tale caso l'assoluzione era un rimedio politico, non giuridico. Una prova è offerta dal noto episodio della storia romana: Orazio venne assolto – secondo la testimonianza di Livio – «magis admiratione virtutis quam iure caussae». L'introduzione dell'appello implica un salto di qualità nel corso che fanno le nazioni. Un processo che ignora la 'verità dei fatti' può però essere strumento di 'abusi', e non di giustizia.

3) *giudizi umani* – In questa fase la giustizia della decisione prevale sul formalismo processuale. La trattazione potrebbe apparire ingiustificatamente sbrigativa e stringata in contrapposizione a quella delle altre tappe del processo nel 'corso che fanno le nazioni': ossia giudizi divini ed eroici. Vico 'filosofo della procedura' rinvia – con un implicito *Selbstzitat* – alla sua opera complessiva di *jurisconsultus* e di *orator*. La sintesi dei suoi convincimenti – collegata alla espressione *giudizi straordinari* – appare più eloquente di una dettagliata analisi:

«I terzi giudizi sono tutti straordinari, ne' quali signoreggia la verità d'essi fatti, a' quali secondo i dettami della coscienza, soccorrono ad ogni uopo benignamente le leggi in ciò che domanda essa uguale utilità di cause...».

I giudizi straordinari – in quanto giudizi di 'equità' – sollevano una complessa problematica al livello istituzionale ed a quello logico:

a) sul piano istituzionale una tale fase corrisponde «all'apertezza delle repubbliche popolari e molto più alla generosità delle monarchie, ov'i monarchi, in questi giudizi fan pompa d'esser superiori alle leggi e solamente soggetti alla loro coscienza e a Dio». Un sintomo dei giudizi umani è l'introduzione dell'appello inteso come rimedio *straordinario* contro la iniquità della sentenza: esso presuppone la distinzione dei ruoli tra giurisdizione ordinaria (che giudica secondo il diritto stretto) ed un Tribunale supremo (che giudica secondo l'equità civile). In altra sede abbiamo cercato di dimostrare come un tale modello costituzionale fosse stato vagheggiato da Vico sotto due suggestioni: da un lato il mito aragonese (XV secolo) del Sacro Regio Consiglio definito 'Tribunale delle appellazioni'; dall'altro lato la corrispondente problematica del giudizio di equità nel suo 'quarto autore', ossia il *Lord Chancellor* Francesco Bacone.

b) nei giudizi umani – in cui «signoreggia la verità d'essi fatti» – il rapporto *retorica-procedura giudiziaria* sembra risolversi in una identificazione: pertanto la dimensione logica dei giudizi umani va ricercata nelle *Institutiones oratoriae*, dove Vico *orator* – in consapevole rottura con la retorica barocca dell'ornato – aveva affermato il primato della retorica giudiziaria, elevata a momento di razionalità sul piano delle decisioni pratiche. Il consenso dell'uditorio non è svincolato dalla verità, se l'informazione viene corretta nel contraddittorio, e nel rispetto delle regole della procedura: la prova retorico-giudiziaria è una prova logica. Lo scopo della retorica è dunque la ricerca della verità: il rapporto tra retorica e verità è il riflesso di una vocazione della ragione umana, di una disposizione naturale per la verità, che Aristotele chiamò *nous*, ed i latini *intellectus*.

4. *Procedura giudiziaria e forme di governo: Vico, Montesquieu, Filangieri.* Il discorso fin qui svolto ci ha rivelato la stretta interdipendenza tra due momenti della riflessione vichiana sul processo:

1) *rapporto tra processo e forme di governo* – La evoluzione della procedura giudiziaria va ricondotta al 'corso che fanno le nazioni': il passaggio da una forma ad un'altra va considerata in relazione alle forme di governo ('*ex natura rerumpublicarum*'). Non esistono pertanto processi buoni e processi cattivi: sarebbe così assurdo introdurre nell'*età degli uomini* il giudizio di Dio, come nell'*età degli dei* il processo equo – legato alle tecniche della retorica – nel quale «signoreggia la verità di essi fatti».

2) *rapporto tra processo e logica* – Il passaggio da una forma ad un'altra si realizza quando si consolida un nuovo livello di razionalità e di moralità. La prova retorico-giudiziaria – nei giudizi umani – non è strutturalmente diversa dalla prova logica: essa deve mirare alla *convinzione*, non alla *mera persuasione* del giudice.

Le due tesi sono penetrate nella cultura giuridica europea; ma non sempre è persistita la visione unitaria della complessa fenomenologia. Tale sembra il caso di Montesquieu, il cui debito nei confronti di Vico è sempre apparso oscuro: infatti nell'*Esprit des lois* la procedura penale appare un capitolo fondamentale della sua filosofia politica. Sono impressionanti le analogie con la dottrina vichiana: a) nella tesi fondamentale, e cioè che la struttura del processo dipende dalle forme di governo (cap. XXVI, '*Des lois dans le rapport qu'elles doivent avoir avec l'ordre des choses sur lesquelles elles statuent*'); b) nella utilizzazione del metodo storico-comparativo esteso ai diritti primitivi. L'analogia è marcata nella trattazione del duello, considerato in rapporto alla *manière de penser de nos pères*: esso sottintende un appello alla divinità. In quella fase della

civiltà «...il y eut un tel accord des ces lois avec les moeurs, que ces lois produisirent moins d'injustice qu'elles furent injustes... qu'elles furent plus deraisonnables que tyranniques» (L.XXVIII, cap. 17).

