

IL FALSO NELLA CAUSA NEL DIRITTO PENALE

La necessità probabile ovvero il (possibile) caso che si trasmuta in (impossibile) necessità

di Luca Santa Maria

PARTE I

1.

Il diritto penale necessita di una regola in base al quale imputare eventi a condotte dell'uomo.

Causa – *aitia* – ha un ampio ventaglio di significati.
Significa causa ma anche, più in generale, responsabilità.

Il diritto penale costruisce la regola di imputazione oggettiva e chiama causa quel che fa al caso suo.

Il diritto penale deve, però, essere credibile e per essere credibile deve essere coerente e mantenere quel che promette (o minaccia), cioè far seguire logicamente conseguenze da premesse ben definite.

Se causa, nel diritto penale, è la condizione necessaria, vuol dire che il diritto penale presuppone una teoria che spiega il mondo come un mondo in cui gli eventi si susseguono l'uno all'altro legati tra loro da catene che sono condizioni necessarie.

È una teoria del mondo in cui l'evento B implica – prima metafisicamente poi anche logicamente – una catena ininterrotta di condizioni ad esso antecedente, in cui il regresso di condizione in condizione è infinito, e si ferma solo a Dio, motore immobile o al *big bang*?

L'evento B, implica, poi, una serie altrettanto ininterrotta di condizioni ad esso successive.

Il progresso di condizione in condizione è anch'esso infinito.
Si ferma solo quando Dio vorrà al *big crunch*?

La capacità di spiegare il passato e tutt'uno con la capacità di prevedere il futuro.

Un mondo governato da ferree leggi deterministiche, è un mondo, ordinato e stabile.

Un mondo rassicurante.
Tiene fuori il caso, ovvero il caos.

La causa, però, deve essere realmente la *condicio sine qua non* dell'evento.

Non basta il nome.

Il diritto può anche, se lo vuole, scegliere un criterio di imputazione dell'evento diverso, anzi opposto, alla condizione necessaria, come la probabilità, che è più prossima al caso che alla necessità.

Il diritto, però, per me, non può stare in mezzo al guado, traccheggiando tra una necessità che non c'è più e una probabilità che non c'è ancora, almeno non c'è nella cultura penalistica.

Oggi, invece, è così.

Le formule di causa correnti di questi tempi sono cornici vuote, che il giudice riempie come vuole.

2.

Le popolazioni più antiche leggevano nell'accadere degli eventi, l'opera di forze e spiriti terreni o extraterreni.

L'antropologia da tempo ci ha spiegato che è necessario andar oltre le apparenze.

La questione dell'imputazione oggettiva – cioè per lungo tempo l'attribuzione della responsabilità – è sempre stata un affare sociale tra i più delicati.

Nelle società pre scientifiche la differenza tra natura e società non è ancora chiara perché la scienza necessaria non è disponibile, ma in parte almeno non si vuole che essa sia troppo chiara.

L'analisi meticolosa di antropologia giuridica di Kelsen (*Società e natura*) è datata ma tuttora affascinante (soprattutto perché un grandissimo giurista sentì il bisogno di indagare e capire *che cosa stesse sotto il diritto*, mostrando di non esser lui stesso appagato di dottrine del diritto... troppo pure).

La società, qualunque società, ha sempre *avuto bisogno di attribuire la disgrazia* – soprattutto nei momenti in cui un evento interno o esterno faceva temere disgregazione della stessa – a qualcuno che, per qualche ragione fosse già invisibile alla società, e la sua punizione potesse essere ravvisata come socialmente utile.

Per conseguire il suo scopo, che è mantenere se stesso, il potere della classe dominante – può essere la casta sacerdotale della tribù che custodisce il diritto nella sua forma primitiva – ha scoperto molto presto i vantaggi che possono nascere dal rivendicare di essere il riflesso nella società, di un *ordine necessario delle cose del mondo* che il crimine ha violato, sicché col punire il responsabile, o chi sia creduto o fatto credere responsabile, esso da sempre *rinsalda la sua autorità*.

Le classi subalterne – i deboli – sono sempre state il più facile dei bersagli su cui incanalare e dar sfogo alle paure profonde della società.

Può anche accadere l'inverso.

Qualche contro potere nella società usa l'attribuzione della colpa per il dis-astro, nel modo opposto, per dimostrare l'ingiustizia e l'inettitudine del potere stabilito.

Oggi non è più così?

Rinvio al paragrafo 10 e 11.

3.

Il sorgere della scienza, ha distaccato la legge della necessità della natura dalla legge della necessità della vita sociale.

Così scrive Kelsen in *Società e natura*.

Finalmente distinguiamo bene natura e società?

Finalmente abbiamo perso il pessimo vizio di imputare eventi naturali che seguono a interpretazioni sociali tendenziose che usano l'ignoranza scientifica delle masse per proprie finalità?

L'ottimismo di Kelsen è figlio del suo tempo.

Tracciare linee nette di confine, tra noi – i moderni – che imputiamo eventi sulla scorta della ragione incarnata nella scienza oggettiva, e loro – i primitivi che credevano agli spiriti e alle potenze sovrumane – non è, forse, così facile come vorremmo.

L'imputazione oggettiva dell'evento segue, per secoli ancora, vie traverse che con la scienza hanno poco o nulla a che fare.

Non dovrebbero essere ammesse troppe ingenuità.

È sempre questione di potere e di lotte di potere dentro e fuori la società, dentro e fuori lo stato.

4.

Con questo non voglio certo dire che la scienza non abbia profondamente modificato la nostra immagine del mondo.

La svolta della scienza moderna è la codificazione di un metodo della conoscenza delle leggi della natura (Galileo e Bacone) rivoluzionario, che demanda al tribunale dell'esperienza empirica, la natura, l'accettazione o meno di qualsiasi credenza su come stanno le cose nel mondo, cioè nella natura.

La scienza, per secoli si è, però, fondata su una credenza – *che affonda nella religione* – che ha continuato a essere ottimistica e rassicurante.

L'ordine contro il caso, o caos.

Il mondo di Galileo e poi di Newton resta, infatti, ancora *il mondo governato da leggi naturali universali, cioè necessarie*, la cui conoscenza non solo è possibile e un giorno diventerà completa, ma è una conoscenza che, una volta acquisita, ed è questione di tempo, renderà possibile la spiegazione e la previsione dell'intero divenire, quello passato e quello futuro (Laplace).

5.

Scienza e filosofia cooperano – con la politica, per la fondazione della modernità, cioè il mito di un ordine naturale che l'uomo può trovare nella natura purché lo cerchi come si deve – perché solo così, con la scienza, la natura può essere ridotta a oggetto di dominazione umana – e, assieme, l'una e l'altra costruiscono l'altro mito della costruzione di un ordine artificiale imposto nella società – nella quale sia possibile e anzi indispensabile la dominazione di qualcuno sui molti nell'interesse di tutti, che avviene col diritto – e tutto questo deve avere una base certa e incontrovertibile.

Una filosofia e una scienza fondazionale servono ad una politica fondazionale, e su questo unisono si erge la modernità (Baumann, *Modernità e ambivalenza*).

Lo Stato di Hobbes (che Baumann chiama lo Stato “giardiniero”) mette in pratica l'aspirazione filosofica fondazionale e edifica su fondamenta altrettanto granitiche il nuovo ordine della società.

Tutto quel che non si lascia irretire in quell'ordine necessario, cioè il caso, o caos, l'incerto, l'ambivalenza, resta fuori, è *off limits*, erbaccia da eliminare.

Tra le erbacce ci sono anche molti uomini, rifiuti sociali di vario genere, per i quali non c'è posto nell'ordine.

Non so quando il diritto ha cominciato a definire la causa come condizione necessaria, ma non è difficile supporre ch'essa sia erede della medesima *strutturazione ideologica del mondo* secondo un ordine implacabile che solo leggi necessarie garantiscono, nella natura e nella società.

La causa come necessità incatena la condotta dell'uomo all'evento e, quindi, rende fatale, quasi inesorabile, l'imputazione di quest'ultimo all'uomo (cui, forse anche per altre ragioni, l'evento deve essere imputato).

Nessuno può protestare per il destino che gli tocca.
Il destino è necessario.

6.

Hume scriverà che *la necessità non esiste* (l'osservazione che ad A succede invariabilmente B, non equivale a dire che ad A deve succedere B).

Hume manda in soffitto la causa, almeno la causa come necessità.

La sfida di Hume è radicale.
Mette in discussione la stessa possibilità della scienza.

Se non c'è alcuna necessità, tutto è caso, e nulla può essere spiegato o previsto.

Kant, svegliato da Hume dal sonno dommatico (parola sue), porta la causa, cioè la necessità, fuori dal mondo e la stabilisce nell'Intelletto, e la caratterizza come categoria a priori cioè (una delle) condizioni di possibilità dell'esperienza fenomenica.

Il prezzo da pagare che per Kant non si può non pagare, però, è la perdita della conoscenza della cosa in sé, cioè del fatto, così com'è per davvero nel mondo, là fuori.

Hume o Kant?

Il successo della fisica di Newton è, però, talmente straordinario (promette di spiegare che tutto nel mondo invece segue la necessità) che, per secoli, la scienza non si fa troppe domande sulla tenuta del proprio fondamento empirico e razionale e non si lascia coinvolgere dai dubbi scettici della filosofia.

Il problema di Hume, il problema del fondamento dell'Induzione, e, quindi, la credibilità della scienza come conoscenza provata dai fatti, resta sul tavolo della filosofia, ma non

passa a quello della scienza e resta, quindi, irrisolto, senza che alcuno se ne debba lamentare.

La causa come necessità regge.

7.

La probabilità – che è nata come branca della logica e della matematica nella seconda metà del diciassettesimo secolo (Pascal e Fermat) – esprime *una logica alternativa a quella della necessità*, tende a trattare intellettualmente proprio il caso, o il caos, il dis-ordine e, forse anche per questo, la rivoluzione del pensiero che essa preannuncia resta a lungo ai margini del mainstream della storia delle idee.

Garbolino e Morini (così come Popkin, *Storia dello scetticismo*) hanno ben spiegato che probabilismo fa rima con tolleranza, dogmatismo col suo contrario.

Il probabilismo sostiene che la ragione non sta in A o in B, ma, probabilmente, in qualche luogo di mezzo, che, pian piano, col progresso della teoria matematica applicata alla probabilità, forse si potrà quasi intravedere (anche se c'è chi dice di no).

Il caso o caos non è decidibile con il paraocchi della certezza.

La prima rivoluzione probabilista non produce effetti davvero decisivi.

Il dogmatismo, che è anche il risultato della tendenza umana, a costruire certezze contro il terrore del divenire casuale delle cose, è un potente motore della storia delle idee dell'occidente.

Cambierà tutto tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.

La fisica di Newton cade e nessuno l'avrebbe mai potuto immaginare.

Con la caduta della fisica di Newton, cadono anche i modi consueti di pensare la conoscenza umana.

Nessuno più crede come aveva creduto sino ad allora che la conoscenza sia *conoscenza dimostrata* né coi sensi né con l'intelletto.

Nemmeno la scienza ha più questa aspirazione.

La causa si sbriciola tra le mani di chi la vorrebbe usare.

Hume torna alla ribalta.

8.

La conseguenza è potenzialmente disastrosa: l'intero sistema delle idee sulla conoscenza umana subisce, nel corso del XX secolo, uno *tsunami*, un'onda scettica radicale, che metterà in discussione ogni cosa, compresa la scienza (Lakatos).

Dopo i primi tentativi (Wittgenstein) di provare a rifondare la scienza sul mattone dell'"*enunciato protocollare*", cioè del resoconto dell'esperimento e dell'osservazione della scienza, cioè sul fatto empirico, già con la seconda generazione dell'empirismo logico (Neurath), non si crederà più neppure nel valore assoluto dell'"*enunciato protocollare*", cioè del fatto, che è sempre, più o meno, contaminato dalla teoria che dovrebbe dimostrare.

Che cosa sia fatto e che cosa non sia fatto dipende, alla fine, da una convenzione (Popper).

L'oggettività della scienza è l'intersoggettività della comunicazione tra scienziati, capaci di intendersi perché si sono previamente accordati su un insieme di regole con le quali stipulano che cosa sia un "fatto provato".

