

— Il diritto penale dalla A alla Z

di Luca Santa Maria

*«Rischiare, mettermi la faccia, non è solo una questione di equità,
di efficienza dei commerci o di gestione del rischio: è una necessità.
Serve per capire il mondo»¹.*

I.

Ho scritto più e più volte che il discorso del diritto penale è trapuntato di **finzioni di ogni genere** e che il penalista – che le conosce meglio di chiunque altro – le tollera perché, altrimenti, senza finzioni, quel tipo di discorso su quel tipo di diritto penale sarebbe impossibile.

Le parole fondamentali del diritto, infatti, se la passano male, sempre peggio, e sempre più paiono appese nel vuoto che segue alla **perdita di significato**, e sembrano resistere per **inerzia storica e pigrizia intellettuale o per altre ragioni oscure** che è il tempo di rischiare.

Debbo ovviamente provare la plausibilità di quel che ho asserito.

Ho fatto un esercizio intellettuale – provare a smascherare le finzioni – e DPU inviterà qualsiasi lettore a fare lo stesso esercizio, a sforzarsi, cioè, di pensare **in modo scettico**, ossia critico, per capire se le parole che usiamo ogni giorno nella letteratura giuridica come nelle sentenze o nelle memorie prodotte nei processi, cioè nell'intero **nostro discorso del e sul diritto penale**, siano davvero sostenute da una ragione sufficientemente potente o non siano, invece, almeno in parte ormai **appese nel vuoto**.

¹ N.N. Taleb, *Rischiare grosso. L'importanza di mettermi la faccia nella vita di tutti i giorni*, Il Saggiatore, 2018, p. 18.

Io credo che **la diagnosi della perdita di senso del diritto penale** apparirà in modo chiaro, tanto che forse sarà finalmente possibile discutere della **terapia necessaria** affinché giusti mezzi siano messi in campo per giusti fini.

II.

Il diritto penale presuppone, senza mai o senza quasi mai dirlo espressamente, **una certa immagine di uomo, di società e di mondo**, altrimenti esso non potrebbe sperare di funzionare, e l'immagine che presuppone **non è mai stata problematica**, perché essa viene dal senso comune e può essere detta col linguaggio ordinario.

Nulla ha lasciato pensare che la credenza in quell'immagine potesse essere non vera.

Il gioco **pare** aver funzionato per secoli, ma ad un certo punto c'è stato un cortocircuito, perché il senso comune e il linguaggio ordinario hanno cominciato a non reggere più la pressione crescente di nuove **culture** che hanno dato forma a nuove forme di vita e che possono esser dette solo con **l'uso di altri linguaggi, molto più complessi e sofisticati del linguaggio ordinario**.

Il diritto penale, ad esempio, non regge la pressione delle scienze empiriche, e di questo parleremo molto, ma si è anche mostrato inadeguato al **linguaggio contemporaneo, perché non ha saputo prendere coscienza dei propri limiti espressivi**.

Questa inadeguatezza linguistica ha radici profonde, che devono essere esplorate, ma, soprattutto, mette in moto conseguenze etiche che è davvero difficile sottovalutare.

III.

Dovrebbe essere la scienza del diritto a provvedere all'adeguamento del diritto al tempo in cui esso deve essere applicato, ma qualcosa evidentemente non ha funzionato, ma forse sono **le sfide che la modernità ha lanciato al diritto penale** ad essere state troppo grandi perché al diritto potesse bastare qualche aggiustamento in corsa.

Mi sia concesso, a questo punto, un fugacissimo e breve “volo” su queste finzioni, o meglio su quelle che io ho imparato a vedere e di cui vorrei parlare... **dalla a alla z**.

a. Il fatto, di qui la sua potenza ideologica nella nostra tradizione di pensiero giuridico liberale, un tempo pareva saldo come una roccia, e questa saldezza rassicurava perché produceva **sensazioni di certezza del diritto che su di esso si fondava e sensazioni di verità della sentenza che il fatto accertava**. Ma ora l'una e l'altra paiono pretese ontologiche ed epistemologiche assai ottimistiche, **finzioni**, che di fatto servono solo a non far vedere la **incertezza** onnipresente in cui **realmente** si svolge il mondo di vita sociale dell'uomo, e che **contamina** sempre, un po' più un po' meno, **il diritto che nasce in ogni sentenza** (ammesso che separare l'uno, il diritto, dall'altra, la sentenza, sia possibile e sensato).

b. La società del rischio porta all'ordine del giorno dei lavori del diritto penale **nuovi tipi di fatti** (l'elenco non è esaustivo: morti e malattie da esposizione a sostanze tossiche, inquinamenti dell'ambiente, *malpractice* medica, incidenti da circolazione stradale, incidenti tecnologici, ma anche eventi naturali – terremoti, valanghe, frane – ricodificati come eventi ricollegabili alla antropotecnica, cioè all'uomo) che paiono spiegabili con la parola... “rischio” – e il fatto che questa difficile parola non sia mai comparsa nel vocabolario di alcun codice penale, non è un caso e induce a riflettere sull'utilità di un'analisi anche linguistica del diritto penale –. La parola “rischio” è intrinsecamente **polisemica**, fatta col materiale incerto della probabilità, che si lascia avvicinare in modi diversi e anche opposti da **diverse discipline scientifiche** (scienze psicologiche o antropologie sociali e naturali dallo statuto epistemico sempre più debole, nuove forme di tecnologia del pensiero che vorrebbero metter d'accordo scienza e politica e difatti si chiamano *science policy*).

c. La parola “rischio” è quindi definita dall'incertezza e dalla liquidità di ogni discorso che pretenda di afferrarlo, ma ciononostante esso ormai ha occupato in modo indifferenziato **quasi tutto lo spazio semantico** prima occupato dalle categorie un tempo diligentemente differenziate da una diligente dogmatica del diritto, cioè **causalità, pericolo e colpa**, che ora sono ridotte a poco più che varianti di un'espressione – “rischio non accettabile” – che all'incertezza intorno a che cosa sia “rischio” aggiunge l'incertezza derivante dal fatto che le regole per distinguere il rischio “accettabile” dal rischio “non accettabile” **non sono oggetto di indagine dalla scienza del diritto** – e in generale sono assai incerte – e quindi questo “rischio non accettabile” penzola nel vuoto (riprendo il filo qui sotto). Oggi, **un rischio relativo**, misura epidemiologica che produce indizi se l'accadere della classe di eventi A, o l'**A statistico che non è l'A reale**, fa una differenza nella frequenza nell'accadere della classe di eventi B, o **B statistico che non è il B reale**, quando non c'è A, **è oggetto misterioso nel diritto penale**, perché può essere ed è decodificato nel diritto penale disinvoltamente come **causalità di A verso B, come pericolo che da A potesse venire B, con qualche aggiustamento, anche come colpa di A per B, oppure come nessuno dei tre**.