Non vanno però trascurati fondamentali punti di divergenza; in Montesquieu infatti l'interesse teorico pare soverchiato dal momento prescrittivo, sollecitato dalla urgenza delle riforme. Ne derivano alcune conseguenze:

a) le condizioni politiche – e quelle fisico-climatiche – vengono privilegiate rispetto a quelle culturali: il mutamento del processo e delle istituzioni giudiziarie viene analizzato in relazione alla tripartizione delle forme di governo (repubblica, monarchia, e dispotismo);

b) il rimedio alla patologia del processo inquisitorio, e del sistema di prove legali, è individuato nell'alternativa del modello inglese (*trial by judge and jury*), basato – come nella Francia medioevale – sul sistema dei pari, i quali decidevano soltanto sulla 'questione di fatto'.

La proposta del trapianto della 'giuria' sembrava fare affidamento *sic et simpliciter* sull'introduzione del *jury trial*, di cui Montesquieu rivela però una conoscenza approssimativa: egli infatti non teneva conto che le istituzioni giudiziarie inglesi trovavano il loro risvolto e prolungamento nella logica della *law of evidence* (considerata dai giuristi inglesi *the child of jury*). Il convincimento del *jury* sarebbe risultato irrazionale senza una compensazione nella rigorosa delimitazione della area probatoria ad opera di giudici 'professionali' sulla base di una logica della rilevanza, costruita come un sistema di *exclusionary rules*. La *law of evidence* non è pertanto riconducibile alle alternative familiari al giurista continentale (prove legali/libero convincimento).

A proposito dei fraintendimenti, vorremmo richiamare l'attenzione su una lettera, che gli indirizzò David Hume: «Pour ce qui est des jurés d'Angleterre... non seulement les jurés déterminent le fait, mais encore le crime et ils laissent la détermination de la punition à la loi». Il filosofo inglese colse nel segno, ricordandogli che i *jurors* non decidono la mera questione di fatto, ma una questione mista (*guilty / not guilty*). L'incomprensione di Montesquieu trovava la sua spiegazione nelle differenti premesse epistemologiche della logica giudiziaria, familiare al magistrato francese: la contrapposizione tra 'questione di fatto' (giuria) e 'questione di diritto' (giudici) era stata radicalizzata dalla logica di Port Royal.

Nell'opera di Montesquieu va ricercata dunque la genesi della versione francese del *jury trial*; essa trionfò – attraverso la ideologia dei 'philosophes' – nella Francia rivoluzionaria con la legge del 1791; e dalla legislazione napoleonica venne imposta in Europa. La problematica sollevata da Hume restò oscura anche alla cultura giu-

ridica successiva: si arrivò a considerare l'*intime conviction*, svincolata dai canoni di una logica probatoria. Una tale idea potrebbe essere considerata, in larga misura, la causa della involuzione dell'istituto della giuria. Nella stessa Francia la riforma non risultò il rimedio taumaturgico alla intollerabilità degli errori, causati dal sistema di prove legali collegate alla tortura. E, per la eterogenesi dei fini, l'*intime conviction* finì per essere ritenuta compatibile con un giudice funzionario.

Da queste vicende non è risultato intaccato il successo di Montesquieu 'filosofo della procedura' fino alla fine del XIX secolo: la sua dottrina - relativa ai rapporti tra istituzioni giudiziarie e forme di governo - ha incoraggiato l'utilizzazione del metodo storico-comparativo nei più svariati settori connessi alla riforma del processo penale. Uno dei temi privilegiati fu quello delle procedure di accusa: secondo Montesquieu l'accusa privata corrisponde alla repubblica, e l'accusa pubblica (affidata al *procureur du roi*) alla monarchia.

In Italia, la dottrina di Montesquieu è venuta facilmente a combinarsi con la tradizione vichiana: un esempio significativo è offerto dal terzo libro della *Scienza della legislazione* (1783) di Gaetano Filangieri, dedicato al diritto ed alla procedura penale. L'accettazione del metodo non risultò però incompatibile con la divergenza nelle soluzioni: l'idea di affidare l'accusa ad un *vengeur public* nella monarchia sembrava a Filangieri sovvertire «i più sani principi della politica».

Certo è che tale problematica (processo/forme di governo) - attraverso il binomio «Montesquieu-Filangieri» - diventò un topos ricorrente nella cultura giuridica europea fino alla fine del XIX secolo. Basti ricordare in Germania l'opera di Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867), il quale - secondo il vichiano Emerico Amari - comprese che «nella storia comparata delle leggi si manifesta un progresso del diritto dalla Provvidenza preordinato».

5. *Il vichismo processuale in Italia: il binomio 'Vico-Genovesi'*. Fin dalla fine del XVIII secolo, la dottrina italiana avvertì che il processo inquisitorio doveva essere attaccato nei presupposti logici, che si annidavano nel 'modo di pensare' del giurista: e pertanto la riforma dell'educazione del giurista apparve più importante di quella delle istituzioni. Sotto tale profilo, la *retorica* di Vico ha esercitato sui giuristi un influsso corrispondente a quella dell'*art de bien penser* in Francia: tra le due opere vi è la distanza che separa il metodo ramistico-cartesiano rispetto a quello retorico-dialettico. La rivalutazione del carattere argomentativo, critico, giustificativo del ragionamento giudiziario permise di costruire una logica del convincimento

freie Beweiswürdigung del giudice, che evitava gli effetti perversi delle due alternative: l'*aritmetica delle prove* oppure la versione irrazionalistica della *intime conviction*.