La necessità non si vede e quindi non c'è.

*La necessità, quindi, non esiste, dicono i positivisti logici.
Al più c'è la probabilità.*

Avviene – secondo Morini – la seconda rivoluzione probabilista.

La sfida nuova è conoscere – almeno con un certo grado – l'incerto, perché è quasi tutto ormai è incerto.

La probabilità è il guanto della sfida.

Se necessità è conoscenza *dimostrata*, probabilità è tecnica umana di acquisizione di gradi di conoscenza *non dimostrata*.

La statistica – progressivamente raffinata e sofisticata – diventa la spina dorsale di ogni sapere scientifico intorno al mondo, ma anche intorno alla società e all'uomo.

9.

Il diritto, però, percorre la sua strada.

La necessità regna sovrana.

La probabilità getterebbe nel diritto problemi che il diritto non saprebbe maneggiare, tantomeno risolvere.

10.

Riprendo per un momento il filo che avevo interrotto al paragrafo 2.

Ho accennato prima all'uso sociale o politico dell'imputazione dell'evento, che si rinviene nelle società umane pre-scientifiche.

La questione dell'imputazione oggettiva dell'evento dannoso all'uomo, infatti, non può essere trattata, almeno per me, nemmeno oggi, nelle iper moderne società contemporanee, come se fosse solo una questione tecnica, cioè solo come uno dei punti di intersezione più interessanti tra diritto e scienza.

La causa rilevante per il diritto è questo ma *essa è anche molto di più e molto di diverso*.

Che cosa sia questo lato oscuro, non è facile dire.

Dicevo, dappprincipio, che la parola *aitia* è polisemica.

Fa rima con responsabilità *tout court* perché essa è il cardine fondamentale della porta del diritto.

È naturale attendersi, quindi, che su ciò che sia o non sia causa, possano crearsi pressioni, tensioni o addirittura guerre sociali, che il linguaggio consueto della dottrina non può né vuole vedere.

È la faccia nascosta della luna.

Con la rivoluzione della scienza, quindi, molto cambia, certamente, *ma non tutto*.

Più il mondo è complicato, più forte è la tentazione del diritto di semplificarlo, non curandosi o non curandosi troppo del metodo incerto che le scienze cominciano a costruire per decifrare quel mondo.

Non è più così, oggi?

11.

La ragione della scienza ha illuminato tutti e per primo il diritto?

Forse dovremmo spingere la sonda dell'analisi più a fondo del consueto e per una volta almeno dire quel che tutti sanno e nessuno dice.

La terra trema e uccide uomini e noi, non potendo processare la natura, facciamo un processo... alla scienza (un Tribunale ha condannato una commissione scientifica non per non aver previsto il terremoto, ma per aver detto la verità della non prevedibilità dello stesso), e insieme anche allo Stato che non ha previsto il terremoto o non ha evitato che avesse le disastrose conseguenze che ebbe.

Accade una frana, o una valanga, o un nubifragio e facciamo un processo a qualcuno.

Il dissesto idrogeologico del bel Paese esiste da sempre (e sempre esisterà) e noi mettiamo in piedi l'unica risposta sociale che sappiamo allestire – un bel processo a qualcuno per mettere una pezza al terrore che attraversa la società di fronte all'erompere della violenza della natura – dopo di che con stupefacente facilità (il pericolo è ormai passato e poi in definitiva non ha toccato noi) torniamo a dimenticarci di chieder conto allo Stato se ora siamo al sicuro oppure no.

Anche il distacco di un seracco dal Monte Bianco con conseguente valanga che uccise qualche sciatore, generò un processo.

I pazienti che vanno dal medico muoiono o non guariscono e facciamo migliaia processi all'anno ai medici che non l'hanno salvati, imputando al singolo medico quel che imputiamo alla sua scienza, di non aver mantenuto le promesse salvifiche che la scienza per prima non aveva fatto ma in cui avevamo tutti creduto.

Uomini muoiono di tumore e, spesso dimenticando che un terzo di noi morirà di tumore, facciamo processi all'industria in cui hanno lavorato, perché *questo è l'ultimo bagliore possibile di una lotta per provare a sanare l'ingiustizia della società* che oggi, dacché non è più di moda parlare più di classi e di lotta di classi perché la storia è... finita (o così ci fan credere).

Gli immigrati colpevoli di morire di fame, ma soprattutto di turbare il paesaggio sociale, che vogliamo lindo e ordinato, sono trasformati in potenziali terroristi – così chi può e vuole dirotta su un bersaglio di comodo *l'attuale disgregarsi della società cui non si è capaci di dar rimedio* – e a molti poveracci si imputano anche piccole cianfrusaglie penalistiche tanto per tenerli umiliati e segregati come bestie infette.

Il diritto si presta ad usi e abusi di ogni genere.

Talora è il potere ad attivare la macchina punitiva, per deviare la paura collettiva verso bersagli comodi, talaltra – di questi tempi – qualche contropotere getta nel processo fatti senza smascherare la pulsione ideologica che li motiva.

12.

La fenomenologia dei casi in cui *il fatto di natura continua ad essere trattato come un fatto sociale* con o senza la scienza, ovvero con l'una o l'altra interpretazione della scienza, è molto più vasta di quanto io possa sapere.

Il *senno del poi* è una comoda matrice di infinite possibile accuse per i più svariati usi.

C'è sempre un modo – un pretesto – per fare un processo a qualcuno per qualcosa, *sol che lo si voglia*.

Contro chiunque per qualunque cosa.

Oggi come ieri.

Scienza e non scienza.

Anche la scienza, infatti, può essere flessibile come un giunco.

Questo non significa che il dissesto idrogeologico non ci sia e che non tocchi a qualcuno pensarci, così come non significa che i medici non commettano errori (e i giudici?), o che molte fabbriche non dovrebbero essere vincolate all'osservanza reale di *standard* di emissione sicuri.

Il problema è che i processi non si fanno solo, per questo, anzi, il più delle volte si fanno per *altre ragioni* che sarebbe più onesto portare alla luce ma è più facile tener nascoste.

Dopo i processi, tutto, infatti, resta più o meno come prima.

La società era ingiusta e tale resta anche dopo il processo, qualunque ne sia l'esito.

Il diritto non è servito ad alcunché se non a legittimare se stesso e la propria casta sacerdotale.

L'uso politico – forensic scrive l'antropologa Mary Douglas – della dis-grazia – o del disastro (letteralmente cattiva stella, e la parola, come si sa, è parte del lessico giuspenalistico contemporaneo) – cioè *l'interpretazione* sociale dell'evento stesso come dannoso o – ancor più sfumato – come pericoloso e la conseguente *attribuzione della responsabilità all'uno o all'altro uomo o gruppo nella società*, è sempre esistito, ieri quando la scienza non c'era, e oggi, che abbiamo la scienza, *e quest'uso – che raramente si rivela per quel che è – non è mai stato innocente né ieri né oggi*.

Il fossato tra i pre-moderni (i primitivi) e noi, non è mai stato... un fossato.

Tornerò sul tema, a proposito delle teorie culturali del rischio, aperte dall'antropologa Mary Douglas a partire dagli anni '70 del secolo passato.

Douglas parla del nostro mondo, non del mondo dei nostri avi primitivi.

Come ho accennato anche Beck spinge l'analisi sotto le apparenze.

13.

Il discorso sull'uso della causa nel diritto è, quindi, profondo e difficile e riguarda la storia – credo tutta da scrivere perché sarebbe la vera storia del diritto – *dei meccanismi reali* e mutevoli nel tempo e da luogo a luogo dell'attivazione, funzionamento e risultati che la macchina penalistica offre alla società punitiva che ne fa domanda (l'espressione è di Foucault).

Oggi che *il diritto cade a pezzi*, come quasi tutto in questi tempi, è naturale che, usando quel che pare che resti del diritto, prorompano le volontà di potenza individuali di questo o quel PM o di questo o di quel giudice.

Qualcuno oggi ha coniato l'espressione "populismo giudiziario".
Oggi è peggio di prima perché le fondamenta del diritto tremano.

Come ho già detto il terreno di coltura di questi fenomeni patologici che vanno peggiorando di giorno in giorno, è *la profonda difficoltà del diritto contemporaneo a produrre verità e giustizia*.

Su questa palude, dove tutto può essere vero e falso e la giustizia è diventata affare privato e soggettivo, come potrebbero non nascere nel Diritto populismi d'ogni lega?

Populismo è uso del diritto per fini che non dovrebbero essere i fini del diritto.

La dogmatica non considera questi problemi degni di riflessione – anche se sono i problemi del perché e del come i processi sono fatti e poi finiscono o non finiscono.

14.

Torno alla causa in senso più restrittivo, cioè all'analisi concettuale di causa e ad una brevissima, e assolutamente insufficiente, genealogia moderna delle vicende della causa nel diritto.

Finché può il diritto tiene la probabilità fuori dalla porta.

Ad un certo momento, molto vicino a noi, anzi pochi anni fa, la resistenza cede.

Diventa semplicemente impossibile decifrare il mondo senza usare tecniche di pensiero più sofisticate.

La probabilità, infatti, irromperà dalla finestra come uno spettro completamente ignoto che nessuno, se non pochissimi, sanno maneggiare.

Il diritto andrà in crisi.

Questa è la storia che provo a raccontare.

PARTE II

1.

Il legislatore del 1930 non ha alcun interesse al dibattito extra giuridico intorno alla causa, anche se ha il pudore di non definire il concetto di causa che, nel frattempo, si è fatto assai arcano.

Arturo Rocco preferisce che sia la dottrina nel consueto fecondo dialogo con la giurisprudenza a dire che cosa sia o non sia causa nel linguaggio del diritto.

Nei primi decenni del XX secolo, nel mondo delle idee la causa come necessità, è morta. Non nel diritto dove la causa come necessità impera.

La dogmatica sulla causa, prima di Stella resta quasi ingenuo, almeno in Italia.

La *condicio sine qua non* pare un comodo e praticissimo espediente.

Tra le condizioni necessarie antecedenti a B è quasi sempre facile stabilire se vi sia anche la condotta dell'uomo A.

Basta l'esperimento mentale del controfattuale.

Elimino con la mente la presunta causa e vedo – sempre con la mente – se l'effetto si sarebbe verificato comunque e nello stesso modo e tempo.

Gli esperimenti mentali che il giudice fa nei processi, sono, per lo più, talmente semplici che il giudice nemmeno si accorge di averli fatti.

La risposta al controfattuale è, cioè, quasi sempre nelle cose, automatica ed autoevidente.

La causa non è mai stata un gran problema nel diritto.

Perché?

Perché i fatti gettati nel processo erano quasi sempre per lo più ontologicamente facili.

Perché?

Perché il diritto è stato pensato per trattare fatti che sono espressione di comportamenti delle classi subalterne, la “normale” devianza dei deboli, quasi sempre ben conosciuta nella sua fenomenologia empirica, facilmente definibile ed etichettabile, perché perseguita da sempre.

Tra la parola del diritto e il fatto empirico la distanza il più delle volte era breve.

Bastava il senso comune e/o il buon senso.

Quando il diritto proverà a farsi carico anche dei crimini delle classi dirigenti, dei potenti, tutto all'improvviso diventerà più difficile, opaco e ambiguo.

Distinguere i fatti dai non fatti, alcune volte, diventerà molto difficile. Capire e soprattutto decidere i nuovi fatti richiederà competenze specialistiche che i giudici non hanno, così come non l'hanno i PM, o gli avvocati, e tantomeno la dottrina.

Colpa dei fatti che sono riottosi a stare nel letto di Procuste del diritto o colpa del diritto che è stato concepito per essere cieco e impotente di fronte a quei nuovi fatti?

La macchina fatta dal diritto non è fatta per colpire quelli nel cui interesse il diritto è stato fatto.

L'ingiustizia è il diritto – che è ingiusto per tutti, senza distinzioni tra deboli e potenti – o il diritto è ingiusto perché pare potersi applicare solo ad alcuni, i deboli e non ad altri, i pochi, i potenti?

O tutte e due le cose?