È necessario sottolineare che A e B **sono oggetti statistici e non eventi di natura**. Il diritto penale non coglie, però, questa differenza, perché non sa che, senza lo studio della scienza della probabilità, **è impossibile ogni comprensione del significato di rischio relativo** (ad esempio, l'incomprensione di questa differenza ha portato dottrina e giurisprudenza a sesquipedali fraintendimenti, perché sia l'una che l'altra hanno trattato la probabilità come se essa si trovasse nel regno delle necessità, il che è assurdo: l'errore fa sì che, senza usare la statistica, e gli assiomi del pensiero probabile, **si faccia solo la conta dei casi di B quando c'è A e quando non c'è A**, e si spera così d'aver trovato una condizione necessaria della differenza e non... un rischio relativo, cioè un mero aumento di rischio). L'errore è scambiare A e B statistici con A e B reali, e quindi non cogliere **la differenza tra l'accadere di una frequenza maggiore di B statistici e la differenza tra l'accadere di una frequenza maggiore di B reali**.

Il problema, quindi, non è solo se un rischio relativo sia una causa, un pericolo o una colpa o tutte e tre o nessuna delle tre. Il problema principale è, piuttosto, **capire il significato di rischio relativo, che non è nemmeno solo un problema di mera statistica, sebbene la statistica sia la sola lingua in cui il rischio è scritto e può essere compreso**.

Il rischio, pertanto, è un concetto artificiale, costruito dall'uomo abbastanza recentemente, e non reale, nel senso che **nessuno ha mai visto un rischio in natura. Il rischio è un po' fatto e un po' valore, un po' essere e un po' dover essere e, quindi, rivela la debolezza del dogma della separatezza tra fatto e normatività** (la precauzione dell'omonimo principio,

ad esempio, non è un fatto ma un valore, o se volete un fatto integrato di valore). Il concetto è quindi carico delle teorie normative che l'uomo ha costruito in esso – su tutte la statistica, ma non solo essa – e quindi **tutta l'incertezza** di quelle teorie ricade **sul fatto**. Senza lo studio di quel coacervo di teorie che lo integrano, **non potremo però capire che cosa sia rischio**, e quindi **che cosa sia la società in cui il diritto penale, che fingeremo di conoscere, dovrà essere applicato**.

C'è un intero enorme campo di ricerca da cominciare a studiare.

d. Nel fatto sta **la causalità**, l'antichissima regola di imputazione oggettiva del fatto. La **causalità** è costruita come *condicio sine qua non* dell'evento, conoscibile attraverso l'esperimento mentale del controfattuale. La *condicio* appare manifestazione **dell'ordine necessario delle cose del mondo**, che è, ovviamente, solo una tra le tante idee metafisiche sulla realtà, non necessariamente vera. Quando cala nella realtà delle cose dei processi penali di questa terra, però, la *condicio sine qua non* comincia a sparire dai nostri orizzonti. Facciamo l'esperimento mentale che ci hanno insegnato a fare e scopriamo che nei casi in cui servirebbe saperlo, **non sappiamo** se eliminata la condotta A l'evento B sarebbe accaduto o no, mentre quando non serve, perché il problema è banale, non abbiamo dubbi di sorta.

Due alternative.

O la probabilità è nelle cose, e si dice ontologica, perché **il mondo non è deterministico**, o la probabilità è solo **la misura epistemica dell'ignoranza intorno al determinismo delle cause e degli effetti**. **Non c'è modo di dire però** che quel che è **probabile sia anche necessario, o almeno certo**. Nei casi difficili **la necessità allora scolora nella probabilità e la certezza nell'incertezza**. Che ne è della causalità allora? Non c'è più. Bisogna fare come le tre scimmiette per non vedere **la frode delle etichette** che si consuma, perché, ormai, quasi con *nonchalance*, chiamiamo *condicio sine qua non* il suo opposto, cioè **la probabilità della causa o la causa probabile**, qualunque cosa questa espressione dica (il penalista non sa declinare un qualsivoglia concetto di causa probabile o di probabilità della causa e, almeno fino ad oggi, non mi risulta che abbia cominciato a studiarla).

Così spacciamo per condizione necessaria, cioè per cause, **mere correlazioni**, che non dicono mai “perché” ad A è seguito B, ma dicono solo “che” ad A talvolta segue B, e la differenza non è da poco. Dovremmo abbandonare per sempre l'equivoco – ma per i giuristi assai fascinoso – concetto di legge di natura, almeno fino a che non avremo trovato un accordo razionale intorno a che cosa intendiamo per “**legge di natura**”. Oggi **nessuno saprebbe rispondere alla domanda di che cosa è una legge di natura**.

Ancora due alternative.

O legge di natura è il prodotto di **un'osservazione empirica** che si limita a dire **che quando c'è A talvolta c'è B (A e B statistici!)**, e allora diciamo che una correlazione – ossia un aumento del rischio – è sufficiente, oppure la legge di natura è anche il prodotto di una **conoscenza realista** intorno a **che cosa fa sì che ad A possa seguire B (A e B reali!)**, il che implica l'analisi dei campi del sapere, non necessariamente statistici, che scoprono **i meccanismi di natura sottesi alle correlazione**, e allora troviamo in una parola... **le cause?**

Due concetti di cause che richiedono l'indagine di campi di sapere scientifico in parte diversi.