Un fondamentale elemento di mediazione è stato l'insegnamento di Antonio Genovesi, legato alla sua *Ars logico-critica* (Napoli, 1745): il 'nuovo metodo di logica' - come l'autore dichiara nelle memorie autobiografiche - ricomprendeva «materie che erano generalmente omesse in quest'arte di filosofare. Ella ebbe l'approvazione generale in Italia». Ma anche in Germania apparve una edizione di quest'opera (Coloniae Agrippinae, 1753). L'impegno pedagogico è sottolineato dal titolo della successiva edizione italiana (*Logica per i giovanetti*, I ed. 1766, VI ed. 1818), su cui sono state educate generazioni di giuristi. Secondo Genovesi, lo studio della logica - intesa come «arte di pensare, ragionare e disputare» - deve prendere le mosse dall'analisi «della natura dell'anima umana, e delle sue facoltà, ed operazioni». L'arte della disputa è ricollegata alla teoria retorica della controversia giudiziale: viene offerta una trattazione originale della patologia dell'argomentazione (che introduce nuovi sofismi: tra cui l'argomento *ad verecundiam*, *ad ignorantiam*, etc.). La prova dei 'fatti' del passato costituisce il tema non trascurabile di una logica, che equipara il metodo storiografico a quello giudiziario: la certezza morale è intesa come certezza storica, o massima probabilità. L'ultima parte della *Logica* del Genovesi è dedicata alla *arte ordinatrice*, esaminata in relazione ai due metodi: analitico e sintetico. L'arte logico-analitica è in realtà una procedura della conoscenza, basata sulla eliminazione progressiva degli elementi irrilevanti: un tale metodo è la vera 'Scienza nuova'.

Il binomio Vico-Genovesi ha determinato le condizioni culturali che hanno permesso alla dottrina processualistica italiana - verso la fine del Settecento - l'accesso ai problemi 'filosofici' e 'logici' del libero convincimento del giudice. Un elemento concomitante di sollecitazione fu la conoscenza diretta del processo inglese, facilitata dalla traduzione in francese dei *Commentaries* di William Blackstone. Esso venne studiato con il metodo storico-comparativo: l'insistenza sulle analogie con il carattere accusatorio del processo romano tradiva - più o meno consapevolmente - la nostalgia per i valori isonomici dell'*ordo iudicarius* medioevale. Nelle *Considerazioni sulla procedura criminale* (1787) Mario Pagano definisce la procedura come 'analisi giudiziaria', in un senso logico ben noto ad un allievo di Genovesi. La confutazione è considerata la pietra di paragone della verità: la confessione estorta con la tortura è l'espressione del dolore, non l'indizio della verità. La conoscenza attraverso la testimonianza umana presuppone una indagine critica sull'interesse di mentire: «la sola chiamata di mille soci non può produrre la moral colpa».

Nella *Scienza della legislazione* (tr. ted. *System der Gesetzgebung*, Anspach, 1788-1791), Gaetano Filangieri attacca il sistema di prove legali non solo per le sue iniquità, ma soprattutto per la sua «assurda e puerile logica» (Libro III, Parte I, cap. IX): la tortura era irrazionale come la procedura del duello. La determinazione dei canoni dell'intelletto, in relazione alla prova della verità dei fatti, deve tener presente che la certezza morale è una certezza storica:

«la certezza non è altro che lo stato dell'animo sicuro della verità di una proposizione, che riguarda l'esistenza di un fatto che non è passato sotto i nostri occhi. Questa, come ogni altra certezza, non è nella proposizione, ma nell'animo. Un uomo dunque può essere certo della verità di un fatto che è falso; egli può dubitare di un fatto ch'è vero, egli può essere certo di un fatto del quale altri dubita; egli può dubitare di quello del quale un altro è certo» (*ibid.*, cap. XIII).

Si renderebbe però 'perniciosissima' l'autorità del giudice, se potesse decidere soltanto sulla base della sua certezza morale: questa non è arbitraria, se si combina con i *canoni di giudicatura*. La scienza della legislazione dovrebbe insomma «combinare la certezza morale del giudice colla norma prescritta dal legislatore, cioè a dire, col *criterio legale*». Filangieri propone una logica delle prove negative, che rivela sorprendenti analogie con le *exclusionary rules* della *law of evidence*: dalla *interest disqualification* alla *hearsay rule*.

La continuità del binomio Vico-Genovesi persiste nella dottrina italiana della procedura penale del XIX secolo: i precetti della procedura vennero considerati – come affermò Niccola Nicolini – *precetti di logica*, in quanto «la procedura ci dà il termometro esatto della logica di un popolo». Nell'area lombarda, l'opera di Giandomenico Romagnosi merita particolare attenzione nel campo sia della filosofia della procedura penale, sia della logica probatoria, considerata – in uno spirito vichiano – in relazione all'*incivilimento*: le sue *Vedute fondamentali sull'arte logica* vennero intenzionalmente preparate come commento alla *Logica* del Genovesi. Anche secondo Romagnosi – nel campo dell'accertamento storico – le regole probatorie possono avere solo un carattere negativo: «siamo costretti a confessare di non possedere fuorché principi puramente *negativi*, e di dover lasciare il calcolo delle prove all'avveduto discernimento ed alla retta coscienza dei giudicanti, e d'infrenare soltanto gli arbitrii con cautele esteriori».

Sulla *logica delle prove negative* va richiamata l'attenzione: la dottrina processualistica trovò qui la compensazione ai rischi di una versione della *intime conviction*, i cui risvolti gnoseologici risultavano oscuri. Certo è che nella stessa Francia l'esperienza della giuria

risultò peggiore dei mali che si intendeva evitare. Il successivo trapianto della versione francese del *jury trial* nel continente confermò i guasti prodotti dalla mancata consapevolezza delle relazioni tra riforma delle istituzioni e 'cultura del processo'. Tale problematica costituisce il comune denominatore della collaborazione tra la filosofia della procedura italiana e quella tedesca nel XIX secolo.