Non erano questi, però, i problemi, di allora, del 1930 e nemmeno i problemi dei decenni successivi della storia del diritto.

2.

Il problema della causa, che, semmai, che tormentava il diritto era l'inflazione delle condizioni necessarie.

Come e dove arrestare il regresso altrimenti infinito delle condizioni necessarie? come attenuare l'inesorabile rigore della condizione necessaria, che non lascia scampo ad alcuno?

Quid se una madre nel mettere al mondo il figlio, si rappresenta mentalmente e fortemente vuole che un giorno suo figlio – di sua iniziativa – uccida Tizio, e trent'anni dopo accade davvero?

A rigore c'è la condizione necessaria – la procreazione dell'assassino (se non fosse nato di certo non avrebbe premuto il grilletto) – e c'è anche il dolo.

La madre è complice del figlio?

Il caso non è per nulla peregrino (Stella userà *mutatis mutandis* il medesimo argomento in un celebre processo).

Ci vuole un freno.

Senza un freno, ogni reato, in un modo o nell'altro, può esser fatto risalire al peccato originale di Adamo ed Eva, e ogni criminale potrebbe chiamare in correità gli illustri antenati (l'ipotesi è meno peregrina di quanto possa apparire... la religione cattolica lo crede tuttora – l'indole cattiva ci viene dal fatto altrui, dal peccato originale, anche se l'argomento funziona male come scusante nei tribunali).

Nascono nuove idee che si innestano sullo stesso terreno.

La causa adeguata.

La causa umana.

I nuovi nati non aspirano a spiegare, perché non c'è nulla da spiegare, tutto è chiaro, ma *a correggere il rigore della condizione necessaria*.

Idee deboli, come sempre (che cosa è adeguato e che cosa no? che cosa è eccezionale e che cosa no?) ma nessuno se ne cura troppo.

S'intravede, però, *in nuce*, la necessità del ricorso a generalizzazioni per spiegare il fatto. *L'id quod plerumque accidit*.

Le massime di esperienza.

Formule vuote di senso, ma, in giro, non c'era granché di meglio *e soprattutto non era necessario molto di più*.

Il giudice sapeva quasi sempre come fare.

3.

Il problema della causa nel Codice Rocco (1930) sembra stare tutto nello scioglimento dell'enigma dell'art. 41 capoverso.

Che cosa sono le "cause sopravvenute da sole sufficienti a produrre l'evento"?

Si sentono ancora le sirene dell'autoambulanza che porta il ferito in ospedale dopo uno scontro a fuoco, e poi il fragore di ferraglia, perché, nel tragitto, l'ambulanza ha un incidente, si capovolge, e il ferito, che forse non sarebbe morto per il piombo, decede.

Perché, poi, sempre l'art. 41 cpv vuole che rilevino nel rompere la causalità tra condotta ed evento solo le cause sopravvenute e non anche quelle preesistenti o simultanee che pur fossero state anch'esse sufficienti a produrre l'evento?

Enigmi di tal fatta possono essere allegramente discussi fino alla fine dei tempi, senza ovviamente poter sperare di venir a capo di una qualsiasi soluzione che sia... una soluzione.

Crampi mentali, li ho definiti prima.

Come la causa alternativa ipotetica (il colpo di pistola che uccide l'uomo che sta per sedere sulla sedia elettrica per essere giustiziato) o la causa addizionale o cumulativa (le pugnalate inferte dai congiurati a Cesare).

Quante volte è accaduto nella storia dell'uomo un simile evento (non la sedia elettrica, ovviamente)?

Io ho studiato la causa così.

Ho ancora nella memoria il caso dell'emofiliaco che muore anche per una ferita lieve, e, anche lui, come l'autoambulanza, mette in crisi il diritto penale.

Erano i primi anni '80... dopo Cristo, naturalmente.

Qualche volta, però, ... i casi ritornano sotto spoglie diverse.

La causa addizionale, infatti, resusciterà, perché, alla fine, contiene un problema vero.

Il problema della rilevanza causale dei periodi di esposizione ad amianto nel decesso del lavoratore, corrispondenti ai periodi di esercizio di poteri e doveri di garanzia da parte della schiera degli imputati che si sono succeduti nell'obbligo giuridico di impedire che l'esposizione causasse la morte del lavoratore, è un problema che somiglia molto a quello delle pugnalate a Cesare (o se volete del plotone di esecuzione in cui tutti i fucili sono caricati a salve e un solo è carico a pallettoni ma neppure il fuciliere sappia quale...).

Quale fu la pugnalata o la fucilata letale?

Quale fu l'esposizione letale?

Tutte, qualcuna, nessuna?

La causa alternativa non è il caso di chi uccide un uomo che comunque di lì a poco sarebbe morto lo stesso, per mano altrui.

La causa alternativa, a ben vedere, è la condotta che avrebbe impedito la causa dell'evento che il soggetto gravato dal corrispondente obbligo, doveva compiere e non compì.

Problema difficile, anche oggi.

Il diritto, come ho accennato, funziona a meraviglia quando razionalizza l'ovvio.

Il controfattuale, però – quando non è banale, e il più delle volte, come detto sopra, è banale – diventa improvvisamente fin troppo difficile – l’accesso e la conoscenza del mondo parallelo, dove giocare spostando gli eventi come con le pedine a dama, si fa molto enigmatico – e spesso è così enigmatico da diventare irresolubile o quasi, *soprattutto se il ragionamento pretende di stare nello strettissimo alveo della necessità.*

I dilemmi del diritto sembra avere questo di comune.

O sono banali o sono indecidibili.

Un altro enigma del diritto.

Nulla di male, però.

Finché il mondo è facile, anche la causa è facile.

Stella sarà il primo a smascherare il nulla che sta dietro la parola.

4.

Nel diritto penale in Italia, la rivoluzione scientifica ha effetti sulla nozione di causa rilevante per il diritto penale, solo nel 1975 (circa tre secoli e oltre dopo Galileo) – quando Stella pubblica *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale* – ed è stata poi codificata tal quale dalla giurisprudenza nel 1990.

Apparentemente con Stella cambia tutto.

Stella scopre che il controfattuale funziona solo se chi fa la domanda (se elimino mentalmente A, B si sarebbe verificato o no?), conosce già in anticipo la risposta.

La risposta c’è sempre, nei casi facili, e la risposta è il prodotto del senso comune.

Nei casi facili, quindi, del controfattuale non c’è gran bisogno, perché che A sia stata *condicio sine qua non* di B è auto-evidente.

A dire il vero, in casi così, non c’è gran bisogno neppure della dottrina, ma questo Stella lo lascia pensare e certo lo pensa, senza però dirlo.

Ci son o casi, però, che sfortunatamente non sono così facili.

Stella sente nel 1975 che nel mare del diritto penale che di lì a poco sarebbe cambiato tutto.

Il mondo dei fatti che sarebbero entrati nel processo penale, improvvisamente, avrebbe resistito, beffardo, al consueto trattamento concettuale del senso comune che il diritto penale può ad esso applicare.

Talidomide, Vajont, macchie blu sono solo l'inizio.

5.

Stella avverte che i dilemmi che saranno gettati nel processo penale potrebbero diventare indecidibili col diritto penale.

Stella pensa più o meno così.

“Prendete il caso del talidomide. Eliminate pure col pensiero, la condotta A (ad esempio l'ingestione di talidomide) e poi provate a rispondere se l'evento B (la malformazione del neonato) si sarebbe verificato oppure no. Ebbene? Quel che sappiamo è che *qualche volta* l'ingestione di talidomide è seguita da malformazione e *qualche volta no*, che *qualche volta* la malformazione non è preceduta da ingestione di talidomide, e *qualche volta sì*. Come la mettiamo? La ingestione di talidomide da parte della madre è *condicio sine qua non* della malformazione del neonato X? Il senso comune tace e il diritto penale tace. Nessuno di noi può rispondere perché *nessuno di noi sa come rispondere*. L'ignoranza è imbarazzante, ragazzi. Che cosa facciamo, allora?”.

Con Stella, due sistemi di credenze – diritto e scienza – sino ad allora lontani e incomunicabili, due sistemi che hanno in comune la medesima vocazione di dominio e di potenza sulla società e *che hanno lavorato all'unisono per tanto tempo per supportare la politica* – entrano in rotta di potenziale collisione.

A rompere l'alleanza è la volontà (sacrosanta) – che insorge quasi all'improvviso, più o meno negli anni '70 del secolo passato – che il diritto – la macchina fatta per i crimini dei deboli – provi a colpire anche i crimini (o presunti tali) dei potenti, ad esempio delle industrie.

I crimini dei potenti diventano improvvisamente visibili.

La resistenza degli interessi si farà accanita.

Stella non ha, però, questi pensieri, nel 1975.

Quando la risposta al controfattuale non sta nel senso comune, dove sta?

Stella risponde nell'unico modo possibile.

La risposta sta nella scienza, cioè fuori dal Diritto.

Nelle partite la cui decisione implica la conoscenza di come “*le cose stanno nel mondo*”, tra diritto e scienza, vince la scienza, sempre.

Non era e non è una risposta scontata.

Il giudice tedesco – scrive Stella e ricordo quanto mi colpì – ha deciso il caso del talidomide non accettando la scienza, o, detto meglio, quando si è imbattuto nella incertezza della scienza e nella difficilissima decidibilità del fatto, *ha fatto da sé*, perché si è fidato nella capacità trascendente o trascendentale dell'intuizione dello spirito che è in lui come giudice, e, così illuminato, il giudice ha concluso che l'ingestione del talidomide aveva causato le malformazioni.

Più o meno come gli aruspici antichi.
O i sacerdoti delle tribù pre-moderne.
I periti peritorum.

Il problema culturale è più profondo, però.
Ne ho accennato prima.

I reciproci rapporti tra natura e società – e la divisione del lavoro tra scienza e diritto – non sono mai stati davvero chiari.
Non c'è solo un bianco e solo un nero.
Il Diritto è enigmatico per conto suo.

Che fare?
Ci sono due strade.

Il dilemma è se il diritto possa o anzi debba costruirsi da sé *una propria metafisica e una propria epistemologia* che abbia il pregio – se non della verità, perché.....non si può avere tutto – almeno di rendere prevedibile, almeno entro certi limiti, la sentenza del giudice, ovvero se, impossibilitato a ciò, per *intrinseci limiti linguistici e, per effetto di essi, anche limiti cognitivi*, il Diritto debba, comunque, attingere da fuori una metafisica e una epistemologia – ma anche un'etica – più accreditate e ragionevoli di quelle che potrebbe farsi da sé, e che avrebbero anche il vantaggio di essere più prossime al vero.

Non ho dubbi che la risposta giusta sia la seconda.
Non è, però, una risposta così facile, come forse Stella pensava, nel 1975.

6.

Il mondo delle idee – ad esempio il mondo della filosofia – in tutto il XX secolo è lacerato da divisioni profonde.

Ne so troppo poco per non accennare appena al tema.

La filosofa D'Agostini (*Analitici e continentali*) spiega la *summa divisio* tra filosofia analitica e filosofia continentale, che, almeno in parte, corrisponde alla distinzione tra scienze dello spirito e scienze della natura.

Di qua la filosofia analitica – nata a Cambridge e Vienna nei primi decenni del secolo e poi emigrata negli USA perché in Germania e Austria comincia a tirare brutta aria (uno dei fondatori del circolo di Vienna, Schlick, muore freddato da un antisemita folle) – che si pone come compito, unico possibile per la filosofia, la *chiarificazione della lingua della scienza*, cioè la progressiva riduzione della vaghezza della proposizione linguistica, di qualunque proposizione linguistica, ai suoi componenti fondamentali, riducendo e togliendo foglie come da un carciofo, fino a giungere agli “enunciati protocollari” della scienza, cioè *i fatti nudi e crudi* che sono la “base empirica” della Scienza.

Ho già accennato che questa posizione si rivelerà, di lì a poco, non sostenibile.

I fatti nudi e crudi non esistono, mai o quasi mai.