Questo è il vero dilemma su cui le Sezioni Unite della Cassazione dovrebbero pronunciarsi. L'uno e l'altro campo sono costellati di problemi.

È difficile distinguere **correlazioni reali da correlazioni spurie**, cioè non reali ma solo apparenti, e per distinguere le une dalle altre, non abbiamo altro mezzo che lavorare con **i sempre controvertibili metodi della probabilità**, unico linguaggio dell'incerto, da cui si può inferire poco, forse, che quando la correlazione è **statisticamente significativa**, significa che, probabilmente **essa non è spiegabile col caso**, ma con **qualcosa d'altro**, che sospettiamo poter essere quel che cerchiamo, ma non ne saremo mai certi.

Del resto non è facile far lume sui meccanismi biologici, ma questo non vuol dire che se non sappiamo tutto, allora non sappiamo nulla. **Il dubbio resterà comunque sempre irrisolto, anche se la bilancia può pendere più dall'una che dall'altra parte**, ma, come è avvenuto nei processi di amianto in cui si è discusso di causalità, l'accusa frustrata perché si impantana nella probabilità e nell'incerto quando va a caccia di certezze, parla di **nichilismo garantista**, che è una preziosa metafora della realtà del diritto e del processo penale dei nostri tempi, e un **salutare sberleffo all'idiozia epistemologica che si chiama con l'acronimo inglese BARD (beyond a reasonable doubt)**.

e. Torna in auge il pericolo che può essere concreto o astratto, e quando è concreto vuol dire, o vorrebbe dire, che è reale. Il modello di accertamento che la scienza del diritto ha pensato, prima della società del rischio, prevedeva **una prognosi postuma** – palese ossimoro – e la prognosi andava fatta a partire da una **base ontologica totalizzante**, cioè con l'accertamento di tutte le circostanze del fatto e la loro sussunzione in tutte le leggi scientifiche pertinenti, affinché **il pericolo fosse più reale del re**.

Dire **pericolo reale**, però, è **un'altra finzione**, perché se l'evento non si è verificato, **il pericolo non era reale, a meno di immaginare, come accennato prima, che il mondo non sia deterministico** (il che sembra vero quando si guardi al mondo con gli strumenti che colgono i movimenti delle particelle elementari della materia nella meccanica quantistica).

Non c'è da meravigliarsi, allora, se **la giurisprudenza tende a rimuovere il pericolo** e ad accontentarsi della banale affermazione che il pericolo non è il danno, ma qualcosa meno, **un giudizio di probabilità** (così però si torna al dilemma della **scienza della probabilità**, che però la giurisprudenza non vede; la giurisprudenza infatti non si arrischia da quelle parti, e **non spiega mai quale struttura abbia il giudizio di probabilità che dovrebbe essere il pericolo**) e quindi ci si accontenta di molto meno, di qualcosa che è *così poco* che... alla fine quasi sparisce.

Il problema della realtà del pericolo è quindi un **problema filosofico tra i più difficili**, perché si tratta di decidere **se la probabilità è oggettiva (frequenza) o soggettiva (grado di fiducia di una credenza)**. Il problema ulteriore, e di gran lunga più difficile, è che nei campi del diritto penale in cui il pericolo dovrebbe applicarsi, dopo l'avvento della società del rischio, quando il campo del **sapere di non sapere si è dilatato invece che ridursi** (questo è uno dei paradossi della post modernità), **nessuna base ontologica può essere nemmeno lontanamente totalizzata**, perché essa è quasi sempre **incerta, lacunosa e debole**, cioè **parziale**, quindi suscettibile di essere spiegata in molti modi, che equivale a dire – col linguaggio della filosofia della scienza – che **la base ontologica (ma sarebbe più corretto dire base epistemologica) sotto determina sempre plurime spiegazioni**, nessuna delle quali è *ictu oculi* migliore delle altre.

Il pericolo è un **oggetto volante non identificato**.

f. Che cosa significa che **il reo è in colpa** quando il problema giuridico è, ad esempio, **l'imputazione di un evento che è un incidente tecnologico**?

L'incidente tecnologico non è solo un problema tecnico, ma è quasi sempre la conseguenza di scelte di politiche di investimento dell'impresa, cioè di **corretta o non corretta allocazione di risorse** per la prevenzione di danni interni ed esterni all'impresa. La colpa è sempre più un problema "politico" di **decisione di conflitti tra valori confliggenti**, che possono essere decisi in molti diversi modi, in un lungo *continuum* di possibili equilibri, e dove, **cioè in quale punto di questo continuum** stia la colpa, perché quell'allocazione di risorse deve essere considerata inaccettabile, non lo sa nessuno. Il riferimento all'*homo eiusdem professionis et condicionis* è **l'ennesima finzione** che serve ad occultare dietro a un'apparente asettica tecnicità, **il giudizio di valore e disvalore** – cioè politico in tutto e per tutto – in cui invece consiste la colpa.

Abbiamo solo rischi non accettabili che sono stati accettati, ma trovare il filo normativo che permetta di non perdersi e indichi la giusta via di quel che è accettabile socialmente e quel che non lo è, **è il vero problema della colpa**.