6. *L'incontro con la procedura penale tedesca.* All'alba del XIX secolo, anche in Germania la filosofia del processo penale fu coinvolta nei problemi posti dal modello francese di *jury trial*. L'idea di una *intime conviction* - intesa nel senso di un *Wahrheitsgefühl* - apparve non solo irrazionale, ma anche contraria ai postulati della legalità. Infatti venne ben presto messa in discussione la dottrina - pur condivisa da alcuni autorevoli giuristi - secondo cui la *freie Beweiswürdigung* è incompatibile con la logica del giudizio. Sia nella utilizzazione del metodo storico-comparativo, sia nelle soluzioni - malgrado una apparente diversità dei contesti culturali - è possibile registrare un largo margine non solo di convergenze, ma anche di collaborazione, tra la dottrina tedesca e quella italiana. Basti considerare l'accordo su alcune tesi:

a) il giudizio giuridico è costitutivamente analogo al giudizio storico;

b) la certezza morale - distinta dalla mera opinione - è connessa alla problematica logica del *Fürwahrhalten*.

Sotto tale profilo, la traduzione del terzo volume del *System der Gesetzgebung* di Gaetano Filangieri non è restata un incidente senza conseguenze: esso offriva una nuova configurazione della certezza morale - intesa come certezza storica - collegata ad una *negative Beweistheorie*. Tra le prime reazioni, ricordiamo l'opera di Hans Ernst v. Globig (*Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises*, Regensburg, 1806), il quale elabora - nella ottica opposta della teoria della probabilità - una logica della prova storica e giudiziaria. Pertanto, il suo giudizio sull'opera del Filangieri è negativo:

«Was Filangieri in den Fußstapfen Beccaria's über den Criminalbeweis philosophiert, ist zu generell und unbestimmt ausgefallen, als daß der praktische Rechtsgelehrte dadurch befriedigt worden, oder der Gesetzgeber daraus hinlänglichen Stoff zu einer neuen Criminal-Ordnung schöpfen könnte» (p. XI).

Ma Globig era nello stesso tempo consapevole che la sua costruzione contraddiceva ad un postulato della *Logik* kantiana: infatti il filosofo di Königsberg afferma l'impossibilità di una *logica*

probabilium, «weil das Verhältniß der unzureichenden Gründe zum Zureichenden sich nicht mathematisch erwägen lasse». La dottrina del Globig si ispira da un lato alle fonti francesi (da Bernouilli a Buffon), e dall'altro lato al realismo logico di Christoph Gottfried Bardili:

«Bardili, (in seinem *Grundriss der ersten Logik, gereinigt von der Irrtümern der bisherigen Logik, besonders der kantischen*, Stuttgart, 1800) indem er die verschiedenen Formen des Denkens mit mathematischen Scharfsinn berechnet, und gegen die kantische Logik zu Felde zieht, hat gleichwohl in der Berechnung des Wahrscheinlichen nichts geleistet, was erwähnt, zu werden verdiente» (*Theorie der Wahrscheinlichkeit*, p. V).

L'opera del Globig appare radicata in un *milieu* culturale, ormai superato all'alba del XIX secolo; ma, ai nostri fini, i riferimenti – sia alla *Logik* di Kant, sia al *System* di Filangieri – sono rivelatori dei nuovi interessi della scienza processualistica tedesca. Ben presto infatti nelle dottrine di Kant e di Filangieri venne ricercata una ragionevole soluzione rispetto a due opposte alternative: o la versione francese della *freie Beweiswürdigung* (*intime conviction*), oppure il ritorno all'aritmetica delle prove (in una versione sofisticata come quella del Globig).

Influssi kantiani sono stati rilevati in un saggio fondamentale del processualista Carl Ernst Jarke (*Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweis*, in «*Neues Archiv des Criminalrechts*», VIII, 1826, p. 97). Secondo Jarke, il giudice deve formarsi «eine Überzeugung über die Richtigkeit seiner Überzeugung» (p. 104). La dottrina kantiana dei vari gradi connessi al *Fürwahrhalten* – trattata nella *Logik* – ci sembra implicata in due tesi: a) il tema del convincimento è «ein Geschäft der Reflexion»; b) il convincimento dell'*Historiker* come del *Criminalrichter* «eine historische Überzeugung ist».

«Die Überzeugung des Menschen ist derjenige Grad des Fürwahrhaltens, der ohne ein Gefühl der Falschheit des Urteils und ohne ein Bewußtsein Statt finden... Die einzige Garantie dafür kann nur in den Gründen liegen... Das Prüfen und Abwägen dieser Gründe ist aber ein Geschäft der Reflexion und folglich des Verstandes» (p. 100).

Se passiamo a considerare l'opera del Filangieri, la sua *negative Beweistheorie* ebbe accoglienza favorevole nell'opera di Anselm Feuerbach, la figura di maggior rilievo fra i filosofi-giuristi kantiani. Il suo libro sulla giuria (*Betrachtungen über das Geschworenengericht*, Landshut, 1813) è il canale, attraverso cui tale dottrina penetra non solo nella cultura giuridica, ma nella stessa legislazione tedesca.

Feuerbach - che ha una conoscenza diretta del processo anglo-americano - trova una conferma nelle *exclusionary rules* della *law of evidence*.