Il conoscere della scienza – e *a fortiori* qualsiasi conoscere dell'uomo – è anche e soprattutto interpretare il mondo alla luce di teorie, ma anche di visioni e immagini su come il mondo dovrebbe essere, pregiudizi da cui è impresa vana sperare di liberarci davvero (ma che possiamo ridurre... se li conosciamo). Questo non significa ancora che la scienza non abbia comunque una base empirica – forse non del tutto trasparente né innocente – che solo essa, la scienza può indagare e capire con la dovuta accuratezza dovuta ai metodi che impiega. Non significa, cioè, che la scienza non sia, come invece è, il sistema umano di credenze sul mondo comunque più affidabile e rigoroso.

Di là, o meglio di qua, vicino a noi, la filosofia continentale – una complicatissima galassia di saperi, dalla fenomenologia, al neo kantismo, Heidegger, l'esistenzialismo, l'ermeneutica, il post marxismo della scuola di Francoforte strutturalismo e post strutturalismo – che, in genere, con accenti molto diversi tra loro, manifesta un atteggiamento tutt'altro che reverente verso la scienza, talvolta mostrando altezzosa superiorità talaltra semplicemente segnando i confini delle rispettive competenze, talaltra mostrando solo crassa ignoranza.

La divisione sembra insormontabile.

Wittgenstein scrive, a chiusura del *Tractatus logico-philosophicus*, che di quel di cui non si può parlare si deve tacere (si può parlare solo di scienza, chiarificando la lingua della scienza, il resto è *flatus vocis*).

Il filosofo austriaco non è uno scienziata. Tutt'al contrario. Gli affari davvero importanti per la vita di un uomo, per Wittgenstein, stanno fuori dalla scienza. Il problema è che questi affari, così importanti e profondi, *non sono dicibili coll'uso linguaggio ordinario*, se non sono riducibili a scienza.

Chi ci provi rischia crampi mentali.

Carnap dileggia Heidegger in un celebre articolo.

Heidegger, per certo, pensa di Carnap e della scienza, che essi possono solo sfiorare la superficie dell'essere.

Si è creata una frattura insanabile, almeno sul piano ontologico ed epistemologico nella conoscenza umana.

Dilthey mette a fuoco l'evento epocale, distinguendo scienza della natura e scienza dello spirito.

7.

Dove sta il diritto?

Di qua o di là?

Il diritto ha radici profonde, non mi sono ancora stancato di dirlo.

Non è concesso nessun ottimismo superficiale.

Il diritto non è scienza, ma non può fare a meno della scienza se non vuol rendersi, nel breve o medio periodo, ridicolo.

Il diritto, però, non è solo scienza, e qui sta un problema non da poco perché che cos'altro di diverso ed oscuro esso sia, non lo sa dire nessuno.

8.

Il contributo di Stella però non potrà mai essere sopravvalutato.

Stella, rifiutando le filosofie antiscientifiche che fioriscono soprattutto in Germania, e sostenendo la filosofia della scienza del positivismo o empirismo logico (nato tra Cambridge e Vienna), compie una *piccola rivoluzione nel nostro piccolo mondo antico*.

La dottrina germanica del diritto ovviamente fertilizza nell'*humus* della cultura germanica che – salvo rare eccezioni – guarda con un certo distacco alla scienza della natura, intenta com'è a scalare le vette o a scendere negli abissi dello spirito.

Da noi, ancor oggi, il penalista è educato dal maestro all'apprendimento del tedesco, prima dell'inglese, ed è addestrato a riconoscere da subito o quasi che la dottrina germanica del diritto e del diritto penale in particolare è superiore alle altre, scava e vede molto più a fondo e molto più lontano delle altre.

Penso che nessuno abbia ancora studiato il *bias* che di certo percorre la dottrina italiana del diritto, a causa di questa genuflessione intellettuale allo spirito tedesco, cui quasi ogni neo adepto alla casta della dottrina – se davvero ambizioso – deve sottoporsi.

La piccola rivoluzione di Stella è ancor più importante se si pensa all'Italia.

In Italia il neo idealismo di Croce e Gentile, nei primi decenni del XX secolo, di fatto, ha tarpato le ali a ogni possibile nascente filosofia della scienza (cfr. la dura polemica tra Croce ed Enriques, illustre matematico, che perderà il duello col più illustre avversario filosofo, segna pesantemente la cultura italiana).

Il pregiudizio antiscientifico – per alcuni storici – risale ancor più indietro nel tempo.

La calda – quasi bruciante – raccomandazione della Chiesa Cattolica a Galileo di abiurare la colpa dell'orgoglio umano di aver saputo trovare da sé com'è fatto il mondo e di non essersi accontentato, invece, come avrebbe voluto Bellarmino, di ammettere solo d'aver fatto ipotesi buone per far tornare i calcoli, secondo alcuni, ha rallentato quei processi di razionalizzazione e disincanto della società (e quindi del diritto) che, invece, altrove, forse anche a causa della ideologia religiosa protestante (Weber), accelera vistosamente e trasforma il mondo (nel bene e nel male, come ho accennato).

Dire che la cultura italiana è scientificamente arretrata è un po' come sparare contro la croce rossa.

La filosofia della scienza nascerà in Italia solo nel secondo dopoguerra per merito di Ludovico Geymonat, ma resterà sapere di una ristrettissima *elite*, anche nei decenni successivi.

La cultura italiana è geneticamente impermeabile alla scienza.
È così ora, figurarsi allora.

La cultura del diritto è, se possibile, ancora più impermeabile alla scienza.
Oggi come ieri.

Una parte della cultura del diritto tutt'altro che irrilevante (soprattutto in Germania), pensa che il giudice non abbia bisogno della scienza.

Né ieri né oggi.

Il giudice è il *peritus peritorum*, no?
 Di scienza sa più dello scienziato.
 Dove gli viene tanta scienza?
Misteri della fede.
Guai trascurare, però, la potenza della fede!

La [pubblicazione su DPC del Reference Manual](#) e, a puntate, della storia americana che lo ha preceduto e seguito, testimonia che in altre culture, diverse dalla nostra, il rapporto tra diritto e scienza è più sentito che da noi.

Nessuna innocenza neppure laggiù, oltre oceano.
 Il movimento che dal vertice del potere politico e scientifico impone, a partire dagli ultimi due decenni del secolo scorso, *la riscolarizzazione al sapere scientifico di migliaia di giudici* negli USA, ha le sue spiegazioni apparenti e anche le sue spiegazioni latenti.

Nel fondo ci sono sempre guerra di interessi e di visioni del mondo.
 Meglio sapere di non sapere, però, e, quindi, provare a imparare che illudersi di sapere, o no?

9.

Il salto culturale che Stella impone sarebbe stato, quindi, notevole, ma così non fu.

Stella – che ha intuito che a cercare nel diritto penale non troverà nulla sulla causa che meriti di esser letto – gioca, con le carte che ha in mano, un gioco intellettualmente molto ardito.

Semplifico al massimo (sottintendendo che il lettore conosca perfettamente almeno quel che del pensiero di Stella si legge nella dottrina e nella giurisprudenza).

La causa come necessità è e deve restare per Stella un punto fermo.

Il contenuto con cui Stella riempie il contenitore della causa come necessità, sono i modelli di spiegazione della scienza, costruiti da Hempel, capofila del positivismo logico, l'uno, il modello nomologico-deduttivo, d'ora in poi N – D (quando il *nomos* di natura è universale), l'altro, il modello induttivo-statistico, d'ora in poi I – S (quando il *nomos* di natura è solo probabilistico).

Le leggi di natura, sono, insieme alle condizioni iniziali, l'*explanans*.

Il fatto, cioè l'apparire concreto nel mondo di A cui segue B, è l'*explanandum*.

Il giudice non deve far altro che sussumere l'*explanandum* nell'*explanans*.

Il gioco è fatto.

Il giudice, così, conclude Stella, trova quel che prima non aveva, la risposta all'esperimento del controfattuale.

Stella, però, non può trovare né qui né altrove quel che cercava.
Qualsiasi cosa abbia trovato, non è né può essere la causa come necessità.

Erede di Hume, la filosofia del positivismo logico, *ha cancellato dal vocabolario la parola causa* perché il suo significato assomiglia troppo a necessità, e la necessità, come detto, non esiste più da Hume o se esiste non è accessibile all'esperienza umana, è inosservabile.

Bertrand Russell si era permesso di dire che la causa è come la regina d'Inghilterra: chi dice che la causa è solo inutile sbaglia perché come la regina la causa è dannosa.

Anche Pearson e Mach considerano la causa un concetto inutile.

Stella ha, quindi, un problema.

Come costruire una nozione di causa valida per il diritto attingendo a una cultura della scienza che ha ripudiato la nozione di causa?

Torniamo nella torre d'avorio del diritto che autoproduce la cultura di cui ha bisogno?
Non si può.

Il controfattuale – quando è difficile – non è risolvibile col diritto e le sue produzioni autoreferenziali e nemmeno col senso comune.

È un bel paradosso.
Stella lo risolve da par suo.
Salta l'ostacolo con la forza che solo lui poteva avere.

10.

In breve, Stella riempie il bicchiere della causa come necessità, con un contenuto che è stato razionalizzato – in forma di spiegazione scientifica – da una filosofia – il positivismo logico – che non crede più, almeno da Hume, che esista una necessità.

Carnap ed Hempel che Stella legge e giustamente ammira, non credono alla causa, figurarsi alla necessità.

Stella crede a Carnap ed Hempel.

Stella, però, crede ancora alla causa come necessità.

Stella non si fa la domanda "dov'è la necessità tra ingestione di talidomide e malformazioni?" perché sa che, comunque, la necessità lì, da quelle parti, non c'è e non si troverà mai. Però Stella non abiura la necessità.

Stella, nemmeno lui, osa superare le colonne d'Ercole della causa come necessità.

Perché quest'atto di fede?

Qui si vede all'opera l'ideologia occulta del diritto.

La causa deve essere necessità anche se non è necessità.

La necessità dell'imputazione o l'imputazione come necessaria è *un dogma della fede*, - esattamente come la volontà libera e la prova certa B.A.R.D. di cui poi parlerò - perché c'è bisogno di un dogma di fede per creare l'aura destinale (così Benjamin) con cui il Diritto inesorabilmente e incontrovertibilmente inchioda l'uomo al suo peccato, *rectius* al suo reato.

Il diritto ha bisogno di quest'aura.

Il diritto è violenza, ricordiamo.

L'attribuzione dell'evento all'uomo che, per questo, subirà la violenza, deve essere fondata su una base incontrovertibile e potente (*ancora quasi sacrale*), perché solo così il diritto che infligge violenza può sperare di avere legittimazione e giustificazione.

Nel mio primo lavoro ho cercato di definire il nucleo del diritto attraverso tre parole chiave.

Necessità, volontà, certezza.

Ora parliamo di necessità.

Poi di volontà e poi ancora di certezza.

I fili che legano le tre parole sono il nucleo del diritto.

Il problema è che il filo non c'è più o non si vede, ormai, e pare, ormai, solo un trucco capace di ingannare solo chi voglia essere ingannato.

11.

Stella ha cercato aria nuova nella filosofia della scienza, perché l'aria del diritto era, ormai, stata respirata tutta...

Stella, però, vede solo però la filosofia della scienza del positivismo logico che, fino al 1975, è stata tradotta in italiano.

Negli anni '70, i modelli standard della spiegazione scientifica, nomologico-deduttivo e soprattutto induttivo-statistico (la cui paternità, come detto, si deve far risalire ad Hempel) non sono più communis opinio nella filosofia della scienza.

Tutt'altro.

Stella, nel 1975, non lo sa – e forse sarebbe stato difficile capirlo anche per un filosofo di professione – e nessuno nel mondo del diritto glielo dirà mai, perché tutti sanno di sapere molto meno di lui.

C'è di peggio.

Nel 1975, il positivismo logico è già in crisi, insidiato e sopraffatto da mutamenti che avvengono dal di dentro del movimento e che poi sfoceranno, nei due decenni del XX secolo, in vere rotture, come la critica del neo-scetticismo.

La messa in stato d'accusa della “base empirica” della scienza – *l'accusa più grave che la filosofia possa muovere alla scienza* – significa che nessun enunciato protocollare – nessun risultato di nessun esperimento od osservazione – è puro cioè immune dall'influenza del non empirico, ad esempio della teoria, seguendo la quale l'esperimento e l'osservazione è stata eseguita.