Quando la politica non c'entra, le cose non vanno meglio. La colpa generica è un autentico abuso di potere del diritto penale, appare come **un fatto contrario a norme preventive** che però **non sono codificate** ma sono **costruite a posteriori** da un Giudice che della **materia tecnica di cui si parla non sa nulla**. La psicologia cognitiva considera **il senno del poi** un tipico **bias cognitivo**, cioè una distorsione sistemica di quel che chiamiamo ragione. Dovremmo tutti interrogarci a fondo ed essere costretti a rispondere: **dove sta la colpevolezza nella colpa?** Perché se la colpa è normativa vuol dire che non è psicologica, ma questo vuol dire che **la colpa non è colpevole** perché è **solo un fatto tipico**, cioè mera trasgressione di una norma, anzi meno ancora, perché di regola **la norma violata esiste prima della condotta ed è, appunto, oggettiva, ma nella colpa generica no, è fabbricata a posteriori e non può non essere soggettiva, e nessuno può sperare che il senno del poi non condizioni il Giudice nella sua costruzione!** O, se non è così, illuminateci, per favore! Perché io non vedo che **finzioni su finzioni su finzioni**.

g. Il fatto allora si va sbriciolando nel rischio e non è più roccia come prima pareva, ma **non è più chiaro che cosa sia diventato perché "rischio" è una parola che non designa fatti naturali** ma complessa ibridazioni di scienze che conoscono il fatto e teorie che integrano il fatto coi valori cioè con norme, tali per cui, quel che è rischio per me può non essere rischio per te.

h. L'incertezza e la liquidità spaziano anche oltre, e **hanno i confini che ha il linguaggio**, perché tutte o quasi le parole del diritto penale che dovrebbero avere un referente non nel diritto ma nella realtà, subiscono **un processo di progressiva perdita di significato**, talvolta per il troppo uso, più spesso a causa del fraintendimento che deriva da un uso ingenuo del linguaggio ordinario: **chi sa dove stia il confine interno del concorso di persone nel reato**, o, peggio ancora, **il confine del concorso esterno nel concorso interno** che si chiama associazione a delinquere? Le parole che si trovano in dottrina e giurisprudenza sono **pericolosamente esposte al vuoto**, perché palesemente esse sono costruite per non costituire alcun vincolo reale al potere creativo del Giudice.

Il fenomeno ha portata ancora più generale. Dire che un'interpretazione è *secundum legem* e un'altra è *contra legem* significa solo che, tra due interpretazioni plausibili, io scelgo A

e tu B, **ma non sempre è davvero possibile stabilire se e perché A è meglio di B o viceversa**. Non abbiamo alcun parametro oggettivo. Le regole canoniche – *intentio* del legislatore o della legge, argomento dal sistema *etc.* – sono usate solo quando vanno d'accordo, cioè supportano, l'interpretazione che io ho deciso di perseguire. Il penalista usa il linguaggio **senza aver studiato come il linguaggio funzioni**, e questo è un serio pericolo per la razionalità del diritto penale.

i. In fondo **non si spiega più perché per dirsi liberale, il diritto penale debba continuare a fuggire dall'uomo** (fingendo di non sapere che non è possibile, se **non al prezzo di un'altra finzione**, giudicare un fatto senza l'uomo), e perché sarebbe meno **liberale un diritto penale che fosse invece fondato sull'uomo prima che sul fatto, diventa un mistero**, soprattutto in tempi come i nostri in cui i pericoli della disumanizzazione di massa tornano a farsi inquietanti e l'uomo deve stare al centro di ogni discorso.

Non è più chiaro, infatti, come forse appariva prima, perché un fatto così debole, che ora c'è e ora non c'è più in funzione di opzioni normative, spesso anche inconsce, di un certo tipo o di altro, debba funzionare come **pietra angolare del diritto penale sedicente liberale** che da tempo mena vanto di anteporre il fatto all'uomo, come se in ciò stesse la gloriosa bandiera che sventola ancora.

j. Che cosa c'è di liberale nel **divieto della perizia psicologica sull'uomo**, cioè nel divieto fatto al Giudice di conoscere l'uomo che gli si para innanzi, come candidato reo e condannato, se non la **debolezza** di un diritto che teme di sguagliarsi al sole **se permettesse al Giudice di conoscere l'uomo che è il reo?** La paura che venga a galla **l'innocenza naturale dell'uomo** – cioè **l'impossibilità di attribuire colpe per esser quel che si è** – qui si vede benissimo e non è un belvedere (è un po' come **la misura soggettiva della colpa** che deve via via avvicinarsi all'uomo ma non può arrivare troppo vicino perché, altrimenti, scomparirebbe la possibilità di un rimprovero che, però, non si spiega perché mai il rimprovero dovrebbe essere necessario).

k. Il diritto penale liberale, come tutti sanno, si raccoglie intorno **al bene giuridico**, ed è difficile immaginare **finzione più finta di questa**. La circolarità del concetto è già stata da tempo denunciata (il bene giuridico è ad un tempo premessa e conclusione del ragionamento interpretativo). La finzione, però, ovvero **la petizione di principio** non sta solo qui. Il penalista liberale dà per scontato col costruire il bene giuridico quel che deve provare e cioè che il diritto penale protegga effettivamente qualcuno o qualcosa, che poi chiamare bene giuridico o in altro modo non fa differenza alcuna. La prova, però, manca e **l'unica certezza è che il diritto penale distrugge beni giuridici**. L'ideologia qui è talmente manifesta che non ci si deve soffermare più di tanto. Solo un cenno merita **l'altra finzione**, che dalla prima segue, e cioè **che il Giudice sia il protettore dei diritti**, che serve a non dire la verità meno piacevole, che il Giudice, con gli atti linguistici che compie fa cose, e la cosa che certamente fa, con la condanna, è **attuare l'uso della violenza dello Stato sull'uomo**, e che **questa violenza tuteli anche qualcosa o qualcuno che non sia l'interesse di chi ha il potere nello Stato** è tutto da provare ma nessuno sa provare.

l. **Il culto della ragione** – in cui tutti ci immergiamo perché dire che siamo razionali ci fa sentire bene – appare sempre più uno *slogan* o meglio... una finzione. Essa dovrebbe garantire il bene supremo del diritto, e cioè che qualunque uomo razionale giudicherà **il diritto e il fatto allo stesso modo, perché il diritto è certo e il fatto anche almeno agli occhi della ragione**. Se si

chieda, però, **a quale concetto di ragione** il giurista faccia riferimento, è probabile che ci sarà un imbarazzato silenzio.