L'opera di Carl Joseph Anton Mittermaier costituisce la più importante manifestazione della osmosi tra la cultura italiana e quella tedesca. La sua presenza nel nostro paese è documentabile non solo mediante le traduzioni dei suoi scritti, ma anche i lunghi soggiorni in Italia ed i rapporti di amicizia con i colleghi italiani: da Giuseppe Carmignani a Niccola Nicolini. Ai nostri fini è particolarmente rilevante *Die Lehre vom Beweise* (Darmstadt, 1834): la traduzione italiana (Milano, 1858) è arricchita da *Aggiunte inedite*, che rivelano una ampia conoscenza della dottrina e della legislazione italiana negli Stati pre-unitari. Il traduttore Filippo Ambrosoli era non solo un magistrato, ma anche un filosofo del diritto influenzato dalla dottrina del Romagnosi.

La struttura del processo inquisitorio viene rivisitata da Mittermaier al livello della logica del ragionamento giudiziario; inseguendovi un momento dialettico-confutatorio, egli giunge vicino ad una concezione argomentativa della prova:

«daher hat der Inquisitionsprozeß, wenn er gehörig aufgefaßt wird, etwas höchst Achtungswürdiges, und sichert selbst die Interessen des Angeschuldigten, weil der sorgsame Inquirent mit Ängstlichkeit jede Spur verfolgt, die zu Gunsten des Angeschuldigten Materialien zu geben verspricht» (p. 72).

Il concetto di certezza morale - e di verità storica - in Mittermaier rivela sorprendenti analogie con quello della processualistica italiana, che gli era ben nota: egli cita - oltre a Beccaria - Filangieri. La verità nel processo è una verità storica: essa ha un carattere soggettivo, ma non arbitrario. Non si tratta né della verità logica, né di quella assoluta o trascendentale, né di quella matematica: «Uns beschäftigt das Wesen historischer Wahrheit, deren Erreichung uns überall vorschwebt, wo wir von der Existenz vergangener Begebenheiten und Handlungen, die in Zeit und Raum vorgekommen sind, uns überzeugen wollen» (p. 65).

Una tale sintonia troverebbe però una spiegazione semplicistica se pensassimo ad una derivazione, e non ad un incontro tra le due culture sul piano dei più generali presupposti filosofici. Certo è che il giovane Mittermaier (come risulta dal manoscritto recentemente pubblicato *Über die Prinzipien des sogenannten Naturrechts*) considerava Kant «der ehrwürdige Schöpfer des neuen philosophischen Lebens». In *Die Lehre vom Beweise* (1834) il capitolo settimo (*Wahrheit, Gewißheit, Überzeugung*) è particolarmente rivelatore -

anche sul piano terminologico - di implicazioni kantiane: e, sotto tale profilo, un significativo spessore hanno le citazioni di adesione alle tesi di Jarke.

Secondo Mittermaier esistono certe leggi e certe strade, approvate dalla ragione e riconosciute dall'esperienza, che sono le più sicure onde scoprire la verità. I gradi del *Fürwahrhalten* vanno dalla mera persuasione (*Überredung*) fino alla convinzione (*Überzeugung*):

a) la mera persuasione (*Überredung*) presuppone una intima persuasione, di cui il giudice non sa dare le ragioni; se essa è inaccettabile nella vita ordinaria è estremamente pericolosa nella condanna di un reo;

b) il convincimento (*Überzeugung*) presuppone un *Fürwahrhalten*, che corrisponde a «völlig befriedigenden Gründen». Nel campo della verità storica - quale si realizza nel processo - esso corrisponde alla certezza:

«Jener Zustand der Überzeugung nun, in welchem jemand aus einem Zusammenhang von Gründen, die die Gründe für die Annahme des Gegenteils ausschließen eine gewisse Tatsache für wahr hält, heißt Gewißheit» (p. 72).

Dalla certezza (*Gewißheit*) si distingue la verosimiglianza (*Wahrscheinlichkeit*) «d.h. als jener Zustand, in welchem man aus erheblichen Gründen für die Wahrheit eine Sache für wahr hält, ohne daß die Gründe für das Gegenteil ausgeschlossen sind» (p. 74). La 'verosimiglianza' - a differenza della certezza - non è un giudizio sufficiente per la condanna, ma solo per passare a certe misure connesse alla fase istruttoria del processo. Certezza e verosimiglianza corrispondono a due livelli probatori validi rispettivamente per operazioni logico-giuridiche diverse: in entrambi i casi il giudice deve giustificare la propria decisione.

A mo' di conclusione vorremmo rilevare come l'analogia tra il giudizio giuridico ed il giudizio storico (tra la verità giuridica e la verità storica) presuppone una lettura di Kant, la cui decifrazione risulta difficile. In prima approssimazione, essa sembra privilegiare il cosiddetto Kant 'minore', identificato con le opere più connesse con la *Kritik des Urteilskraft*: ossia la *Logik* e *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*. Potremmo chiederci perché in Mittermaier - come già prima in Jarke - siano assenti, per quanto sappiamo, citazioni esplicite delle opere kantiane. Una ipotesi plausibile è la consapevolezza di una interpretazione che andava oltre Kant, se non addirittura contro Kant.