Significa che ogni fatto pretende, qualcuno più qualcuno meno, un'interpretazione. Non significa che la scienza è un sistema di credenze, al pari dell'astrologia o dello sciamanesimo. Significa, però, che, d'ora in poi, *parlare di scienza è molto più difficile di prima.*

Comincia Popper – che Stella complessivamente fraintende, considerandolo, almeno *in pectore*, un adepto al Circolo di Vienna (che, invece, non lo ammetterà mai al suo interno) – perché Popper dell'empirismo logico è uno dei liquidatori – e poi proseguono altri.

La verità va in crisi, e, difatti, pare ai più parola ingenua.

Stella, però, nel 1975, non può vedere questo problema.

Lo vedrà, o lo intravedrà poi, nel 2001 e ne trarrà conseguenze opinabili.

12.

I modelli hempeliani che Stella importa nel diritto, incontrano i gusti della dottrina del diritto.

Pian piano tutti riscrivono i manuali e i commentari nel capitolo della causa, scalzando Antolisei, e sostituendolo, con sintesi più o meno eleganti e riuscite del contenuto del libro di Stella.

La novità piace, e anche molto.

Il modello nomologico-deduttivo, non è un'altra faccia del ragionamento deduttivo, cioè dimostrativo?

Non assomiglia al nostro sillogismo giudiziario?

Il giudice sussume già fatti in norme (cioè in *nomos* d'altro tipo), o no?

Qui il *nomos* è una legge di natura.

Non sarà troppo diverso, o no?

Il legalismo scientifico della natura, effettivamente, riecheggia la lontana e primordiale contiguità con il legalismo del diritto.

Alle origini erano una cosa sola.

13.

A tutti sfugge che Stella ha solo riformulato il problema da cui era partito.

Se il controfattuale della *condicio sine qua non* funziona solo se chi fa l'esperimento mentale sa già la risposta, allo stesso modo i modelli hempeliani di spiegazione, spiegano l'*explanandum* solo se chi deve spiegare, conosce, *prima di usare il modello*, la o le leggi della scienza che costituiscono l'*explanans* (e le condizioni al contorno, che non sono facili da individuare, ma che si possono individuare e selezionare anch'esse solo se si conosce in anticipo la legge o le leggi della natura che le rendono rilevanti, anche solo contingentemente).

Il problema è sempre lo stesso.

I modelli di spiegazione scientifica, cioè, servono a poco se chi li applichi non sappia già prima di applicarli quale sia l'*explanans* pertinente a spiegare l'*explanandum*.

Se chi li applichi, sa già tutto, che il suo *explanandum* sta nell'*explanans*, i modelli di spiegazione scientifica, servono... ancor meno!

Usare o non usare il modello, in questo caso, è la stessa cosa.

14.

Stella, scrive, e lo *slogan* è usato molto anche oggi, che il giudice non deve produrre scienza, perché la scienza la producono gli scienziati e il giudice deve solo consumare il prodotto finito.

Il giudice non è uno scienziato.

Il giudice crea diritto – l'abbiamo accennato – ma non crea scienza.

Anche questa volta, però, tutto è più difficile di quanto appaia.

Ho già accennato in altro lavoro che il *set* del processo che il diritto ha approntato, trae con sé, come non eliminabile conseguenza, che la scienza che va in onda in quel palcoscenico, recitata dai consulenti delle parti, *non è mai o non è mai lo specchio fedele della scienza della comunità degli scienziati* (ammesso che un siffatto specchio esista...).

Le tensioni agonistiche e antagonistiche del processo, distorcono, inevitabilmente, la scienza (ammesso che esista davvero una scienza che non sia, almeno in parte, anche una scienza costruita dagli scienziati), e rendono, come ho accennato, molto difficile al giudice trovare la via della verità.

Il giudice, almeno in qualche misura, *costruisce* scienza nel processo ed è inevitabile che sia così e *deve trovare la verità o almeno avvicinarvisi il più possibile*.

Impresa titanica.

O fatica di Sisifo?

Ne accenno ancora.

15.

Il giudice consuma scienza?

Dove va a prenderla?

La scienza che il giudice conosce è la scienza che le parti gli portano nel processo.

Non una scienza sola, pacifica e condivisa.

Ci sono nel processo almeno due scienza, l'una dell'accusa e l'altra della difesa.

Due immagini della scienza che sono sempre in conflitto tra loro.

Non possono essere entrambe vere.

Quale è il giusto *explanans*?

Hic sunt leones.

Ho accennato al problema dei problemi a proposito della verità.

Il processo penale, con la sua struttura epistemica dialettica, cioè fortemente agonistica e conflittuale, non prevede che le parti siano... un *amicus curiae*, tutt'altro.

Mi ripeto una volta di più.

Il processo penale, per sua logica, produce molta più *Junk Science* (da ambo le parti!) che non il contrario, cioè scienza buona.

Il giudice deve trovare la verità!

Deve decidere.

Nessuno, però, gli ha insegnato come fare.

Come distingue il giudice la scienza buona da quella cattiva?

Le sentenze, di qua e di là dell'oceano, che raccontano che la scienza è verificabile (primo positivismo logico) o falsificabile (Popper), come se le due parole non significassero filosofie della scienza opposte, probabile (Reichenbach e poi Suppes, Salmon, etc.) o non probabile (Popper e Lakatos), paradigma condiviso fino a che non avvenga una rivoluzione (Kuhn), relativismo più o meno stretto (o anarchismo metodologico alla Feyerabend) e ogni altra cosa che si voglia dire per provare a dire qualcosa intorno al problema più difficile di tutta la filosofia della scienza, cioè *valutare normativamente la scienza*, discernere quella buona da quella cattiva, possono essere un primo passo, cui, però, debbono seguirne ben altri.

Il problema è sempre lo stesso.

La scarsa conoscenza della scienza.

16.

Se anche il processo non fosse l'arena guerresca che è, per il giudice trovare la legge da consumare, cioè la legge più pertinente e più giustificata per fare da *explanans* del fatto *explanandum*, sarebbe comunque difficilissimo.

Che cosa sia legge scientifica, Stella lo dice.

La nozione di legge scientifica che Stella importa nel diritto, però, è la nozione di legge scientifica, accettata dall'empirismo logico, l'unica filosofia della scienza che Stella conoscesse.

La legge scientifica come regolarità, universale o probabilistica, nella successione tra A e B.

È un concetto povero.

È un concetto che dice che ad A segue B, ma non dice perché e in che modo A produca B.

L'empirismo logico, da Hume, ha fissato i suoi confini naturali, le sue colonne d'Ercole, che sono i confini dell'esperienza empirica.

L'esperienza ci rivela solo regolarità nella successione tra A e B. Oltre non si può andare. L'inosservabile – *il meccanismo causale* ad esempio – non può essere oggetto di scienza.

Con Stella – che sul punto scrive quel che è possibile scrivere dal punto di vista dell'empirismo – *il diritto svaluta, anzi azzera, la nozione di meccanismo casuale*, e con esso la nozione di causa che risale ad Aristotele, la causa efficiente, *la causa che spiega che cosa sta sotto la regolarità nella successione tra A e B, che non si accontenta dell'osservazione empirica, perché una regolarità di A che succede a B non è lo stesso che dire che A causa B.*

È una perdita con effetti potenzialmente gravi.

Uno degli effetti sarà che i processi saranno invasi, quasi colonizzati, dall'epidemiologia che, come dirò tra un attimo, è una scienza che non può far molto più che rilevare – *con la probabilità, cioè la statistica* e altri mezzi – se, date due popolazioni, una con A e l'altra senza A, si può dire che B segua ad A con una regolarità che non è, forse, l'effetto del caso.

L'epidemiologia non dice perché e in che modo A produca, cioè causi, B.

Scienza del black box, si dice.

Prima ho accennato alle pericolose derive relativistiche che vanno di moda nella storia delle idee nella seconda metà del XX secolo, quando il positivismo logico, che dà della legge della scienza una definizione cui Stella attinge, comincia a perdere colpi.

Ho più volte parlato di rinascita di pericolose derive scettiche.

Qualcuno dirà che non esiste la scienza né tantomeno il metodo della scienza.

Ora aggiungo che nel primo quindicennio del XXI secolo, la cultura delle idee sta nuovamente cambiando rotta.

Qualcuno ha scritto un libro dal curioso titolo.

Bentornata realtà (Bignami, et al.).

Qualcun altro (D'Agostini) chiede ironica dove fosse andata la realtà che ora è tornata.

Torna in auge il *realismo filosofico* (non quello ingenuo del senso comune), e, quindi, *torna in auge la causa*.

Il meccanismo eziologico.

La causa, appunto.

Una delle filosofe più impegnate nella costruzione intellettuale della causa nelle scienze è italiana, Federica Russo, anche se – tanto per cambiare – insegna all'estero.

Ella ha messo a fuoco i problemi e sta aprendo terreni culturali interdisciplinari tra filosofia e scienze (naturali e sociali).

Il volume *Causality*, scritto con Phyllis Illari, ha il sottotitolo "*philosophical theory meets scientific practice*".

Sempre Federica Russo ha promosso un lavoro collettivo, coinvolgendo filosofi e scienziati di ogni campo, per mettere sotto i riflettori della cultura i rapporti tra causalità e scienza.

Questa è la strada.

Vado troppo in fretta, però.

Ne dirò dopo.

17.

La influenza di Stella è così potente che nessuno può tirarsene indietro senza danni.

Anche chi lo critica (quasi nessuno, almeno *expressis verbis*) tende a muoversi lungo i binari che lui ha costruito.

I modelli di Hempel son due, N-D e I-S.

Non è vero.

Il modello è uno solo.

Leggi universali?

Forse le leggi universali non esistono proprio, almeno fuori dal campo della fisica (non della fisica delle particelle, ovviamente). Nella biologia, poi, è quantomeno improbabile che un qualsiasi fenomeno vitale si lasci spiegare da qualche legge universale (se non a livello generalissimo).

Forse le leggi universali sono sempre state, come ho accennato prima, un modo di costruire il mondo di stampo ideologico, utile per dare all'uomo l'illusione del controllo e del dominio sulla natura (e anche sulla società), ma non sono mai state un modello vero.

Una cosa, però, è certa.

Nella scienza che entra nei processi penali, le leggi universali – cioè i *nomoi* condivisi da qualche mitica comunità di scienziati – sono come l’araba fenice.

Dove anche ci fosse una legge universale, cioè un buon *explanans*, e fosse possibile per il PM fornire una prova come *dimostrazione* rigorosa della verità di una proposizione che denoti un nesso di causalità necessario, è, infatti, altamente improbabile che ci sarebbe... un processo.

Perché?

Perché la causalità non sarebbe una *res litigiosa* e i processi si fanno quando ci sono *res litigiosae*!

Dove c’è processo, vuol dire che la scienza, l’*explanans*, è quasi sempre incerto e controvertibile anche nella comunità scientifica.

Difatti è sempre così.

18.

In realtà, quindi, il modello è uno solo.

Il modello I-S.

C’è solo la probabilità.

E, quindi, la probabilità del... dissenso anche tra scienziati è sempre garantita.

La probabilità è l’opposto di necessità.

Se la necessità è un giardino ordinato, dove crescono leggi incontrovertibili e imperiture, e quel che accade non poteva non accadere, la probabilità è la giungla *del caso*, o se volete del *caos*, dove quasi tutto può accadere ma anche non accadere perché non è mai necessario che accada o non accada.

È andata così ma poteva anche andare in altro modo.

La probabilità, nel diritto, produce lo spettro che più fa paura.

L’*indecidibilità del diritto stesso*.

Stella, nel 1975, sfiora appena la probabilità.

I problemi veri, però, stanno lì.

19.

In questa situazione di sfondo era prevedibile che il tentativo di balzo in avanti che il libro di Stella poteva essere, non avrebbe cambiato granché.

Nel 1990, la Cassazione, decidendo un caso – il crollo dei bacini di decantazione dei reflui di una miniera che franando tragicamente causa la morte di centinaia di uomini – ridefinisce la causa del diritto penale con un taglia e incolla di passi interi di leggi scientifiche di Stella.