Ragione utilitarista, Beccaria o ragione pratica, Kant? L'una esclude l'altra, ma entrambe vengono dal copioso fiume dell'illuminismo che continua a non illuminare le spesso sordide pratiche del diritto penale. Che esista la ragione trascendentale kantiana non abbiamo alcuna certezza, anzi il sospetto ch'essa sia **una finzione** è piuttosto forte – e quindi che **esista una ragione pratica universale e generale** di cui ogni uomo è naturalmente dotato – pare largamente ottimistico, forse una pia illusione, tant'è che la ragione pratica è scolorita nel XX secolo **in ragione comunicativa**, che però è già estinta nel mondo del XXI secolo in cui **la comunicazione è sempre più chiaramente e tragicamente irrazionale** (la filosofia di Habermas non va d'accordo con *Facebook*, nemmeno se tutti gli utenti decidessero insieme di regalargli un *like*!).

La ragione utilitarista pone invece il problema dei fini, cioè se e quando possano dirsi giusti, perché l'utilitarismo non lo dice, e non è poco quel che manca, dato che, incontrovertibilmente, **l'olocausto è stata un'impresa assai efficiente dal punto di vista della ragione strumentale**. La storia dell'occidente, parola di Max Weber, è la storia di un processo di razionalizzazione, in cui proprio la ragione strumentale, che diventa burocrazia, de-umanizza anche l'uomo burocrate, e il pericolo che anche il Giudice sempre più razionalizzato possa diventare macchina burocratica, non può essere escluso a priori. In questi tempi, quindi, **la sola ragione che sappiamo esistere è la ragione biologica** cioè l'insieme di circuiti cerebrali della corteccia frontale, che sono diversi da uomo a uomo, in cui popolazioni di miliardi di neuroni parlano tra loro linguaggi elettrochimici e fanno di noi cose, **pensieri ed emozioni**, che nemmeno noi sappiamo se non a grandi linee chi, da dove e perché sono venuti alla coscienza. In questo magma incredibilmente complesso in cui **le emozioni** – sistemi neurali collocati nelle regioni subcorticali del cervello e **molto più antiche e potenti della neocorteccia** – **contaminano il pensiero**, o meglio sarebbe dire che **non c'è pensiero che non sia contaminato dall'emozione**.

La nostra coscienza non è trasparente a se stessa, perché siamo formidabili esperti di **inganno e auto inganno**. Abbiamo numerose prove che **questa ragione naturale** è naturalmente difettosa, come non può non esserlo una **macchina naturale** forgiata da milioni di anni di evoluzione, ma sappiamo anche che essa è eccezionalmente plastica e quindi **non cessa mai di imparare e può sempre cambiare** (e questa è una buona notizia per il diritto penale) purché all'intorno ci siano le giuste condizioni e non il loro opposto.

Pare, ad esempio, che **il nostro cervello non sia cablato per capire intuitivamente la statistica**: ragione in più per studiarla se pretendiamo di far uso di scienze che sulla statistica si fondano.

m. Da qualche decennio almeno ci sentiamo ripetere che l'imputabilità è in crisi. C'è chi crede nel paradigma psichiatrico, chi in quello psicologico, chi in nessuno dei due perché diffida della scienza (che evidentemente sa di psicologia meno del penalista). Alla fine, però, siamo tutti d'accordo nel rilasciare al Giudice **una "cambiale in bianco"** che riempirà lui, il Giudice, come più gli parrà opportuno.

Che **capacità d'intendere e capacità di volere** siano concetti cui corrisponda qualche reale stato mentale è quindi vero nel mondo trascendentale della ragione pratica di Kant, ma è almeno in dubbio nel XXI secolo che di essa ci siano tracce nel mondo empirico, e quindi

dovremmo preoccuparci, perché se **l'imputabilità diventa incomprensibile** – ma essa è già incomprensibile – cade tutto, ma proprio tutto.

Da sempre, il pensiero dell'uomo sull'uomo è dominato dal dualismo mente-cervello. Anche il diritto penale è fondato sulla *summa divisio* **fatto-colpevolezza** che è a sua volta fondata sull'antico metafisico **dualismo** della mente come sostanza spirituale che è *altra e più importante* rispetto alla sostanza materiale, il cervello. Il confine tra cervello e mente, nella visione disincantata della scienze della mente del XXI secolo, tende però a sparire, perché **non c'è alcuna mente senza un cervello** (mentre può valere l'opposto), e nel momento in cui è doveroso **ridurre la mente al... cervello** (che non significa affatto che la mente umana sia meno straordinaria di quel che è, ma solo che essa è soggetta a leggi di natura come tutto quel che è nel mondo), è come dire che **un pensiero – o un'emozione – è un'azione**, e quindi anch'esso... **un fatto materiale** – sebbene d'altro e misterioso genere. La biologia della mente parla ormai abitualmente di mente *embodied*, cioè di mente o coscienza incarnata nel cervello, cioè nel corpo, nell'ambiente in cui è gettata a vivere.

La nostra **sistemica che divide il fatto dalla colpevolezza** comincia quindi a vacillare anche da questa parte. Pare, paradossalmente, che ci siano solo fatti... La prima volta che ho letto che, forse, **la coscienza è solo un epifenomeno del cervello**, cioè poco più che un'illusione, non credevo a quel che leggevo. Poi l'ho letto sempre più spesso. La coscienza – intorno a cui tutta la imputabilità e la colpevolezza ruotano (perché nessuno è punibile se commise il fatto senza coscienza e volontà) – sa molto meno di quanto sappia l'intero cervello e la differenza è data dalla **sterminata pervasività dell'inconscio**. La coscienza non è l'auriga platonico che tiene a bada i cavalli imbizzarriti della sua natura, ma molto meno, e *quanto meno* ancora non sappiamo.

n. Arriviamo così al dogma di tutti i dogmi. Tuttora crediamo nella verità del **presupposto tacito** di imputabilità e colpevolezza, il vecchissimo e veneratissimo **libero arbitrio dell'uomo**. Il dogma presuppone – ancora Kant?! – **l'autonomia del mondo della ragion pratica dal mondo empirico dei fenomeni, quindi la separazione tra mente e cervello**, e in ciò stava la prodigiosa unicità della ragione dell'uomo da cui seguiva l'intangibile valorizzazione della sua dignità e dei suoi inalienabili diritti (anche se restava nel non detto che la libertà e l'eguaglianza degli uomini, se resta solo nelle parole del mondo della ragione e non cala nel mondo empirico, può essere un ben misero e ipocrita modo di conferire dignità all'uomo).