A proposito della *Kritik des Urteilskraft* di Kant, è stato notato da Gadamer (*Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1965, p. 36): «Die

transzendentale Absicht, die ihn leitete, fand an dem eingeschränkten Phänomen über das Schöne (und Erhabene) Erfüllung und verwies den allgemeineren Erfahrungsbegriff des Geschmacks und die Tätigkeit der ästhetischen Urteilskraft im Bereich von Recht und Sitte aus dem Zentrum der Philosophie». I giuristi però intuirono le possibilità di utilizzazione dell'*Urteilskraft* («ein Mittelglied zwischen Verstand und Vernunft») nella costruzione del giudizio giuridico come giudizio riflettente: più vicino all'arte che alla scienza. Ci limitiamo a considerare alcune tesi:

a) la distinzione tra opinare, credere e sapere: la *Überredung* può avere il valore di giudizio provvisorio (*Logik, Einleitung, § X*);

b) la rivalutazione del metodo scettico inteso come modo di trattare qualcosa come incerto e di condurlo fino alla incertezza più grande nella speranza di trovare su questa strada la traccia della verità (*Logik, ibid., § IX*); l'interesse non solo per le prove logiche, ma anche per le prove retoriche ed i sofismi (*Logik, I, §§ 81-93*);

c) l'idea della coscienza morale (*das Gewissen*) – intesa come «die sich selbst richtende moralische Urteilskraft» – solleva il problema della verità storica (*Die Religion, 4. St. 2. T. § 4*).

La forma 'giudiziaria-processuale' della dottrina kantiana della coscienza morale (*das Gewissen*) – contro cui si appunterà la critica di Schopenhauer (*Über das Fundament der Moral* 1840, § 9) – poteva offrire un solido fondamento, logico ed etico, ad una versione razionale della *freie Beweiswürdigung*. In questo contesto risultò possibile l'incontro del 'vichismo processuale' con il 'kantismo processuale' su un punto centrale della speculazione filosofica: ossia il giudizio storico. Un approfondimento di questa problematica è attuale non solo per i giuristi, ma anche per i filosofi. Pertanto la dottrina del processo nella prima metà del XIX secolo che attrae il 'fatto storico' nella ermeneutica giuridica – rappresenta un non trascurabile punto di verifica del tema del nostro congresso: *Vico e la Germania*.

Nota bibliografica

§1

Sul vichismo dei giuristi italiani: F. TESSITORE, *Vico e la tradizione giuridica italiana*, in AA. VV., *L'educazione giuridica II: Profili storici*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia, 1979, pp. 387-429.

La dicotomia *ordo iudiciarius* (ordine isonomico)/*processus* (ordine asimmetrico) trova la sua prefigurazione nell'antinomia *secundum conscientiam/iuxta allegata et probata* dibattuta nella scienza giuridica medioevale (su cui K. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: 'Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat'*, München, 1967). Sulla concezione di N. LUHMANN (*Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1975), cfr. J. SCHAPER, *Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtliche Verfahren*, Berlin-München, 1986.

In vari studi abbiamo cercato di ricondurre la problematica del processo al conflitto tra retorica e logica: *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971; *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo*, in «Sociologia del diritto», 1986, 2-3, pp. 81 sgg.; *La logique de la controverse dans la procédure judiciaire*, in AA.VV., *Controversias científicas e filosóficas*, coordinado por F. Gil, Lisboa, 1990, pp. 31 sgg. Sulla persistenza dei valori logici ed etici della prima fase dell'*ordo iudiciarius* nell'*adversary system* del processo inglese, cfr. A. GIULIANI, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in «The Juridical Review», 1962, 3, pp. 216 sgg. Sul passaggio dall'*ordo iudiciarius* al *processus* nel diritto continentale cfr. N. PICARDI, *Processo civile (storia)*, *Enciclopedia del diritto*, XXVI (1987), pp. 101 sgg. Sulle implicazioni politico-costituzionali del processo: A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987.

§2

Numerosi sono i riferimenti di Vico 'iurisconsultus' al processo. Cfr. G.B. VICO, *Opere giuridiche*, intr. di N. Badaloni, a cura di P. Cristofolini, Firenze, 1974. Nel *De uno* cfr. cap. C ('De iure maiorum gentium', p. 111), cap. CLXXXVI ('De iudiciis ex ordine et extra ordinem', p. 299), cap. CLXXXVII ('De legibus, senatusconsultis, iudiciis ex ordine aut extra ordinem in republica mista', p. 301), cap. CLXXXIX ('De eloquentia forensi pro rerumpublicarum natura', p. 303), cap. CC ('De iudiciis stricti iuris et bonae fidei ex rerumpublicarum natura', p. 305), cap. CCI ('De iudiciis et arbitriis pro rerumpublicarum natura', p. 307), cap. CCII ('De iudiciis condemnatoriis et absolutoriis pro rerumpublicarum natura', p. 307), cap. CCIII ('De imperio mero et misto pro rerumpublicarum natura', p. 309). Nel *De constantia iurisprudētis* cfr. in particolare il cap. X ('De bellorum et iudiciorum inter maiores gentes specimine', p. 553).

§ 3

La problematica del processo nella *Scienza nuova* ('Tre spezie di giudizi', IV, § 955-974) è strettamente imparentata a quella concernente 'tre spezie di governi', su cui cfr. N. BOBBIO, *Vico e la teoria delle forme di governo*, in questo «Bollettino», VIII (1978), pp. 5 sgg.; L. POMPA, *The Function of the Legislator in Giambattista Vico*, in AA.VV., *L'educazione giuridica V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, Napoli, 1988, t. I, pp. 135 sgg.

Sulla *Lettera al Papa* (1693) di G. Valletta, citata nel testo, cfr. VI. COMPARATO, *Giuseppe Valletta: un intellettuale napoletano della fine del Seicento*, Napoli, 1970 (cap. IV: 'La polemica sull'Inquisizione', pp. 138 sgg.).

Sul rapporto tra i 'giudizi straordinari' ed il ruolo di 'supplenza' legislativa dei Tribunali Supremi, rinviamo alla relazione *Il modello di legislatore ragionevole (riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione, in Legislazione. Profili giuridici e politici. Atti del XVII Congresso della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, (Napoli, 29-31 maggio 1989) Milano, 1992.