Stella, in quel processo, da avvocato delle parti civili, aveva spiegato la causa del crollo del bacino maledetto *senza dover ricorrere ad alcuna legge della scienza*.

La tesi causale era la seguente:

“Se il bacino non fosse stato costruito lì dove fu costruito, è certo che non sarebbe crollato ed è ancor più certo che nessuno sarebbe morto”.

Per evitare il pericolo dell'incoerenza tra avvocato e scienziato, Stella scrive nel 1990 – quando fa ristampare il libro del 1975 – che la condizione necessaria è anche la condizione necessaria di tutti i pensabili e possibili *iter* causali che hanno prodotto l'evento.

La tesi significa che il giudice può anche non accertare l'*iter* causale reale che ha prodotto l'evento.

Il meccanismo eziologico dell'evento è irrilevante.

Il ragionamento implacabile di Stella vale, porta cioè alla stessa conseguenza, l'imputazione dell'evento al peccato originale, anche se il bacino fosse stato costruito già all'origine e poi accresciuto secondo tutte le regole dell'arte e fosse crollato a causa di un terremoto o della caduta dal cielo di un frammento di asteroide.

L'astuzia della ragione?

No, il contrario.

Semplicemente Stella dà la prova che anche le formule linguistiche, restano forma se chi la usi non sa come riempirla di contenuto.

È un bel paradosso – un altro! – che la Cassazione abbia celebrato la dottrina di Stella proprio nel processo in cui Stella, per vincere il processo, si era divincolato dalla sua stessa dottrina!

Stella nel 1975 aveva posto un grande problema.

Il problema era il nodo del rapporto tra diritto e scienza.

Non aveva dato, ancora, però, la soluzione.

Aveva fatto molto, però.

L'unico principio di soluzione sarebbe passato per una acculturazione scientifica di massa dei giuristi alla scienza e ai loro metodi.

Non accade nulla del genere.

Nessuno ci pensa.

Che cosa succede dopo il 1990?

Nulla.

Cambia lo stile curiale delle motivazioni sulla causa e si riscrivono i capitoli dei manuali e commentari. È tutto ed ovunque un florilegio di citazioni sul modello di spiegazione scientifica, sussunzione dell'*explanandum* nell'*explanans*, e così via.

Nulla di più.

Sotto il vestito?

Niente.

Giudici e studiosi ripetono in coro il mantra.

Capendoci poco.

Come giudicano i processi i giudici?

Come prima.

L'intuizione infallibile dello spirito.

Poi coprono il tutto con la carta patinata delle leggi di... copertura.

Tutti, apparentemente, continuano, però, a tributare omaggio alla condizione necessaria, che, nel frattempo, è però morta senza che al suo posto sia nato alcunché.

Qualcuno la pensa diversamente, però.

20.

Ho detto che la dottrina del diritto – salvo Stella, ovviamente – non costruisce un concetto nuovo degno di considerazione intellettuale, da tempo immemorabile.

Forse mi sbaglio, però.

Secondo alcuni, una parte almeno della Cassazione post 1990, pur rigorosamente usando il modello di Hempel-Stella, si è mossa dalla *condicio sine qua non* verso la terra ignota dell'aumento del rischio, cioè della *imputazione probabile e non più necessaria*.

Da tempo si aggira qua e là – in viaggio dalla Germania – l’oscura teorica dell’aumento del rischio.

Finalmente qualcosa di nuovo?

Qualunque cosa sia l’aumento del rischio esso è una *riedizione della vecchia causa adeguata*, quella che era stata pensata per correggere i difetti della condizione necessaria, e, perciò, si porta dietro i problemi di vaghezza e indeterminatezza che quest’ultima non poteva certo aver risolto.

Nihil novi sub sole, allora.

L’aumento del rischio, intanto, non ha l’aria di un criterio di imputazione di un evento.

Il giudizio sull’aumento del rischio è un giudizio *ex ante*, prognostico, anche se... postumo. Si giudica cioè a cose fatte (come potrebbe essere altrimenti?), cioè sempre *ex post*, anche se il giudicante dovrebbe viaggiare all’indietro nel tempo e collocarsi *ex ante* al tempo della condotta, stimare probabilità (non si sa come) di accadimento di eventi futuri ma passati, facendo però finta di non sapere come sono andate le cose.

Non è lo schema di ragionamento del pericolo (Angioni)?

La somiglianza di famiglia tra aumento del rischio e pericolo, è sin troppo evidente per dover essere sottolineata.

L’aumento del rischio equivale, allora, al pericolo?

La causa, allora, è il pericolo?

La dommatica italiana, in prevalenza, non sdogana l’aumento del rischio, e si tiene stretta la condizione necessaria.

Siamo sempre, però, sulla superficie scivolosa delle formule vuote.

Nessuno si spiega chiaramente perché se lo facesse, dovrebbe ammettere l’inconcludenza di qualunque ragionamento che poggi su basi così malferme.

Meglio una causa che somiglia al pericolo, perché è un mero aumento della probabilità dell’evento stimata *ex ante*, – cioè l’aumento del rischio – o è meglio una causa sedicente condizione necessaria – giudicata *ex post* – che però non è più una condizione necessaria... perché è solo probabile, e quindi, alla fin fine, coincide con un aumento della probabilità, che è la stessa cosa dell’aumento del rischio che è la stessa cosa del pericolo?

Qualcuno, però, sostiene che l’aumento del rischio non è il pericolo e tantomeno la causa, ma è... la colpa.

Allora la causa somiglia al pericolo che somiglia alla colpa?

Lo sostiene, non senza ragioni, Marinucci.

Si parla, però, sempre della stessa cosa, solo con etichette diverse.

Chiedere un po' di fantasia e immaginazione intellettuale è chieder troppo?

Il diritto è davvero condannato a ruminare sempre la stessa erba mangiata da secoli?

21.

Il problema è che sotto l'etichetta, quel medesimo oggetto, l'aumento del rischio, non è sottoposto neppure ad una approssimativa analisi concettuale.

Pare quasi ch'esso sia auto – evidente.

C'è, quindi, un paradosso, un altro, il consueto paradosso del Diritto fatto di formule vuote.

Tutti o molti ne parlano ma nessuno spiega esattamente che cosa significhi “aumento” e che cosa significhi “rischio” perché nessuno lo sa e nessuno lo sa perché il diritto non dice né che cosa significhi aumento né che cosa significhi rischio.

Nessuno, quindi, sa che le due paroline nascondono abissi di insidie.

Qualcuno, per fortuna, però esce dal vago, dove è così buio che ogni animale è nero, e precisa che cosa intende per aumento del rischio.

Faccio un cenno breve – col proposito di tornarci – al ragionamento che, a quanto mi consta, è il più serio tentativo (autore Luca Masera) di dare contenuto razionale alla formula dell'aumento del rischio.

Masera, infatti, sostiene che l'aumento del rischio, *rectius* l'eccesso di mortalità, o frazione di rischio attribuibile (i nomi si sprecano) è *la misura o parametro previsto dal metodo di una scienza, l'indagine epidemiologica.*

L'autore è lapidario (si può ben dire).

Che l'indagine epidemiologica abbia rivelato un eccesso di mortalità nella fabbrica F rispetto alla popolazione fuori della fabbrica F per la malattia M, significa che la fabbrica, e quindi chi aveva il dovere giuridico di condurla secondo le regole, ha causato la morte di un numero di lavoratori, pari alla *differenza* tra i morti nella fabbrica e i morti fuori della fabbrica.

Sembra l'uovo di Colombo.

L'eccesso di rischio – per Masera – è un criterio di imputazione oggettivo che si giudica – sostiene Masera – *ex post* e quindi non è l'aumento del rischio (che la misura epidemiologica sia battezzata accertamento alternativo, conta poco o nulla), ma...

Che cos'è, però, quest'eccesso di rischio in epidemiologia?

Che cosa misura davvero?

L'autore ragiona così.

Tutti, ormai, sappiamo che un'indagine epidemiologica produce misure e stime che valgono per la popolazione e non per l'individuo.

Lo scoglio su cui secondo l'autore l'epidemiologia applicata al diritto va a sbattere, è che, dato un eccesso di mortalità, diciamo 5, nella fabbrica F rispetto a fuori della fabbrica F, *l'epidemiologia non può identificare i 5 morti che sono morti a causa del lavoro in F* distinguendoli dagli altri morti, che, pur avendo lavorato in F, sarebbero morti comunque anche senza il lavoro in F, perché quel numero è pari al numero dei morti osservato fuori F.

Ovviamente sto semplificando una situazione tipo, solo per poter discutere in poche righe il problema e la soluzione prospettata da Masera.

Il problema dell'identificazione è un vero problema?

Chi l'ha detto che l'evento dell'omicidio richieda l'identificazione nominativa della vittima?

Nessuno.

L'autore, su questo punto, ha ragione.

Hanno ragione, con lui, gli altri autori (pochi, il libro di questo autore, è poco digeribile per chi ha poca voglia di mettere in gioco il suo sapere e impararne di nuovo) che hanno accolto la nuova teoria.

C'è una domanda, però, che vien prima di quella che l'autore e i suoi proseliti non si fa. Lo scoglio vero è un altro.

L'eccesso di casi, 5, è davvero un eccesso, cioè, è davvero una differenza reale?

Masera usa, qua e là, l'espressione "certezza" per provare a dar la massima possibile forza epistemica alla conoscenza ottenuta con le misure dell'epidemiologia.

Qui il ragionamento, prima promettente, però cade.

22.

Certezza, da un lato, e forza epistemica di qualunque misura di un rischio in epidemiologia, dall'altro, quindi, anche l'eccesso di rischio, sono parole che vengono da ontologie e ed epistemologie tra loro incommensurabili, quasi da mondi diversi.

Non coesistono in un unico orizzonte di razionalità perché esprimono diverse forme di razionalità.

La razionalità dell'epidemiologia è, per definizione, la razionalità dell'incerto o meglio la razionalità del caso, ovvero del caos.

I parametri dell'epidemiologia, quindi, stanno e cadono con il contesto statistico all'interno del quale solo possono avere qualche senso.

Un eccesso di mortalità di 5 non significa mai tout court che tra gli esposti sono davvero morte 5 persone che altrimenti non sarebbero morte.

Una differenza di 5 può essere il normale effetto della variabilità dei risultati nell'ambito di un osservazione di un fenomeno o di una serie di fenomeni casuali che seguono certi modelli di distribuzione nello spazio e nel tempo.

Una differenza di 5 può essere un caso.

Se faccio una due o tre volte la stessa osservazione – su popolazioni che per quel che rileva – basta poco perché i criteri di inclusione nella coorte sono, di regola, piuttosto laschi – posso considerare *omogenee* a quella che mi ha dato il risultato in eccesso di 5 e faccio un confronto con la stessa popolazione fuori F, è possibile – anzi probabile – che osserverò la seconda e la terza volta numeri del tutto diversi rispetto al 5 che ho trovato la prima volta.

Potrei trovare un eccesso di 8, o un difetto di 10, ovvero né un eccesso né un difetto, cioè lo stesso numero di casi, dentro e fuori F.

Che cosa significa?

Significa che l'aver trovato una volta in F 5 casi in più rispetto a fuori di F, non vuol minimamente dire che ci siano *realmente* stati in F 5 casi in più che fuori F, perché quel numero potrebbe essere l'effetto di una *normale variabilità casuale* del fenomeno in osservazione.

Non è chiaro ancora?

Tirate un dado 10 volte e fate di aver ottenuto 6 volte 6.

Quanto scommettereste che nella seconda sessione di 10 lanci, il 6 comparirà ancora 5 o più volte?

Suppongo che ci sia gran resistenza a capire questo punto.

In F 5 uomini sono morti e fuori F ne sono morti 5 in meno.

Così pare, ma così non è, o comunque non è per nulla necessario che così sia.

Ora è possibile toccare con mano, quel che finora ho provato a spiegare.

Il numero 5, senza la contestualizzazione che deve avvenire con l'uso della probabilità, cioè con la statistica, è *un numero privo di senso*.

Masera non ha tenuto conto di questo problema.

La proposta teoria di questo autore ha, però, un gran merito.

Intanto il suo argomento ha un radicamento nella metodologia di una scienza.