Chi crede, però, oggi, che esista questo mondo che trascende il mondo empirico in cui la ragione detta gli imperativi che fanno dell'uomo ubbidiente un uomo libero? È chiarissimo che è vero l'opposto, e cioè che il corpo, **il cervello, costruisce e condiziona (la ragione e) la volontà**, cioè la mente, e anche se non sappiamo come (c'è tuttora un gigantesco **gap esplicativo**, perché come il cervello causi la mente è oscuro) non per questo possiamo **fingere di credere che la mente sia libera e il cervello no**.

o. Come si può, però, non credere al libero arbitrio? Perché non riusciamo ad abbandonare **il teatrino cartesiano** (così domanda ironicamente il filosofo Dennett)? **Chi di noi infatti non si sente libero?** Il fatto di sentirci liberi e capaci di controllo pieno su noi stessi significa che è proprio vero quel che sentiamo? (L'argomento vale più o meno come l'argomento per cui tutti eravamo certi, prima di Copernico e Galileo, che il sole e i pianeti girassero attorno alla terra? Chi di noi, prima di Darwin, avrebbe mai detto che noi e tutti gli animali della terra discendiamo da un unico progenitore vissuto qualche miliardo di anni fa?).

p. Dire di non credere al libero arbitrio, però, sembra quasi la violazione di un *tabù*, tanto che **gli scienziati e i filosofi spesso non hanno il coraggio di dire fino in fondo** quel che è più che ragionevole, e cioè la totale dipendenza della mente dal cervello e, scandalo degli scandali, **la netta preponderanza dell'inconscio sulla coscienza nel determinare la vita psichica dell'uomo** (la neuroscienza ha riscoperto Freud perché ha dato la prova che esiste l'inconscio, e uno dei programmi di ricerca più affascinanti che DPU proverà a seguire è costituito da quella **fusione di mondi filosofici e scientifici che si chiama neuropsicoanalisi** – ma seguiremo i programmi che fondono il diritto nella narrazione, e quindi scoprono, nei testi letterari, che i grandi scrittori hanno scoperto l'inconscio anche prima di Freud).

Non siamo liberi da noi stessi. L'inconscio è il mio Es, o forse qualcosa di più o di meno. La mia coscienza, l'Io, può poco. **Quale è la mia colpa? Posso davvero essere diverso da quel che sono?** L'intolleranza intorno al dogma, però, è ancora altissima, quasi da inquisizione del pensiero, e vedrete quante reazioni produrrà DPU su questo cruciale argomento! La verità è però che chi resiste lo fa *pro domo sua*, perché se cade quel dogma di fede, **l'edificio della mens rea non si autolegittimerebbe più come un tempo**, perché non sarebbe più chiaro né che cosa sia la *mens* né che cosa sia la reità della *mens* e il castello di carte di un finto millenario sapere cadrebbe.

A quel punto forse scopriremo che il libero arbitrio è stato usato più come congegno psicosociale per sottomettere l'uomo che per elevarlo al rango che la ragione, a parole, riserva alla sua dignità.

q. Parlare di **cervello morale** quindi ci sembra ancora un'imbarazzante assurdità, quasi un ossimoro: **come può la materia essere morale o immorale?** E la domanda è davvero difficile – forse è una cattiva domanda perché la materia non è né morale né immorale – ma una risposta, quale che sia (ad esempio **che cosa sia l'empatia** e dove, cioè in quale zona del cervello, i neuroni specchio si accendono come se l'altro che soffre fossimo noi) è utile –, ma il programma di ricerca dovrà anche spiegare dove sia e soprattutto perché possa mancare l'empatia e, quindi, perché e da dove venga la capacità di infliggere dolore all'altro. L'eterna domanda “*unde malum?*” promette forse qualche risposta nuova. Forse la risposta è che non esiste alcuna morale ma solo natura, oppure **che esiste solo la morale, che ora sapremo costruire su basi nuove**, anche perché da dietro sta arrivando una domanda ancor più nuova e spaesante legata alla **macchina che prende decisioni morali senza la guida dell'uomo** (cfr. lettera z). Superare il libero arbitrio sarà impossibile nel breve periodo e forse è bene che sia così, perché non siamo pronti agli effetti che quel terremoto porterà con sé. Però possiamo prepararci. Nel frattempo potremmo, ad esempio, **rifondare** l'imputabilità su basi scientifiche e liberarci da questa odiosa normativa di stampo fascista e piccolo borghese che il codice penale del 1930 incarna. Perché non l'abbiamo fatto ancora?

r. Già ora, però, anche **l'intero vocabolario della psicologia folcloristica del senso comune**, fatto di parole come “previsione” “intenzione” “volontà”, **che il diritto penale condivide col senso comune**, è sospettabile di... non esistere, cioè di **non corrispondere ad alcun reale stato mentale**, ed è urgente verificare se **il nuovo vocabolario della crescente biologia scientifica della mente** ci aiuti già a veder più chiaro in noi stessi.

Perché non è evidente come dovrebbe, ad esempio, che **il dolo eventuale** non esiste, ovvero esso è **il prodotto di un linguaggio che non sa riconoscere i propri limiti**, e quindi piuttosto che descrivere con le parole uno stato della mente reale, che nessuno ha mai provato perché nessuno di noi sa che cosa sia, costruisce **uno stato mentale fittizio** lavorando solo con le

parole e il dolo eventuale quindi resta solo un **rebus linguistico senza corrispondenza con la realtà?** Davvero qualcuno crede che ci sia la possibilità di dire una sola parola nuova su questo fantasma del diritto penale?

s. Abbiamo creduto che, lasciato libero dai lacci e dai laccioli della epistemologia giudiziaria costruita infaticabilmente dai grandi giuristi dell'antico regime, **il Giudice si sarebbe naturalmente orientato verso la verità e la certezza della ragione**, ma ora non potremmo essere così sicuri che l'opzione illuminista di cancellare l'epistemologia medievale, parecchio pessimista e quindi più realista di quella illuminista, sia stata una buona idea. Se **l'unica ragione che esiste è la ragione biologica**, meccanismo imperfetto e spesso fallace, in gran parte inconscio (**l'inconscio cognitivo** pare un altro ossimoro e invece è assai reale almeno quanto **l'inconscio emotivo**) non è imprudente fidarsi così tanto del convincimento del Giudice, se non indaghiamo a fondo **le cause psicologiche** del giudicare?

t. Che cosa significa **libero convincimento** del Giudice? Libero da che e da chi? Se nessuno è libero e nemmeno il Giudice è libero, che cosa nasconde **la finzione** del libero convincimento?