Su Vico 'orator' rinviamo, anche per la bibl., alla introduzione di G. Crifò a G.B. VICO, *Institutiones Oratoriae*, Napoli, 1990. Sul primato della retorica 'giudiziaria' rinviamo al nostro saggio: *Vico's Rhetorical Philosophy and the New Rhetoric*, in AA.VV., *Giambattista Vico's Science of Humanity*, ed. by G. Tagliacozzo and D.Ph. Verenc, Baltimore-London, 1973.

§ 4

Sui problematici rapporti tra Montesquieu e Vico, cfr. C. ROSSO, *Vico e Montesquieu*, in AA.VV., *Omaggio a Vico*, Napoli, 1971, pp. 305 sgg.; D.R. KELLEY, *The Prehistory of Sociology: Montesquieu, Vico and the Legal Tradition*, in «Journal of the History of the Behavioral Sciences», XVI (1980), pp. 619 sgg.

La dottrina di Montesquieu - relativa al-rapporto tra processo e forme di governo - penetra nella cultura europea, anche attraverso la mediazione di Filangieri. Cfr. in particolare nel libro terzo del *System der Gesetzgebung*, dedicato alle leggi penali, il capitolo 'Dell'accusa giudiziaria presso i moderni' (G. FILANGIERI, *Scienza della legislazione 1780-1788* - B. CONSTANT, *Commento sulla scienza della legislazione 1822-1824*, 2 voll., a cura di V. Frosini, Roma, 1984). Sulle traduzioni tedesche, cfr. P. BECCHI, *Vico e Filangieri in Germania*, Napoli, 1986. Montesquieu costituisce il punto di riferimento anche nella criminalistica italiana; cfr. E. DEZZA, *Note su accusa e inquisizione nella dottrina settecentesca*, in AA.VV., *Illuminismo e dottrine penali*, a cura di L. Berlinguer e F. Colao, Milano, 1990, pp. 185 sgg.

Sulla discussione e i problemi posti dalla recezione del *jury trial* in Francia, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *I 'philosophes' e la giuria penale*, in «Nuova Rivista storica», 1986, 1-2, pp. 107-146 (la lettera di David Hume a Montesquieu è cit. a p. 110); ID., *La giuria all'Assemblea costituente fran-*

cese, in AA.VV., *Trial Jury in England, France and Germany: 1700-1900*, ed. by A. Padoa Schioppa, Berlin, 1987, pp. 75-163. Sulla problematica italiana cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, pp. 587 sgg.

Sull'opera di E. AMARI (*Critica di una scienza della legislazione comparata*, 1857, a cura di V. Frosini, Palermo, 1969), cfr. E. JAYME, *Emerico Amari und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft*, in *Festschrift für Karl Firsching*, 1985, pp. 143 sgg.

§ 5

Sulla problematica generale del vichismo processuale in Italia, rinviamo ai nostri saggi: *Prova (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 546 sgg.; *Il problema del libero convincimento del giudice*, in AA.VV. *Studi in memoria di A. Curti Gialdino*, Napoli, 1991, pp. 330 sgg.

Sui rapporti tra Vico e Genovesi, cfr. P. ZAMBELLI *La formazione filosofica di Antonio Genovesi*, Napoli, 1972. Sulla diffusione in Germania dell'opera di Genovesi, cfr. P. BECCHI, *op. cit.*, pp. 104 sgg. La *Logica per i giovanetti* di Antonio Genovesi, citata nel testo, costituisce il punto di riferimento della rinascita della filosofia del processo in Italia, secondo la testimonianza di N. NICOLINI (*Della progressione logica della procedura penale*, in *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1841, vol. I, pp. 3-14): i precetti della procedura «dal primo all'ultimo, non sono altro che precetti di logica» (cfr. altresì sezione XIII: 'Regole del convincimento de' giudici').

Su Filangieri cfr. W. KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, Berlin, 1967 ('Die negative Beweis-theorie Filangieris', p. 140).

Le *Vedute fondamentali dell'arte logica* di G.D. Romagnosi vennero concepite come un commento ed una continuazione della *Logica* di Genovesi. Entrambe sono pubblicate in G.D. ROMAGNOSI, *Collezione degli scritti sulla dottrina della ragione*, Firenze, 1855 (rispettivamente a pp. 1-226 e pp. 267-607). Sulla dottrina del processo cfr. G. BRICHETTI, G.D. Romagnosi e la procedura criminale, in «Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza», XCII (1920) 2, pp. 364-387.

§ 6

Anche in Germania la discussione sulla giuria è collegata a quella della *freie Beweiswürdigung*. Sui presupposti filosofici cfr. W. KÜPER, *Die Richteridee...*, cit., pp. 222 sgg.: 'Rationalisierung des Schwurges richtsge-dankens'); P. LANDAU, *Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870*, in AA.VV., *The Trial Jury in England, France and Germany*, op. cit., p. 241. Cfr. altresì M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; G. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979.

Sul *Grundriss der ersten Logik* (1800) di Ch. G. Bardili, cfr. N.

HARTMANN, *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, Berlin, 1923, Bd. I, p. 34; F. KARSCH, *Bardilis logischer Realismus*, in «Kant Studien», 1925, p. 437. Su Globig cfr. W. KÜPER, *Die Richteridee...*, cit., p. 58.

Su Jarke cfr. A. WEGNER, *Carl Ernst Jarke*, in *Festschrift für E.H. Rosenfeld*, Berlin, 1949, pp. 65 sgg.