Non è il mero *flatus vocis* di altri superteorici dell'aumento del rischio (capaci dell'impresa quasi sovrumana di scrivere centinaia di pagine senza spiegare che cosa significhi aumento e che cosa significhi rischio).

Proprio per questo, però, l'errore di Masera, che consiste nella evidente sopravvalutazione se non nel fraintendimento del parametro epidemiologico, perché lo *decontestualizza dalla probabilità cioè dalla statistica*, è almeno visibile, quindi, onesto, e può essere discusso con la ragione (e magari, perché no?, anche risolto).

Bisogna però aver ben chiaro di che cosa parliamo.

La statistica gioca con l'idea di un mondo governato dal caso, in cui nulla è necessario. Una grande lotteria o un grande gioco di dadi.

In questo mondo, fatto di innumerevoli sequenze di eventi che accadono (Emanuele Severino direbbe che sono eventi che vengono dal nulla, imprevedibili, e che sono destinati al nulla), la probabilità – coi suoi arnesi matematici sempre più affilati – cerca *le tracce di una sequenza di eventi che, forse, cioè probabilmente, non sia solo un caso*.

La necessità è il suo esatto opposto.

Non ci sono dadi né lotterie.

Solo leggi ferree e deterministiche che spiegano il mondo.

Gli eventi accadono e non c'è posto per il caso, perché ogni evento che accade accade perché era necessario che accadesse.

Ontologie ed epistemologie incommensurabili (quante volte l'ho scritto?).

La statistica (che, ormai, è la spina dorsale di tutte le scienze o quasi), è l'unico modo per trattare l'ambivalenza, il chiaroscuro del disordine, l'incertezza indecidibile se l'evento accadrà o non accadrà, cioè è l'unico modo per decifrare categorie di fatti che irrompono nelle categorie moderne e pre moderne del diritto e le sconvolgono dall'interno.

La probabilità e solo la probabilità – ma sempre con irresolubili margini di incertezza –, può decifrare il caos del caso, ma la crittografia non è mai chiara e distinta.

La probabilità è difficile, molto difficile.

Non è un caso, quindi, che Masera debba sostenere che l'eccesso del rischio osservato in epidemiologia è conosciuto con "certezza".

L'autore ha compreso, forse quasi inconsciamente, che il diritto funziona se poggia su basi e fondamenta stabili e non controvertibili.

Che cosa fa, allora?

Trapianta la misura epidemiologico – statistica fuori dal mondo in cui essa ha senso, che è un mondo cui il diritto è allergico, e la reimpianta, o ci prova, nel mondo in cui lui sa benissimo che il diritto può funzionare.

Masera così, elude l'ambivalenza, l'occulta.

Ma l'ambivalenza e l'indecidibilità ci sono ancora lo stesso.

23.

Non intendo minimamente dire che il numero 5, di cui abbiamo parlato, o qualunque altro numero che salti fuori da qualunque indagine epidemiologica, sia, per forza di cose, cioè per necessità, un... caso.

Niente affatto.

L'epidemiologia ha fatto scoperte straordinarie che hanno modificato le politiche di sanità pubblica in tutto l'occidente.

Dobbiamo all'epidemiologia, ad esempio, la scoperta della correlazione tra CVM e angiosarcoma, come tra amianto e mesotelioma o fumo di sigaretta e tumore del polmone.

L'epidemiologia diventa un problema quando le presunte differenze di rischio sono labili, il che accade nella stragrande maggioranza dei casi.

C'è un modo, quindi, per venire a capo del problema del caso?

I modi sono molti, ma nessuno è decisivo.

Ovvero la decisività o non decisività dipende, da un lato, dal concetto di verità che decidiamo di accettare, e, dall'altro, come ho già scritto, da talune *regole convenzionali* su cui tutti dovremmo trovare un accordo.

La statistica si è evoluta nei secoli con lo scopo di dare a chi deve decidere strumenti matematici per stimare se il numero che è venuto fuori dall'osservazione, il nostro 5, è compatibile con il *range* di numeri che possono essere il risultato del caso, oppure se 5 non è un caso perché è troppo improbabile per dire, comunque mai con certezza, che sia un caso.

Uno dei primi ad essersi posto il problema è un tal Albinus che, rilevando il fenomeno per cui la leggera prevalenza di neonati maschi sulle neonate femmine, era troppo improbabile perché non ci fosse lo zampino di Dio e della sua divina provvidenza.

Hume fece un ragionamento opposto.

I miracoli – che sono rotture di leggi di natura – sono così improbabili che deve essere vera la spiegazione alternativa, cioè che chi li abbia invocati abbia mentito o abbia avuto allucinazioni.

Pare che l'abate Bayes – di cui si dovrà parlare prima o poi – abbia pubblicato un paper dedicato a confutare la tesi di Hume e a sostenere che i miracoli, in fondo, non sono così improbabili.

Dirò poi qualcosa, ma davvero qualcosa, sul significato della *significatività statistica*.

Un metodo, anzi più metodi (le versioni dei test di significatività statistica sono molte e raffinate), ma nessuna è decisiva.

Qualunque epidemiologo corretto dirà che una correlazione può essere statisticamente significativa ma aver, comunque, poco significato, e, al contrario, non avere significatività statistica, ma comunque contenere in sé indizi rivelatori di qualcosa che non sia il caso.

L'indecidibile.

24.

Provo a fare un piccolo passo avanti (ancora semplificando, cioè assumendo che la significatività della correlazione equivalga alla significatività statistica).

Che il numero che dice o vorrebbe dire la differenza, *non sia un caso*, perché, in ipotesi ha passato i test di significatività, *significa che il suo apparire, cioè quella differenza, sia una necessità?*

Neppure per sogno.

Se non è una necessità e non è un caso, *che cos'è quel numero?*

Il numero indica almeno una *correlazione* tra esposizione in F e aumento dei casi C?

Forse.

Che cos'è una correlazione, o associazione?

Una legge della scienza?

Il linguaggio della statistica è – quasi generalmente – pudico abbastanza da preferire l'uso della parola “correlazione” o “associazione” all'uso della parola “causa”.

Quando possiamo dire di essere giunti almeno a trovare una correlazione?

L'eccesso di rischio, oltre ai test di significatività (che sono *test per l'accettazione o il rifiuto dell'ipotesi cosiddetta nulla, che è l'ipotesi del caso*) deve passare *molti altri test di razionalità* che la stessa epidemiologia ha pensato da tempo, perché la stessa epidemiologia è invischiata, per definizione, anche nei suoi confini epistemici!, nel *problema del senso delle misure di rischio che sono state osservate*.

Purtroppo è una *via crucis* perché non esiste *l'experimentum crucis*, il test, cioè, passato il quale, finalmente tutti i parlanti attorno allo stesso tavolo, converranno intorno al vero senso di quel numero.

Errori di campionamento, *bias*, fattori di confondimento, sono compagni sgraditi ma inevitabili per chiunque debba pesare il valore epistemico di un'osservazione epidemiologica.

Sir Bradford Hill, uno dei più grandi epidemiologi mai vissuti, indicò ai colleghi nove (9) “*aiuti per il pensiero*”, nove (9) linee guida per dare aiuto a chi deve sviscerare il tema della correlazione statistica per provare a dare ad essa un senso.

Hill era troppo onesto per dire che, anche uno solo, dei nove (9) aiuti per il pensiero, potesse essere una condizione necessaria o almeno sufficiente per poter dire che una correlazione è una causazione.

Se dei 9 aiuti del pensiero la nostra indagine epidemiologica ne soddisfa 3, 5, o 7, possiamo dire di aver ben deciso, per il sì o per il no per la correttezza o meno di un'inferenza causale?

Si, forse, no.

Quando allora, diciamo sì?

È più importante un eccesso di rischio o una correlazione tra dose e risposta?

Io ho già fatto un cenno che, spero, il lettore non abbia dimenticato.

Tra i criteri di Hill c'è la *plausibilità biologica*.

Al tempo di Hill *le conoscenze sui meccanismi eziologici delle malattie* erano molto minori di oggi.

Ne parliamo dopo.

Siamo già in un terreno dove anche Masera non vorrebbe che si andasse.

Dentro una foresta così fitta in cui c'è davvero il pericolo di perdere l'orientamento e non poter decidere.

Tornerò dopo sul problema.

Forse si capisce un po' meglio ancora perché ho parlato della probabilità come il fattore che non può impedire l'irruzione dello *spettro dell'indecidibilità nel diritto*.

Il panorama è desolato e malinconico.

Le banalissime cose che ho qui detto, non le ha dette quasi nessuno.

Molti, però, parlano di "aumento del rischio".

La strada di Masera è un inizio.

Per continuare bisogna che il livello culturale del discorso si alzi e non di poco.

Bisogna che tutti studino.

Poi decideremo, insieme, se alcune linee guida di Hill sono più importanti di altre, o addirittura decisive.

Negli USA talvolta – non sempre – vige una regola convenzionale.

L'eccesso di rischio (espresso come il rapporto tra la differenza dei casi in più e i casi di controllo e i casi di controllo) deve essere 0,5, che è un altro modo per dire che il rischio relativo, cioè la forza della correlazione misurata solo con questo parametro, deve essere almeno 2.

È una convenzione.

Va bene?

No, a me non piace.

Possiamo pensarne altre.

25.

Nel 2001 termina il processo al Petrolchimico di Marghera.

Chi ne ha parlato, in dottrina, ha letto solo la sentenza del Tribunale di Venezia, e ha di certo imparato molto più di causa e pericolo, di quanto avrebbe fatto, leggendo dieci volte il miglior manuale o commentario di diritto anche attualmente in circolazione.

Chi avesse, però, avuto davvero interesse, non solo a leggere (magari per poter attestare in nota bibliografica l'avvenuta lettura) ma *soprattutto a capire* di che cosa si è discusso in quel processo, quando si è discusso di causa e pericolo, avrebbe dovuto avere l'umiltà di *leggere e poi capire le trascrizioni delle centinaia di udienze in cui si è svolto quel processo*.

Chi avesse voluto, e magari voglia ancora, avrebbe trovato e ancora trova tutto sul web (il sito www.petrochimico.it è ancora attivo).

Leggete – se ne avete voglia – le trascrizioni dei consulenti di accusa e difesa intorno alla statistica, al probabile e al caso. Ma anche al rischio, al pericolo, etc.
Imparerete molto.

Masera ha scritto che dopo Marghera l'aumento del rischio ha perso e la condizione necessaria ha vinto.

Masera, stavolta, non ha provato quel che ha scritto.

Chi l'ha detto che se il Tribunale di Venezia avesse accettato la teoria dell'aumento del rischio invece che la teoria della condizione necessaria, *l'esito del processo sarebbe stato diverso?*

Chi può rispondere sì o no, se cioè davvero la condizione necessaria ha vinto e l'aumento del rischio ha perso, se prima non ha avuto l'umiltà di spiegare a chi lo legga o l'ascolti che cosa significhi per lui "aumento del rischio"?

Se nessuno o pochi sanno, nessuno o pochi risponderanno.

Non ci sono scorciatoie.

L'aumento del rischio è invocato, quindi, come un mantra per usi politici a favore del lavoratore nella sua guerra contro il datore di lavoro.

Accade anche l'opposto.

L'uso politico di un concetto, o meglio lo sbandieramento di una formula vuota, un'altra!, per tutelare il potente.

Lo sto per dire, nel paragrafo che segue.

26.

Siamo allo Stella del 2001, *Giustizia e modernità*.

Stella, che è attore protagonista del processo a Marghera, riaggiorna la causalità.

Stella introduce la distinzione – attinta dalla giurisprudenza americana – tra *causa generale e causa individuale*.

Apparentemente non cambia molto.

La causa generale sa molto di legge di copertura.

L'evento, per essere spiegato causalmente, dovrebbe poter essere considerato un caso della legge generale.

Siamo ancora nel perimetro del modello hempeliano?

C'è una differenza fondamentale.

Per l'imputazione dell'evento – dice Stella – non basta che l'evento sia un caso di una legge generale, universale (già sappiamo che non ce ne sono) o statistica.