Perché – nel posto occupato dalla finzione del libero convincimento – non esiste più **un'articolata e aggiornata epistemologia giudiziaria**, cioè un sistema legale della valutazione della prova, fondata a un tempo (da un lato) **sulla logica, cioè sulle regole della scienza del pensiero, la logica del probabile, la retorica, e** (dall'altro lato) **sulla psicologia?**

Nessuno studia più queste discipline – quantomeno all'università o nelle scuole di specializzazione – e, quindi, la risposta alla domanda è tutta qui. Il giurista contemporaneo è più ignorante del giurista medioevale. Non sappiamo nemmeno di non sapere, e andiamo avanti di finzione in finzione. Prima ho fatto cenno alla sotto determinazione. Non c'è processo in cui l'evidenza, cioè la batteria delle prove, sia talmente grave precisa e concordante, da poter essere spiegata in un solo modo. È vero il contrario, e cioè che **sempre o quasi l'evidenza può essere spiegata in più di un modo, magari l'uno l'opposto dell'altro**. Mai o quasi mai gli indizi sono gravi, precisi e concordanti. Il Giudice compie ragionamenti che sono **ragionamenti abduittivi**, cioè inferenze alla migliore spiegazione possibile, ma nessuno gli ha insegnato i rudimenti della relativa logica. Forse conoscere – è un esempio – il significato del teorema di Bayes sarà d'aiuto, più di quanto non lo sia **la finzione** per cui il Giudice condanna solo se non ci sono spiegazioni alternative a quella dell'accusa, **perché non è mai andata così e mai andrà così** o, peggio ancora, la finzione per cui che il Giudice condanna se l'inferenza alla conclusione probatoria è tuttora fondata **su massime di esperienza**, che sembrano conigli che escono dal cappello del prestigiatore perché la loro base empirica è ambigua e lascia sempre il timore che sotto ci sia il trucco.

u. La più **ipocrita** di tutte le finzioni si dice con **l'acronimo BARD**. Nessuno di noi conosce alcunché con la granitica certezza che va oltre ogni ragionevole dubbio. **Il dubbio ragionevole, semmai, è se possiamo conoscere qualcosa**. BARD, allora, se preso sul serio – e non è chiaro come si possa – è un **incentivo sub liminale all'irrazionalità**, cioè a far prevalere, nel cervello del Giudice, quelle euristiche e soprattutto quelle sistemiche distorsioni, o *bias*, (*bias* della causalità, della conferma, dell'effetto tunnel), coi quali tutti **noi proteggiamo dal pericolo della falsificazione razionale, ogni nostra credenza**, rimuovendo ogni dubbio, per non dover **fare la fatica di cambiare idea**. Se penso dubito, e se supero il dubbio vuol dire che il dubbio

era razionale, altrimenti sarei stato io irrazionale a perdere tempo con dubbi irrazionali, o no? Se invece non dubito, non ho più troppi problemi, mi basta assecondare le euristiche fondamentali e lasciarmi andare cullato nei consueti *bias*... e sentirò di aver sempre ragione.

v. Non si deve essere profeti per prevedere che il Giudice di domani dovrà, ancor più del Giudice di oggi, **decidere applicando la scienza**, o meglio le scienze. Le scienze forensi crescono ogni giorno di più, e chiedono di essere imparate, ma anche le scienze non forensi non scherzano e sarebbe opportuno che se ne sapesse almeno qualcosa più di nulla. Andrà sempre peggio perché è una deriva impossibile da fermare. **Le parti di realtà che possono essere capite col senso comune e quindi dette con il linguaggio comune**, ogni giorno **cedono terreno** ai linguaggi specialistici delle scienze che fondano **ontologie enormemente più complesse e vere del senso comune**. Senza capire di statistica non si capisce quasi nulla di scienza, anche se sapere di statistica non garantisce ancora che si sappia di scienza. Nel nostro diritto penale il Giudice è fermo molti anni luce prima, perché tuttora si crede il **peritus peritorum**, anche se, di recente, è stata detto che **l'ignoranza del Giudice è legittima**, da cui segue che il Giudice è **imperitus** in quanto ignorante – per carità, legittimamente! – e allo stesso tempo **peritus peritorum** e come faccia, **l'imperitus ad essere peritus** è un miracolo della fede (*credo quia absurdum*).

Si giunge al paradosso che **ignorantia facti excusat** il Giudice che, allo stesso tempo, dovrebbe però anche esser certo BARD per condannare e come fa ad essere certo BARD se è ignorante legittimamente di scienza, decisiva per conoscere il fatto, non è dato capire.