Il primo riferimento di Feuerbach al *System* di Filangieri si trova in J.P.A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, Giessen, 1797 (cfr. K. SEELMAN, *Gaetano Filangieri e la Proporzionalità von Straftat und Strafe, Imputation und Prävention in der Strafrechtsphilosophie der Aufklärung*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», XCVII, 1985, 2, p. 241; P. BECCHI, *op. cit.*, p. 142). Nella vasta bibliografia: G. RADBRUCH, *P.J.A. Feuerbach. Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969; M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970; ID. *La legislazione penale nell'illuminismo tedesco*, in *L'educazione giuridica V*, cit., p. 300. Sulla utilizzazione del metodo comparativo cfr. G. RADBRUCH, *Anselm Feuerbach - précurseur du droit comparé*, in *Recueil d'études en l'honneur d'Eduard Lambert*, Paris, 1938, pp. 289-291.

Sull'interesse di Feuerbach per il *Report on the Plan of a Penal Code of the State of Louisiana* (1822) di Edward Livingstone - che conteneva una sezione dedicata alla *law of evidence* - cfr. P. LANDAU, *Schwurgerichte...*, cit., p. 246.

Sui vari aspetti dell'opera del Mittermaier (1787-1867) cfr. AA.VV., *Carl Joseph Anton Mittermaier*, hrsg. v. W. Küper, Heidelberg, 1988. Nello stesso volume è stato pubblicato il manoscritto giovanile *Über die Prinzipien des sogenannten Naturrechts*, pp. 167-243 (su cui cfr. i saggi di S.W. NEH, pp. 245-262 e di M. MAIWALD, pp. 263 sgg.). Cfr. altresì E. JAYME, *Mittermaier und Italien*, pp. 7 sgg; W. NAUCKE, *Von Feuerbach zu Mittermaier*, pp. 91-108; J. SCHULZ, *Mittermaier und die freie Beweiswürdigung*, pp. 139-140. Anche per i riferimenti alle traduzioni in italiano cfr. P. BALESTRIERI, *Mittermaier e l'Italia. Orientamenti politici e dottrina processualistica in un carteggio di metà Ottocento*, in «Ius commune», X (1983), pp. 97-140. Ai fini della nostra indagine va richiamata l'attenzione su C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, traduzione italiana eseguita sull'originale tedesco da Filippo Ambrosoli, con molte aggiunte inedite e con note del traduttore sulla legislazione austriaca, Milano, 1858.

Un documento importante della diffusione in Italia della criminalistica tedesca, nel campo del diritto sostanziale e processuale, è offerto dalle traduzioni. Ci limitiamo a ricordare gli *Scritti germanici di diritto criminale*, 4 voll., a cura di F.A. Mori, Napoli, 1846-1847, la cui edizione avvenne sotto la guida del Mittermaier. Cfr. M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia*, 3 voll., Napoli, 1987 (vol. I, 'Diritto e procedura penale', pp. 181-197). La persistenza dei rapporti tra le due culture giuridiche emerge, su un piano generale, da AA.VV., *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, hrsg. v. R. Schulze, Berlin, 1990.

A partire dal XIX secolo il rapporto tra Vico e Kant è stato oggetto di divergenti interpretazioni. Il problema fu già posto da Ottavio Colecchi,

su cui cfr. l'introduzione di F. Tessitore a O. COLECCHI, *Quistioni filosofiche* (1843), riproduzione anastatica, Napoli, 1980; G. CACCIATORE, *Vico e Kant nella filosofia di Ottavio Colecchi*, in questo «Bollettino», XII-XIII (1982-1983), pp. 63-99.

Nella storiografia contemporanea ricordiamo anzitutto H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1965². Un ripensamento del *Liber metaphysicus* nell'ottica di una riflessione filosofica trascendentale caratterizza la ricerca promossa in AA.VV., *Sachkommentar zu Giambattista Vico 'Liber metaphysicus'*, München, 1985, a cura di S. Otto e H. Viechtbauer, sul quale cfr. G. CACCIATORE, *Nuove ricerche sul 'Liber metaphysicus' di Giambattista Vico*, in questo «Bollettino», XX (1990), pp. 211-221. Cfr. altresì: N. ROTENSTREICH, *Vico and Kant*, in AA.VV., *Giambattista Vico's Science of Humanity*, ed. by G. Tagliacozzo and D. Ph. Verene, Baltimore-London, 1973, pp. 221-240.

A proposito del giudizio storico in Kant, è stato osservato: «Concerning the problem of historical knowledge, much has been written on *Verstehen* (understanding) but comparatively little on the nature of historical judgment. Yet judgment plays a decisive role in any epistemology in which knowledge is conceived primarily as understanding, rather than intuition or reason» (R. MAKKREEL, *Vico and Some Kantian Reflections on Historical Judgments*, in AA.VV., *Vico: Past and Present*, ed. by G. Tagliacozzo, Atlantic Highlands, 1981, vol. II, pp. 15-34). Sulle implicazioni giudiziarie della dottrina kantiana della coscienza morale cfr. J.M. PALACIOS, *La interpretación kantiana de la conciencia moral*, in *Homenaje a Alfonso Candau*, Valladolid, 1988, pp. 289 sgg. Sulla prova in Kant, cfr. F. GIL, *Provas*, Lisboa, 1987, pp. 28, 108.

Merita particolare attenzione il fenomeno parallelo dell'influsso dell'ultimo Kant su Savigny, messo in luce da K. NORR (*Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft*, in AA.VV., *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. N. HORN, vol. I, 1982, p. 615 sgg.; ID., *Savignys philosophische Lehrjahre*, in AA.VV., *Rechtsentwicklungen in Berlin. Acht Vorträge, gehalten anlässlich der 750-Jahrfeier Berlins*, hrsg. v. F. Ebel u. A. Randelzhofer, Berlin, 1988).

ALESSANDRO GIULIANI