Ora Stella richiede di più, qualcosa che prima nemmeno lui aveva richiesto, perché secondo lui bastava che l'evento fosse un caso della legge di copertura.

Ora sappiamo abbastanza per dire che la cosiddetta legge di copertura di cui spesso si parla, è solo, e forse, una correlazione o un'associazione.

Che cosa chiede di più Stella?

La causa individuale o particolaristica,

Che cosa è questo qualcosa in più?

Non lo sa nessuno.

Prima non c'era.

Il problema esiste.

L'evento o gli eventi in eccesso che risultano dalla correlazione tra F e casi in più, non assomiglia quasi per nulla ad un uomo in carne ed ossa.

Come abbiamo detto, *l'evento*, o rischio, è una costruzione statistica che vive e muore nella statistica.

Ogni trapianto è a rischio alto di rigetto.

Salvo che il chirurgo sappia bene quel che fa.

Il requisito della causa probabilistica – di cui dirò, perché anche la Cassazione in Francese si trova a doverne parlare – richiede di necessità di *saltar fuori dal mondo artificiale della correlazione statistica e andare altrove*, ma dove?

Così com'è, la causalità individuale è *un concetto troppo vago e opaco*, nessuno può dire fino a che punto di particolarismo o individualizzazione l'accertamento causale dell'evento debba spingersi, né quali siano i metodi, matematici o empirici, con cui poter dire esaudito l'onere probatorio dell'accusa.

L'euristica della esclusione della causa alternativa è poca cosa.
Un causa alternativa plausibile la difesa la trova sempre.

La difesa potrà sempre dire che la prova della causa individuale non è mai abbastanza...

È più che legittimo il sospetto che anche questo requisito sia stato concepito dalla dottrina e giurisprudenza USA, per finalità ideologiche.

Ancora un volta, il diritto serve un uso politico.
Proteggere l'industria, stavolta.

27.

Stella, però, nel 2001, introduce un altro sbarramento, che nel 1975 non c'era o se c'era era passato sotto traccia.

Stella, fa risorgere dalle ceneri l'antichissima istanza politico criminale – vecchia almeno quanto è vecchio il diritto – per cui la prova del fatto, e quindi della causa, generale e individuale, nel processo deve pareggiare lo *standard* di giudizio più alto razionalmente pensabile, cioè B.A.R.D.

Nel 2001, Stella ristudia la filosofia della scienza, ma meglio sarebbe dire della conoscenza umana, e scopre quella che ho altrove chiamato la *koinè* neo-scettica che attraversa la storia delle idee in tutta la seconda metà del XX secolo.

Un neo pessimismo gnoseologico induce Stella a radicali ripensamenti rispetto al 1975, quando, invece, la temperie culturale era assai più ottimistica.

Nel 1975 la scienza era l'unica medicina contro l'incontrollabile arbitrio del giudice che liberamente crede quel che il suo cervello gli impone di credere, non di rado ingannando la coscienza (Stella non l'ha detta così, ovviamente).

Nel 2001, la scienza è diventata sinonimo di incertezza.

Stella sente che il diritto non può contare troppo sulla fondazione data dalla scienza.

C'è, però, forse, un retro-pensiero?

I processi in cui è in gioco la scienza sono quasi sempre processi che coinvolgono i potenti.

Di più.

I processi ai potenti han per oggetto fatti che sempre o quasi sono *ontologicamente ed epistemologicamente, molto più difficili* dei classici casi di fatti cui i potenti han da sempre attribuito, in esclusiva, il *nomen iuris* di crimini.

B.A.R.D. può essere il definitivo rasoio di Occam.

La scienza – dice Stella – non attinge mai B.A.R.D.

Quindi nessuna prova della scienza può provare la responsabilità penale di nessuno. Poiché i nessuno hanno nomi e cognomi e sono quasi tutti i potenti, i processi ai potenti non si possono fare con la scienza – e senza la scienza sarebbe barbarico! – e se si fanno debbono finire con l'assoluzione.

Qualcuno lo chiamerà *nichilismo garantista*.

A molti pare che il ragionamento di Stella possa mancare di coerenza.

Gli altri processi, quelli in cui il diritto inchioda i deboli?

Se la scienza è troppo incerta per B.A.R.D., il senso comune e le sue massime non sono a fortiori ancor più incerte per poter attingere a B.A.R.D.?

Col libro del 2001, *Giustizia e modernità*, che, in gran parte è un ripensamento globale della causa alla luce della presa d'atto della morte del positivismo logico, Stella finirà con l'accreditare il cattivo pensiero che *il problema dell'incertezza – che sta in qualunque ragionamento probabilistico e non si può eliminare – riguardi solo la scienza e non, ad esempio, ... il senso comune*.

Il pensiero di Stella, quindi, dopo il 2001, con la drastica rilettura della causa che esso riflette, può esser letto *ex post* come la *maschera intellettuale per il salvataggio dei potenti dal diritto*.

Chi ha conosciuto Stella, come l'ho conosciuto io, sa la sincerità della sua indignazione verso qualunque manifestazione dell'ingiustizia e anche il fervore delle sue battaglie contro il carcere e l'impulso che, coerentemente, lui ha dato allo sviluppo di pratiche alternative alla repressione, come, ad esempio, la mediazione.

Io non lo ricordo, quindi, per il libro del 2001, ma per tutto il resto.
O meglio traggo da Stella, 2001, una conclusione.

Delle due l'una.

O B.A.R.D. è una regola reale ed effettiva, e allora, *la porta del diritto sta chiusa per tutti, deboli e potenti, perché l'umana conoscenza sta sempre molto e molto sotto B.A.R.D., e la scienza comunque sta sopra il senso comune*, o B.A.R.D. è una regola alla buona, per modo di dire, un qualche vago principio regolativo che non regola nulla perché non significa molto, e allora *la porta del diritto si apre come e quando il guardiano vuole che si apra o non si apra*.

Che diritto sarà mai questo, allora?

Il Diritto dell'arbitrio.

Chi ci va di mezzo è il giudice che dev'esserne il gran custode.

Nessuno – ne son certo – dirà nemmeno una parola.

Quel che scrivo è pericoloso, forse incendiario.

Però è la verità, o almeno quel che io credo la verità.

28.

Aumento del rischio, come ho accennato prima, è una formula vuota.

Così come è ormai una formula vuota la condizione necessaria.

L'una e l'altra servono per usi politici antagonisti.

Pro e contro il datore di lavoro, o l'inquinatore, comunque il potente, l'una, o pro e contro il lavoratore o la collettività che vive dirimpetto alla fabbrica, il debole, l'altra.

Ho detto, già dalle prime pagine, che la materia del contendere va ben oltre la discussione filosofica tra caso e necessità, tra probabile e certo.

Ora è chiaro – o almeno spero – che per decidere quei conflitti con la ragione, ci vuole molta molta più cultura di quanta la dottrina sia stata finora disposta ad investire per far progredire il diritto.

Solo così le cose andranno meglio.

Non basterà, sia chiaro.

Ma sarà meglio del nulla di oggi.

La materia vera e scottante è troppo scottante.

Beck – l’ho accennato – non esita a scrivere che i post moderni conflitti per i rapporti di definizione di causa o pericolo o rischio, sono la versione aggiornata degli antichi conflitti per i rapporti di produzione.

Se non si spengono i fuochi che già la società accende, il diritto nel processo li farà diventare incontrollabili.

L’associazione dei professori di diritto sembra averlo capito.
Ho letto di un convegno o workshop o chissà che altro, in cui i professori di diritto penale hanno coniato l’espressione “diritto liquido”.

La metafora della liquidità è di Baumann.
Baumann l’ha usata – che io sappia – per la società e per... l’amore.
I professori la usano per il diritto, cioè per la violenza dello Stato.

Violenza liquida?
Eros e Thanathos?
O piuttosto Waterboarding?

Scherzi a parte, io non ho letto questi lavori.
Li leggerò.
Ho abbastanza fantasia, però, per concludere che codesta Associazione non abbia partorito idee fulgide sul modo in cui il Diritto liquido possa divenire un po’ meno liquido.

Felice di sbagliare.

29.

Sono ben consapevole che quel che sto per scrivere non garberà a nessuno, o forse, più semplicemente, non interesserà a nessuno.

Il sistema attuale in Italia sembra reggere ancora solo perché da un lato *l’ignoranza scientifica* è distribuita in modo equilibrato, tra giudice, PM e avvocati, e dall’altro, la messa in discussione del libero convincimento del giudice per dover magari scoprire che *non è né libero né tantomeno ben giustificato*, non conviene ad alcuno.

La più parte se ne sta alla larga da quel che non sa e fa bene.

Morale?
Il giudice resta solo.
Il peso del sistema sta tutto sulle sue spalle.

Non credo che questo spettacolo sia un caso.
Anticipo alcune delle conclusioni.

Il diritto non può trattare i fatti in cui sono coinvolti i potenti, perché non è stato fatto per processare i potenti, e che sia così è provato dal fatto che, quando ci si prova, il diritto si riempie di aporie e di *rebus* indecidibili.

Che sia così è poi anche provato dal fatto che *il giudice non è stato mai addestrato a usare quei paradigmi conoscitivi* senza i quali i processi ai potenti non si possono per davvero fare.

Non è un caso che, alla fine il più potente vince sempre e ovunque quando si applichi il vecchio diritto.

Prescrizioni salvifiche. Interpretazioni originali che producono condanne subito riformate in appello o annullate in Cassazione perché non stanno letteralmente in piedi.

Oppure silenzi tombali.
Nessun diritto e nessun processo.

Così è perché così si vuole che sia.

Io sin qui ho parlato solo dei processi che chiamano in causa... la causa e la scienza.
Crimini dell'Industria che produce beni.

Nel mondo del mercato, della economia e della finanza, le cose stanno ancor peggio.

30.

Che fare?

Qualcosa si può, anzi si deve fare.
Armiamo il giudice delle più semplici almeno delle armi di cui ha necessità.

Pensate per un attimo che il Presidente della corte di Cassazione interPELLI il Ministro di Grazia e Giustizia che a sua volta, insieme alla corte di Cassazione, raduni in una Commissione le migliori menti scientifiche e giuridiche del Paese, e, tutti insieme, in un anno, mettano a punto un libro bianco di epistemologia giuridico – scientifica con i problemi intellettuali più gravi che affliggono la giurisdizione quando si trova a dover trattare la scienza o meglio le scienze, e tutti insieme, queste alte menti, articolino possibili soluzioni che poi saranno discusse in arene più ampie, coinvolgendo giudici PM e avvocati.

I sogni sono sogni, però.

Ci sono ben altri problemi in Italia, o no?

Preoccuparsi della *qualità della ragione* che il giudice può usare quando esercita il suo libero convincimento e sentenza, non è cosa che conti così tanto, alla fine, o no?

È l'ultimo tra gli ultimi dei problemi, o no?

A noi basta la parolina magica.

Peritus peritorum, o no?

31.

Anche il diritto tradizionale, il diritto che punisce i crimini dei deboli, è ormai in crisi.

L'ho già accennato e ancora lo dirò.

La macchina punitiva, però, per quanto ormai obsoleta, continua a funzionare discretamente bene quando deve riempire le gabbie di poveracci.

Dov'è la differenza?

Per loro, i deboli, nessuno protesta.

Per i potenti, invece, le proteste si sprecano.

Che fare?

Proverò ad esporre qualche idea.

Anticipo solamente una conclusione che per me è ineludibile.

Non ha più senso tenere in vita concetti vuoti di causa, pericolo, imputabilità e colpevolezza per ogni fenomenologia di crimini e criminali.

Il diritto penale dei potenti – per esser vero ed efficace e non solo urla e grida manzoniane – deve essere diverso, profondamente diverso, dal diritto penale dei deboli.

Diverso in tutto o quasi.

I problemi ontologici, epistemologici e anche etici del primo – la criminalità dei potenti – non valgono per il secondo – la criminalità dei deboli – che è quel vecchio arnese che oggi usiamo senza più sapere il senso delle parole che diciamo e con le quali però ingabbiamo senza sosta uomini come bestie.

Un arnese che dobbiamo riformare al più presto, se non vogliamo esser noi le bestie.

Prima, però, debbo completare la genealogia moderna e post moderna della causa nel diritto.