Non sapendo come sbrogliare la matassa, si dice che il Giudice deve fare come **il notaio che certifica il consenso (mitico) della (mitica) comunità della scienza**, ma come faccia il Giudice a capire se **il consenso è vero o finto** non si comprende, visto che il Giudice, se è **legittimamente ignorante di scienza**, **non ha il dovere di acquisire e capire l'evidenza scientifica da cui dipende l'esito del processo e quindi non sa che consenso deve cercare e dove**. Le parti, implacabilmente avversarie, non lo aiutano certo ed entrambe diranno che il consenso sta dalla loro parte e non faranno fatica a trovare argomenti che il Giudice non potrà smascherare. Non si va molto oltre dicendo che **il Giudice è il custode del metodo scientifico**, almeno fino a quando il Giudice non avrà imparato che cosa sia il metodo scientifico e oggi non c'è nessuno che glielo insegni (sicché il Giudice fa l'arbitro di una partita di calcio senza conoscere le regole del calcio e si pretende che comunque fischi). Se non si ha il coraggio di prendere il toro per le corna, **ammettere il problema e correre ai ripari, la fiducia della società nei suoi Giudici** sarà sempre più minata e sempre più incerta e questo non può augurarselo nessuno. La storia ventennale della causalità da amianto è un più che un campanello: è **una vera e propria sirena che suona un gravissimo allarme**.

w. Perché il Giudice ha cessato da tempo di dar conto del ragionamento che compie durante la delicatissima operazione della **commisurazione della pena nella condanna**? Il fatto che i giudici abbiano cancellato l'art. 133 c.p. non significa che essi stessi **non credono che la pena che infliggono debba avere qualche scopo**? Che facciano un tanto al chilo? O quantomeno non credono che **se uno scopo c'è, esso stia nell'art. 133 c.p.** cui si richiamano in modo ormai manieristico? E se non sta lì, nell'art. 133 c.p. e nella Costituzione, **in quale altro luogo sta la ratio della commisurazione della pena** che permetta di dire che il Giudice è soggetto alla Legge? In nessun luogo? Nel cervello del Giudice? Nella sua **ragione** (e allora si veda la lettera i), **o nelle sue emozioni** (c'è chi ha scritto – Forza, Menegon e Rumiat – un libro dal titolo azzecatissimo *Il giudice emotivo*)?

L'articolo **133 c.p.** è **da tempo tacitamente abrogato** o forse non è mai entrato in vigore, e non c'è nulla al suo posto. **Un giorno in più o in meno in carcere però può fare la differenza tra la vita e la morte.** Le spaventose statistiche sui suicidi in carcere, anche di uomini mai condannati e quindi da considerare innocenti, lo dicono in modo agghiacciante.

x. La **pena** è pensata ancora come retribuzione del male col male è tuttora fondata su **un'idea di giustizia come vendetta**, sottratta ad ogni discussione perché elevata al rango di universale psicologico antropologico e storico dell'uomo in società, senza che sia mai stata completata – o forse nemmeno avviata – **l'indagine psicologica e antropologica, o anche solo storica** che conforti l'assunto di universalità e insuperabilità di quell'idea. La pena retribuisce la colpa. Come detto prima, nel XXI secolo, **l'uomo deve quantomeno dubitare di quella antichissima credenza nel libero arbitrio.** La possibilità di un rimprovero per colpa è quindi dubbia, e il nostro diritto penale illuminato dice che, **nel dubbio sulla colpevolezza, prevale l'innocenza dell'uomo e non il suo opposto.** C'è già ora **una pesante ipoteca** intorno alla giustificazione del diritto penale alla luce dei suoi stessi principi. Bisogna correre ai ripari, e anche in fretta.

y. Prevenzione generale e prevenzione speciale, l'una ormai ridotta a etichetta linguistica che costantemente slitta di significato verso il basso, perché piuttosto che solido fatto empirico essa si fa sempre più **oscura metafora di se stessa** o di qualcosa d'altro che scivola come sabbia dalle mani (la pena aiuta l'integrazione della società? O, piuttosto, la paura del crimine e il bisogno di pena, sapientemente indotti dal potere che mette gli uomini in società gli uni contro gli altri, **disintegrano le relazioni umane nella società, trasformando ogni diritto penale in un diritto penale del nemico?**), e l'altra, apparentemente da tempo confutata dai fatti ma comunque viva e vegeta a conferma che **il diritto penale non è più quel che appare ma che cosa sia non è più chiaro a nessuno.**

z. Che cosa vuol dire e soprattutto come si accerta **che un uomo è pericoloso per altri uomini e quindi per la società?** Quanti uomini ora chiusi in carcere sono realmente pericolosi? **Perché nessuno, proprio nessuno può rispondere?** Come trattare l'uomo pericoloso? **Qui sta la sfida più grandiosa.** Levare la pena al diritto penale e quindi fare di esso qualcosa d'altro! Che cosa d'altro? Non è più ammesso non rispondere, o rispondere sconsolati che “purtroppo non c'è niente da fare”, crogiolandosi nell'indimostrato e arbitrario assunto che un'alternativa non esiste solo perché si è troppo poco propensi a pensare davvero a un'alternativa. **Un'alternativa c'è sempre.** Dobbiamo rimboccarci le maniche e DPU serve anche a questo.

Quanto tempo ci vorrà ancora prima che un *computer* possa imparare – in realtà i *computer* oggi già imparano da soli (è il cosiddetto *machine learning*, branca **dell'intelligenza artificiale**) – il mestiere del giurista, teorico o pratico che sia?

Che cosa accadrà allora?

L'attuale sconcertante stato della situazione accelererà forse un processo in qualche modo irreversibile.

Queste e molte altre (ogni penalista rispettabile, teorico o pratico che sai, può fare **la sua lista personale delle finzioni cui vogliamo continuare a credere**), sono tutte parole di **una vecchia e ormai stanca mitologia, o metafisica**; una **teologia** socio-politica – forse laica o forse no –, certo di matrice idealistica molto più che materialistica, irrazionale molto più che razionale, perché di illuminista ha poco, se non la facciata linguistica, l'idolatria nella Legge fatta Codice – Libro Sacro e unica fonte del Diritto –, che ha ridotto molti penalisti di oggi ad essere troppo **burocrati**, troppo impegnati ad **amministrare i dogmi ricevuti dai padri sulle cui spalle essi provano a stare**.

Siamo nel XXI secolo, però, e la metafisica zoppica da tempo (almeno da quando Nietzsche ha scoperto che... Dio è morto)².

Perché il diritto penale ancora gli sopravvive?

² F. Nietzsche, *La gaia scienza*, aforisma 125, in *Grande Antologia Filosofica*, vol. XXV, Marzorati, 1976, pp. 213-214.